

Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades

Maria Luiza Pinheiro Coutinho

05



SUMÁRIO

Introdução	5
Parte 1 - Discriminação	12
1.1 Conceito	12
1.1.1 Discriminação negativa e positiva	13
1.1.1.1 Discriminação positiva no ordenamento jurídico brasileiro	16
1.1.1.2 Discriminação direta e indireta	18
1.2 Práticas discriminatórias	22
1.3 Causas da discriminação	24
1.4 Conceito jurídico de discriminação	26
1.5 Natureza jurídica	29
Parte 2 - Tipos de discriminação	32
2.1 Discriminação em razão das relações de gênero	32
2.1.1 Conceito	32
2.1.2 Discriminação em razão do sexo	38
2.1.2.1 Aspectos jurídicos	40
2.1.3 Assédio sexual	45
2.1.3.1 Conceito	45



2.1.3.2 Espécies de assédio sexual	47
2.1.3.2.1 Assédio sexual ambiental	47
2.1.3.2.2 Assédio sexual por chantagem	49
2.1.3.3 Aspectos jurídicos	50
2.1.3.3.1 Ilícito penal	52
2.1.3.3.2 Ilícito extrapenal	55
2.1.4 Assédio moral	56
2.1.4.1 Conceito	56
2.1.4.2 Característica da conduta de assédio moral	59
2.1.4.3 Causas e efeitos do assédio moral	60
2.1.4.4 Aspectos Jurídicos	63
2.1.5 Orientação sexual	64
2.1.5.1 Concepção fundadora do preconceito	64
2.1.5.2 Aspectos jurídicos	66
2.2 Discriminação em razão da raça	69
2.2.1 Conceito	69
2.2.2 Considerações sobre racismo	72
2.2.3 Considerações sobre racismo no Brasil	75
2.2.4 Aspectos jurídicos	80
2.3 Discriminação em razão da origem	83
2.4 Discriminação em razão da idade	85
2.4.1. Aspectos jurídicos	87
2.5 Discriminação em razão da pessoa portadora de deficiência	88
2.5.1 Aspectos jurídicos da proteção à pessoa com deficiência	90
2.5.2. Inserção da pessoa com deficiência no trabalho	91
2.5.3. Pessoa com deficiência como sujeito da proteção legal	92
2.6 Discriminação em razão da saúde do trabalhador	95
2.6.1. Aspectos jurídicos	100



2.7 Discriminação em razão do acidente do trabalho	106
Parte 3 - Discriminação na relação de trabalho	110
3.1 Discriminação na fase pré-contratual	111
3.2 Discriminação na fase contratual	116
3.2.1 Estado de gravidez	116
3.2.2 Estado de saúde do trabalhador	118
3.2.3 Assédio sexual	119
3.2.4 Revista pessoal	120
3.3 Discriminação na extinção do contrato de trabalho	122
3.3.1 Discriminação em razão do sexo, origem, raça, cor, estado civil	122
3.3.2 Estado de gravidez	124
3.3.3 Motivo infamante	124
3.3.4 Despedida arbitrária do portador de HIV	126
3.4 Discriminação na fase pós-contratual	127
3.4.1 Informações desabonadoras	127
Parte 4 - Mecanismos de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades	130
4.1 Conceito de igualdade	130
4.2 Princípio da igualdade	131
4.3 Princípio da igualdade de oportunidades	136
4.4 Princípio da igualdade e a aferição da conduta discriminatória	137
4.5 A proteção antidiscriminatória	139
4.5.1 Proteção antidiscriminatória na norma constitucional	139
4.5.1.1 Proteção antidiscriminatória na norma constitucional relativa ao trabalho	140
4.5.2 Proteção antidiscriminatória na norma infraconstitucional relativa ao trabalho	145
4.6 Ações afirmativas	154
4.6.1 Ação afirmativa e o sistema de <i>quotas</i>	160



4.6.2 Ação afirmativa e os Núcleos de combate
à discriminação e promoção da igualdade de
oportunidades no emprego

167

Considerações Finais

172

Referências Bibliográficas

176

Anexo 1

183

Anexo 2

286



INTRODUÇÃO

A eliminação da discriminação no mundo do trabalho é, para além de uma busca pelo trabalho decente, uma questão de direitos humanos. No âmbito do trabalho decente, o combate à discriminação se assume como uma necessidade permanente quando da pretensão de atingir um trabalho digno, em condições de liberdade, igualdade de oportunidades, proteção, e garantia à dignidade humana da pessoa do trabalhador. Contudo, para que tais condições se realizem, é preciso implementar o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, cuidando para que as normas de proteção do trabalho não se constituam meras abstrações, mas que possam se efetivar na realidade do trabalho. É nesse sentido que a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho, incorpora como um de seus objetivos fundamentais a eliminação da discriminação em matéria de emprego ou profissão.

Já como uma questão de direitos humanos, a discriminação no trabalho é a própria negação de direitos à pessoa do trabalhador. É o não reconhecimento de que todos são iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer natureza; e de que a igualdade de todos, como princípio, decorre da concepção de natureza humana do homem. Tal princípio fundamental, que hoje se constitui autêntico direito positivado pela ordem constitucional brasileira, necessita



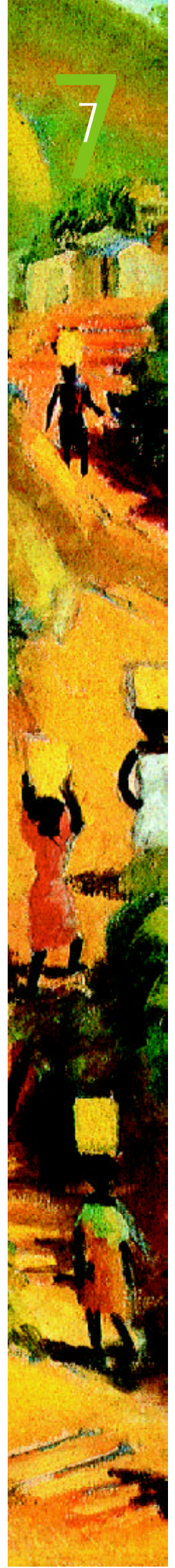
constantemente ser reafirmado e garantido, para impedir que seja continuamente violado por meio de discriminações injustificadas, as quais que resultam por provocar desigualdades sociais. A transformação do princípio da igualdade em direito positivo vai torná-lo instrumento de garantia da isonomia entre as pessoas, o que significa dizer: vai permitir seja dispensado tratamento equânime a todos. É esse o conteúdo do princípio da igualdade, apreendido como instrumento de regulação da vida social.

Daí afirmar que o princípio da igualdade apresenta-se como regra de não-discriminação, que, para ser efetivada, necessita de políticas e ações que lhe assegurem a natureza de norma promotora da igualdade, entendida como equidade. Desse modo, o Estado vê-se sempre obrigado, diante de realidades sociais, a específicas proteções, à medida que surgem situações que exigem a implementação de medidas especiais, na busca de uma efetiva eliminação das desigualdades sociais, fundadas no preconceito e na discriminação.

Nesse sentido, cabe ao poder estatal - comprometido com uma ordem jurídica que incorporou valores e princípios universais - criar mecanismos, não apenas para garantir os direitos humanos da pessoa do trabalhador, mas para torná-los efetivos, de modo que esses possam constituir-se instrumentos de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades no emprego.

A questão que se apresenta, quando do combate à discriminação no trabalho é, pois, da proteção e efetivação dos direitos humanos da pessoa do trabalhador, como garantia ao reconhecimento da dignidade humana. De tal modo, a igualdade é concebida não como fato, mas como direito à igualdade de tratamento e oportunidades, o que permitirá serem eliminadas as desigualdades sociais, na busca do ideal de justiça social. Para tanto, é necessário que se criem mecanismos eficazes de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades no emprego, para evitar que a igualdade, tantas vezes exaltada, não se configure em mera declaração formal, "pois uma sociedade verdadeiramente democrática, apoiada no conceito de cidadania, é aquela que fornece verdadeiras oportunidades iguais para o desenvolvimento da pessoa humana".¹

¹ Souto Maior. 2002: 7.



Sob essas considerações, a implementação de mecanismos de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades no emprego faz-se da maior importância, para que se cumpram os preceitos constitucionais, em harmonia com as normas internacionais, notadamente com o que dispõe a Convenção n. 111, da OIT, que considera a discriminação uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Essa Convenção, adotada desde 1959, demonstra que a discriminação no trabalho e mecanismos de combate de sua prática, bem como as medidas de promoção da igualdade de oportunidades no emprego, tem-se mostrado uma preocupação constante da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em sua busca por soluções para os conflitos existentes no mundo do trabalho. Seu objetivo é assegurar a efetivação do trabalho decente, realizado em condições de liberdade, igualdade de oportunidades, proteção, e garantia à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Para tanto, a OIT adota convenções e recomendações internacionais e desenvolve projetos de cooperação técnica que assumem a pretensão de promover e consolidar o respeito aos princípios e direitos fundamentais que regem as relações de trabalho.

O presente documento “Discriminação no Trabalho - Mecanismos de combate e de promoção da igualdade de oportunidade”, atende a esses propósitos ao se constituir em um produto resultante das atividades apoiadas pelo Projeto Igualdade Racial/OIT/Brasil. Este estudo é uma contribuição ao processo de reestruturação realizado no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, no qual o combate à discriminação, e a promoção da igualdade de oportunidades no emprego vêm recebendo especial atenção, incluindo-se dentre as políticas a serem contempladas por essa instituição.

Sendo assim, os elementos que aqui destacamos têm como objetivo possibilitar a construção de uma cultura institucional acerca do tema da discriminação no trabalho, e auxiliar na formação e orientação de gestores públicos, bem como de todos os servidores incumbidos de tratar diretamente das questões referentes ao combate da discriminação e à promoção de igualdade de oportunidades no emprego. Por esta razão, o presente documento é elaborado em formato de manual de referência. A pretensão fundamental é oferecer noções essenciais sobre a matéria. Portanto, o manual é realizado sob

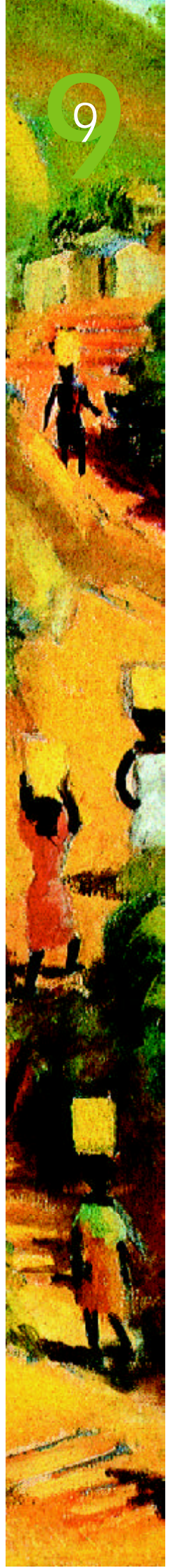


uma concepção teórica que, ao proporcionar noções e conceitos mais elaborados a respeito da discriminação, também permite ser um instrumento de consulta e de orientação para aqueles que elaboram ou executam as tarefas de competência dos Núcleos que implementam a política de não-discriminação, no âmbito dos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Emprego.

Desse modo, o manual sobre discriminação no trabalho apresenta predominantemente aspectos conceituais e jurídicos referentes à discriminação na relação de trabalho. Contudo, não deixa de aludir, como demonstração, à forma como os conceitos se realizam através das práticas e condutas discriminatórias. O que se quer dizer é que o manual não é resultado de um trabalho empírico, mas de uma pesquisa teórico-conceitual, na qual se procura atentar para os conceitos, os fundamentos, as causas, os momentos, e os aspectos jurídicos da discriminação. Aqui os dados empíricos são tomados de empréstimo de outros estudos, pesquisas e levantamentos, notadamente aqueles relativos aos indicadores sociais, práticas discriminatórias na relação de trabalho e decisões judiciais, com o objetivo de desconstruir mitos e demonstrar a efetivação dos conceitos apresentados, além dos efeitos do fenômeno da discriminação no mundo laboral.

Ressalte-se também que o documento não procura fazer uma análise crítica do problema da discriminação no trabalho, nem das ações desempenhadas pelas instituições ou organizações envolvidas com a questão. Tampouco, é um estudo propositivo; não é elaborado com a intenção de propor medidas ou estratégias que visem eliminar a discriminação no trabalho. Somente quando faz referência à atuação dos Núcleos de combate à discriminação, do Ministério do Trabalho e Emprego, o estudo aponta para algumas questões que devem ser observadas por esses órgãos, para que possam vir a realizar, de modo efetivo, a política institucional de não-discriminação.

Por pretender instruir e informar os gestores públicos e servidores sobre seu dever de trabalhar a problemática da discriminação no trabalho, a abordagem adotada para o documento que evidencia os conceitos e tipologia da discriminação, os momentos de ocorrência de sua prática, as vedações jurídicas e as ações que buscam eliminar seus efeitos, pode parecer neutra. Isso se deve, no entanto, ao objetivo primordial do documento, centrado no interesse de fornecer elementos



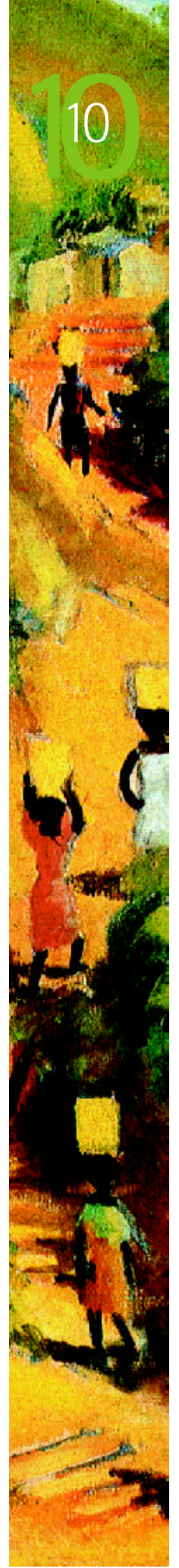
para a construção de uma cultura institucional de enfrentamento da discriminação, a partir da qual se possa apontar para mudanças efetivas nas políticas e ações institucionais que buscam provocar transformações na maneira como se organiza o trabalho, de modo a eliminar a discriminação, e o tratamento degradante, no ambiente laboral.

De tal modo, para atender os fins colimados, o tema da discriminação no trabalho é dividido em quatro partes. A primeira, mais conceitual, apresenta a discriminação sob seus diversos conceitos (discriminação positiva e negativa, direta e indireta); suas causas originárias (preconceito, privilégios historicamente conquistados/relação de poder e razões econômicas); sua prática, como uma conduta real, concreta, efetiva, em relação ao outro, e seu conceito jurídico, tomado do art. 1º, I, a, da Convenção n. 111, da OIT.

A segunda parte apresenta os tipos de discriminação (em razão das relações de gênero, da raça, da origem, da idade, da pessoa portadora de deficiência, da saúde do trabalhador, do acidente do trabalho), discorrendo a respeito de cada um deles sob as considerações de seus fundamentos e de seus respectivos aspectos jurídicos, que vão confirmar a conduta discriminatória como um ato ilícito.

A terceira parte trata dos momentos de maior ocorrência das práticas discriminatórias na relação de trabalho, a saber: a fase pré-contratual, contratual, da extinção do contrato de trabalho, e a fase pós-contratual, as quais, devido às características do contrato de trabalho (subordinado, pessoal, habitual e de trato sucessivo), acabam por criar situações propícias à ocorrência de atos discriminatórios.

A quarta e última parte, a partir de uma elaboração conceitual sobre os princípios da igualdade e da igualdade de oportunidades, e do modo de aferição da conduta discriminatória, apresenta os mecanismos de combate à discriminação (proteção antidiscriminatória na norma constitucional e na legislação infraconstitucional), e de promoção da igualdade de oportunidades no emprego. Estes últimos são mecanismos observados através de considerações referentes às ações afirmativas, ao sistema de quotas e às ações desenvolvidas pelos Núcleos de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades no emprego, que têm como objetivo executar a política de não-discriminação, levada a efeito pelas Delegacias Regionais do Trabalho, que são órgãos descentralizados do Ministério do Trabalho e Emprego.



A abordagem expressa na confecção do manual não é apenas teórico-conceitual, como já referido acima, mas também prática, na medida que procura descrever tanto os atos discriminatórios, como as ações assumidas em seu combate, sejam políticas públicas ou privadas. A preocupação com o conteúdo do manual, que se mostra de grande complexidade, reside, portanto, para além dos conceitos e dos fundamentos jurídicos que informam a discriminação no trabalho, ao apresentar situações empíricas que apontam para a ocorrência significativa de práticas discriminatórias no mundo do trabalho. De tal modo, o documento pretende demonstrar como a discriminação se manifesta na relação de trabalho, e como vem sendo tratada no caso concreto.

Contudo, o tratamento aplicado ao tema da discriminação na relação de trabalho exposto no presente documento não tem a pretensão de esgotá-lo. Tampouco, de abordar de uma forma definitiva todas as questões interdisciplinares que envolvem esse fenômeno de natureza social. Porém, pretende mostrar, após apontar os conceitos fundamentais, alguns tipos relevantes de discriminação, e os momentos mais representativos de sua prática, que os instrumentos jurídicos e políticos orientados pelo princípio da igualdade de oportunidades, além de serem eficazes no combate às práticas discriminatórias no trabalho, contribuirão para a promoção da igualdade, o que resulta por provocar mudanças nas estruturas sociais.

Portanto, este documento tem a pretensão última de mostrar que combater a discriminação e promover a igualdade de oportunidades no emprego significa exatamente procurar aplicar o princípio da igualdade de oportunidades às condições de acesso à relação de trabalho, ou sua manutenção, bem como tornar eficaz a proibição às práticas discriminatórias no mundo do trabalho.

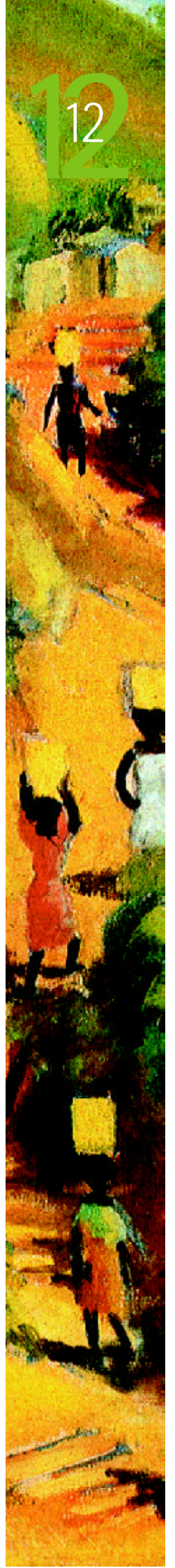
A garantia efetiva à igualdade de oportunidades no emprego sempre exigirá dos poderes públicos proteções legais, além de ações afirmativas, de natureza pública ou privada, que venham beneficiar aqueles trabalhadores que enfrentam desigualdades sociais. Esses mecanismos terão fundamento no princípio da igualdade, uma vez que seu conteúdo material impõe o “dever de dispensar tratamento equânime às pessoas” .²



A idéia que norteia este estudo é de que a busca pela eliminação da discriminação no trabalho, além de estar relacionada ao trabalho decente, é também uma questão de direitos humanos. A pretensão do documento é mostrar que as desigualdades sociais não decorrem de desigualdades naturais³ e, portanto, por meio da aplicação do princípio da igualdade de oportunidades, que se apresenta como princípio fundamental de uma democracia social, é possível combater a discriminação e promover a igualdade de oportunidades no mundo do trabalho, o que resultaria por garantir maior justiça social.

² Bandeira de Melo. 2001: 9.

³ Henriques, R. Jornal Folha de São Paulo, 27/01/03: “a principal razão do tamanho excepcional e inadmissível de nossa pobreza está no acordo excludente que esse país gerou, ao considerar a desigualdade natural”.



PARTE 1

Discriminação

1.1 Conceito

O termo *discriminar* significa separar; diferenciar; estabelecer diferença; distinguir; não se misturar; formar grupo à parte por alguma característica étnica, cultural, religiosa etc; tratamento desigual ou injusto de uma pessoa ou grupo de indivíduos, em face de alguma característica pessoal, cultural, racial, étnica, classe social ou convicções religiosas. ¹

O ato ou ação de discriminar, isto é, de distinguir, de desigualar, de fazer diferença, de segregar, pôr à parte por intolerância, xenofobia ou preconceito, seria discriminação, um fenômeno eminentemente social, que guarda conotação de desvalor, por provocar desigualdades entre pessoas ou grupos sociais. A discriminação estaria fundada em idéias preconcebidas que resultariam por levar à posição de inferioridade as pessoas ou grupos atingidos.

Nesse sentido, entende-se discriminação como um tratamento desequiparador que decorre de preferência ilógica, fundada em características de sexo, raça, cor, etnia, religião, origem e idade. Essa conduta, assim determinada, é vedada pelo ordenamento jurídico,

¹ Segundo o Novo Dicionário Aurélio e o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.



por ter como efeito impedir a fruição do direito à igualdade de oportunidades devido a todos. Nesses casos, distinguir, desigualar, preferir, em razão de características pessoais, sociais ou culturais, tem o significado de tratamento desfavorável dado a alguém, ou a certo grupo de pessoas; isto seria agir com discriminação.

Dessa compreensão decorre que, para o tratamento desigual atribuído a alguém se configurar em uma conduta negativa, dita discriminatória, esse necessita ser fundado em preferências injustificadas, geradas, na maioria das vezes, pelo preconceito. Afastam-se, daí, todas as possibilidades dessa situação de tratamento desigual ocorrer por diferenças naturais atribuídas às pessoas envolvidas.

Não se pode considerar que todas as diferenças entre pessoas estejam fundadas em desigualdades sociais, advindas das relações de poder observadas na sociedade. Mas cabe reconhecer que apenas as desigualdades sociais podem ser eliminadas aplicando-se o princípio da igualdade de oportunidades, norteador da política de combate à discriminação e todas as formas de preconceito.²

Somente quando a preferência por pessoas ou grupos sociais é fundada em critérios irrelevantes que impedem a igualdade de direitos de se confirmar, essa situação configura-se antijurídica, porque vai de encontro aos valores constitucionais. A discriminação, assim entendida, é uma conduta que interfere de forma negativa nos direitos das pessoas, impedindo-as, por razões injustificadas, de exercerem plenamente o direito à igualdade de oportunidades. Ao contrário senso, as distinções, exclusões ou preferências, fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas discriminação (art. 1º, 2, da Conv. n. 111, da OIT).

1.1.1 Discriminação negativa e positiva

Como discriminação negativa, aponta-se o tratamento desigual que cria um desfavor ao indivíduo, negando-lhe o exercício de seus direitos de pessoa humana, ou que segrega, ou exclui da vida social os membros de determinado grupo, e tem como efeito provocar desigualdades injustificadas. Essa discriminação é aquela sofrida pelas

² Coutinho. 2003: 19.



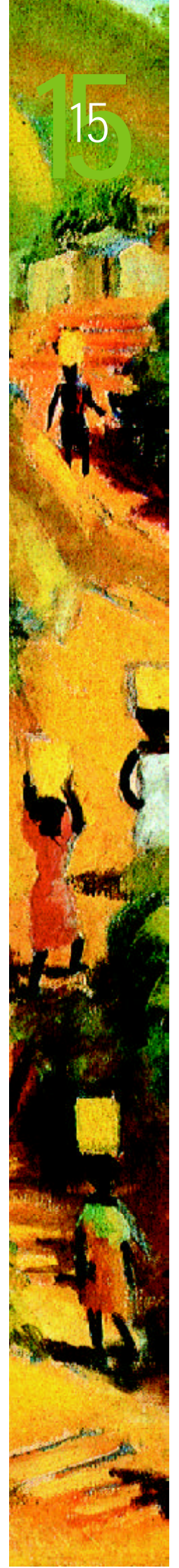
mulheres, negros e pessoas portadoras de deficiência, que historicamente enfrentam enormes desigualdades sociais. É um fenômeno social, que se percebe em todas as fases do desenvolvimento das sociedades humanas, mas de relevância significativa nas sociedades atuais, cada vez mais intolerantes com o diferente.

Esse tipo de discriminação caracteriza-se no tratamento desigual oferecido às pessoas ou grupo, fundado em critérios distintivos injustificados e que tem por resultado produzir um *prejuízo*, observável quando comparado ao tratamento dispensado às outras pessoas ou grupos sociais.

A essa forma desfavorável de tratamento, que gera excessivas desigualdades entre as pessoas ou grupos, opõe-se outro tipo de discriminação, denominada *discriminação positiva*. Isso porque é um modo de eliminar as diferenças, ao assegurar a igualdade de oportunidades a todos, mediante políticas protetivas ou distributivas de benefícios às pessoas ou grupos que se encontram em situação desfavorável, com o objetivo de corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade. Justifica-se a discriminação positiva a partir da idéia de equidade, que vai dizer da necessidade de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

Também chamada de ação positiva, em oposição ao ato negativo de discriminar, a discriminação positiva é entendida como um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas, que visa favorecer pessoas ou grupos sociais que se encontram em condições desfavoráveis, em razão, quase sempre, da prática de discriminação negativa, presente ou passada. No entanto, é medida que deverá ser observada em caráter excepcional, até que se neutralizem os efeitos das desigualdades sociais.

A discriminação positiva constitui-se uma ação na qual é possível distinguir pessoas ou situações, a fim de lhes dar tratamento diferenciado, que se justificaria pela correlação lógica existente entre a diferença observada entre elas e a desequiparação estabelecida na regra, desde que essa não-equiparação seja compatível com os princípios que informam o ordenamento jurídico. Tem-se, assim, que é possível discriminar em favor daqueles que enfrentam desigualdades, contudo, o tratamento desigual deve ter um fundamento razoável, e destinar-se a realizar o objetivo visado.



Assim entendida, a discriminação positiva deu origem à ação afirmativa, surgida da concepção de que é possível distinguir pessoas ou grupos sub-representados socialmente com o objetivo de não apenas fortalecer suas participações na sociedade por meio de um tratamento preferencial inclusivo, mas de provocar mudanças efetivas nas estruturas sociais.

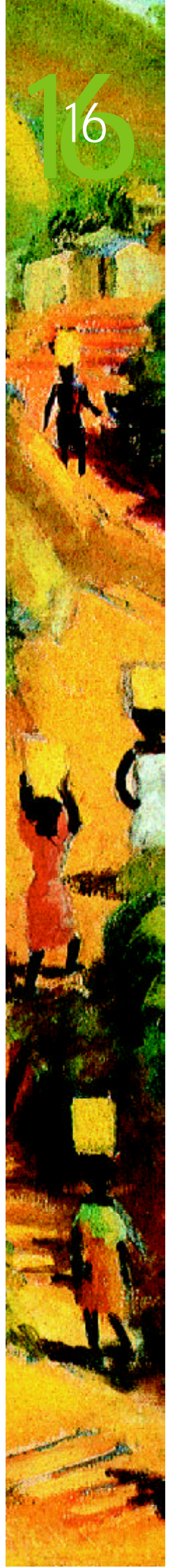
A discriminação positiva, como uma ação que visa à equidade, é uma medida que deve ser tomada no tempo, até que o grupo desfavorecido possa alcançar o nível de desenvolvimento social do grupo dominante. Deve-se considerar, ainda, que o traço distintivo seja pertencente às pessoas, ou aos grupos, a serem discriminados positivamente, isto é, nenhum elemento que não exista nessas pessoas mesmas (ou grupos) poderá servir de base para submetê-las a regimes diferentes.³

Não se pode, portanto, desequiparar pessoas ou grupos quando neles não se encontram fatores desiguais. O tratamento desigual estabelecido em regra discriminatória deve estar correlacionado com a diferença que se tomou em conta. O que autoriza a discriminar é a diferença que as pessoas ou grupos apresentam em si, alterando a regra da igualdade, o que faz a discriminação positiva ser justificada frente ao princípio da igualdade de oportunidades.

É por isso que o fato das pessoas com características arianas serem minoria no Brasil não faz delas um grupo discriminado, ao contrário das mulheres, ou dos negros. Estes, por ocuparem historicamente posições marginalizadas na sociedade, justificariam uma política de discriminação positiva, capaz de promover as oportunidades que, ao longo de décadas, lhes foram negadas. Essa política seria, portanto, um instrumento que buscaria corrigir desequilíbrios por meio da distribuição de direitos, benefícios ou encargos, que visaria eliminar as desigualdades enfrentadas por essas pessoas ou grupos, submetidos a processos históricos de desvantagens sociais, e se constituiria, de tal modo, em um princípio de justiça com equidade.

Em última instância, o que se pretende ao desigualar pessoas e grupos por meio de ações positivas, é igualá-las em oportunidades, uma vez que a mera proibição da discriminação tem-se mostrado

³ Bandeira de Melo. 2001: 23.



insuficiente para eliminar desigualdades de fato.⁴ Essa compreensão justifica a discriminação positiva com a finalidade de corrigir desvantagens, ou permitir benefícios, para que as pessoas pertencentes ao grupo discriminado possam desenvolver-se, e ocupar os diversos espaços da vida social. A idéia, sempre posta, frente a essas situações é a de reparar o “desvio das contingências na direção da igualdade”.⁵ Nesse sentido, a discriminação positiva é um mecanismo que busca a justiça social.

1.1.1.1 Discriminação positiva no ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro pode-se apontar como exemplo de discriminação positiva a reserva legal de mercado, prevista mediante um sistema de cotas (também entendido como ação afirmativa), que assegura à pessoa portadora de deficiência, na qualidade de habilitada ou capacitada para o exercício da função, sua inserção no trabalho, nos setores público (art. 37, VIII, CF) e privado (art. 93, da L. 8.213/91). Também, a reserva de vagas em favor do menor aprendiz, a que estão obrigados os estabelecimentos empresariais cujas atividades demandem formação profissional (art. 429, da CLT, alterado pela Lei 10.097) e o estabelecimento de cotas de bolsas de estudo para o ingresso de negros no Instituto Rio Branco, que prepara diplomatas brasileiros.⁶

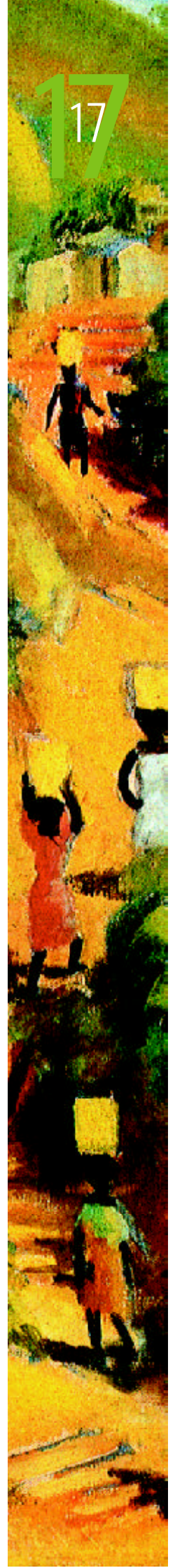
Como discriminação positiva, tem-se ainda a criação, no âmbito da Administração Pública Federal, do Programa Nacional de Ações Afirmativas, que estabelece, para os órgãos da Administração Pública, a observância de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência, no preenchimento de cargos, em comissão, de direção e assessoramento superiores (DAS).

O Programa contempla critérios adicionais de pontuação, estabelecidos no processo de licitação, a serem utilizados para beneficiar

⁴ Para Marco Aurélio Mello, quando Presidente do STF, “é preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso (...) qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição não pode ser acusada de inconstitucional”. *Jornal O POVO*, 23/02/03.

⁵ Rawls. 2000: 107.

⁶ O estabelecimento de cotas para ingresso de estudantes negros e oriundos de escolas públicas, que permitem o acesso às universidades, também é exemplos de políticas afirmativas.



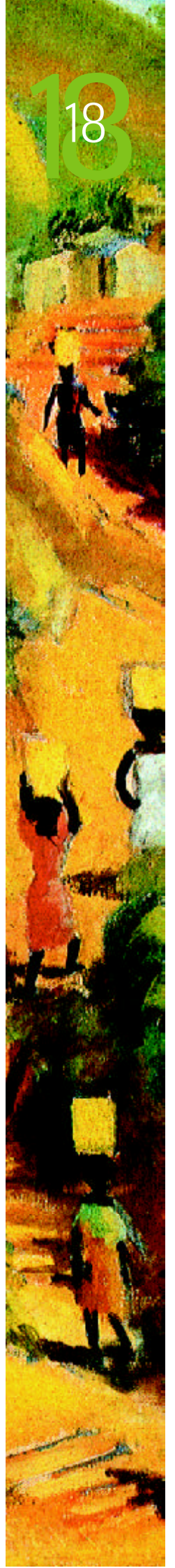
fornecedores que comprovem compartilhar com a política de não-discriminação. Esses critérios também serão aplicados às empresas prestadoras de serviços que, ao contratarem com a Administração Pública, incluam metas percentuais de participação de negros, mulheres e pessoas portadoras de deficiência, em seus quadros funcionais (Dec. 4.228/02). Ainda, nessa direção, no âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal criou norma que estabelece uma quota de 20% de pessoas negras nos contratos de terceirização de serviço.

Com relação às desigualdades de gênero, existe o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), que pretende garantir políticas públicas que alterem as desigualdades sociais existentes entre homens e mulheres, e até entre as próprias mulheres. O Plano (PNPM) configura-se em uma política que visa comprometer os entes da Administração Pública com a incorporação da perspectiva de gênero e raça nas políticas públicas, que devem reconhecer, enfrentar e procurar superar as desigualdades entre homens e mulheres, negros(as) e brancos(as) e negros e negras, no contexto da gestão governamental. O Plano contempla, como uma das áreas estratégicas, a igualdade de gênero no mundo do trabalho, além de políticas e ações de educação inclusiva e não sexista, de saúde das mulheres, de direitos sexuais e reprodutivos, e de enfrentamento à violência contra a mulher.

Essa política de enfrentamento das desigualdades de gênero aponta, como uma de suas diretrizes, para a necessidade de criação e fortalecimento de organismos institucionais de defesa dos direitos das mulheres e de promoção da igualdade de gênero. Ela pretende interferir nas ações do Estado, de forma a promover a igualdade de gênero, considerando as diversidades de raça, cor, etnia, idade, origem, orientação sexual, convicção religiosa, devido ao fenômeno da transversalidade observado nas questões de gênero. A Política Nacional para Mulheres orienta-se pelo princípio da igualdade de oportunidades, que tem como corolário o princípio da não-discriminação. Isso requer ações que respeitem as diferenças, mas que busquem eliminar as desigualdades injustificadas.⁷

Em todos esses casos, a desigualdade de tratamento não constitui agravo à isonomia, porque visa à busca da igualdade de oportunidades,

⁷ Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Presidência da República: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - SPM.



que vai justificar a discriminação positiva. É preciso considerar, no entanto, sempre que se institui um critério diferenciador de uma pessoa, ou de um grupo social, se o fundamento da diferenciação é lógico e se o fim visado é legítimo, devendo esse critério observar limites de razoabilidade para ser aceitável.⁸ Tem de haver adequação entre meio e fim, cabendo ao elemento distintivo ser relevante e pertencente à pessoa ou grupo por tal modo diferenciado, para que não se afronte o princípio da igualdade e de não-discriminação, ao se estabelecer a diferenciação que visa corrigir situações de desigualdades.⁹

A discriminação positiva é uma medida de desigualação que, ao preservar as diferenças, busca a equidade, através de instrumentos jurídico-político-sociais que asseguram proteção e benefícios aos desiguais, para tornar acessível a todos a igualdade de oportunidades, que irá possibilitar a fruição dos bens sociais, de maneira equitativa. Tais políticas, ao considerar a diversidade dos indivíduos, objetivam superar preconceitos e discriminações, promovendo a igualdade de oportunidades àqueles colocados em desigualdades sociais. A proteção das diferenças é assegurada por princípios constitucionais, derivados da doutrina universalista dos direitos humanos.

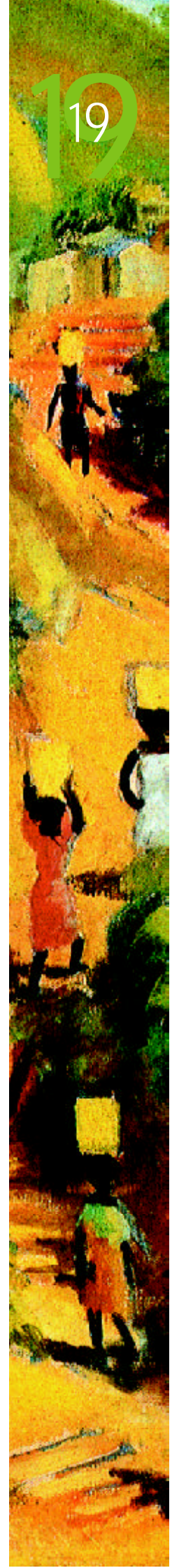
A discriminação positiva, em favor daqueles que enfrentam desigualdades sociais, está, portanto, em perfeita consonância com os objetivos estabelecidos na Constituição (art. 1º, III e IV e art. 3º, III e IV, da CF). É uma política institucional que vai permitir o acesso de pessoas ou grupos excluídos aos bens sociais.

1.1.1.2 Discriminação direta e indireta

A discriminação negativa manifesta-se de forma direta ou indireta. A forma direta do ato de discriminar ocorre quando o tratamento desigual é fundado em critérios proibidos, como o sexo, a cor, a idade, a origem, a religião, ou seja, todas aquelas razões apontadas no ordenamento jurídico. “Na discriminação direta o

⁸ Bandeira de Melo entende “que fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida (...) Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” (2001: 18).

⁹ Coutinho. 2003: 22.



empregador (...) trata de modo menos favorecido os membros de grupo cuja causa de homogeneidade é o sexo, a cor etc...".¹⁰ Desse modo, a discriminação direta se daria por meio da exclusão explícita de um grupo social, ou de uma pessoa, em face de características próprios, estabelecidos como critérios proibitivos de distinção, e teria, como consequência do tratamento desigual dispensado, sua manutenção em situação desfavorável.

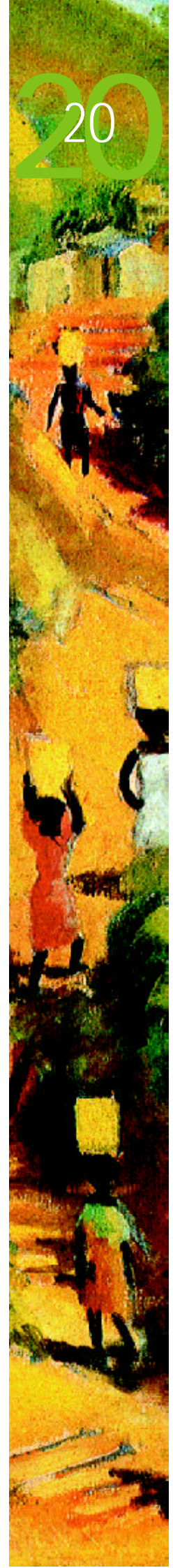
Discriminação direta pode ser vista, ainda, como uma forma de dominação de um grupo social sobre outro. Tal qual observada na divisão sexual do trabalho, em que a situação civil da mulher, suas responsabilidades familiares, e funções reprodutivas, apresentam-se como fonte de discriminação direta, porque atuam sobre a preferência pelo homem (preferência em razão do sexo), no momento da contratação, ou da progressão funcional. O exame objetivo das capacidades e competências profissionais, nesse caso, é relegado, em razão de critérios discriminatórios. Na discriminação direta, observada no ambiente de trabalho, o empregador trata de modo desigual, isto é, desfavorável, o trabalhador em razão de seu sexo, cor, origem, raça, idade, isto é, em face daqueles critérios sobre os quais existe vedação discriminatória expressa, no ordenamento jurídico.

Quanto à discriminação indireta, observa-se sua manifestação no tratamento formalmente igual, mas que produz efeitos diversos, em desfavor de determinadas pessoas ou grupos. São práticas aparentemente neutras, mas que resultam por excluir pessoas ou grupos sociais historicamente discriminados.

A discriminação indireta ocorre quando idênticas condições de tratamento, ou critérios, se aplicam a todos, mas suas consequências têm impacto negativo apenas sobre alguns, pois não guardam vínculo direto com as capacidades exigidas para o exercício dos cargos ofertados. Ou seja, essas condições idênticas no tratamento de pessoas observam tão somente o conteúdo formal da norma da igualdade, e acabam por provocar situações em que viceja a discriminação indireta.

É o caso de uma seleção para função de empacotador, em supermercado, exigir, de seus candidatos, a conclusão do ensino médio.

¹⁰ Lima. 1997: 35.



A condição, aqui, é igual para todos. Mas, não resta dúvida, que esta exclui do processo seletivo a parcela mais pobre da população, porque menos escolarizada, quando, em verdade, para o desempenho da atividade oferecida, o critério parece ser exorbitante. Ou, ainda, aqueles casos em que os critérios de seleção para a vaga de trabalho, embora não sejam discriminatórios, são impossíveis de serem preenchidos pelos trabalhadores aos quais aquela vaga está determinada. Essa situação é observada quando da contratação de pessoas portadoras de deficiência, por empresas obrigadas à reserva legal de cotas, cujas competências exigidas são impossíveis de serem encontradas nesses trabalhadores.¹¹

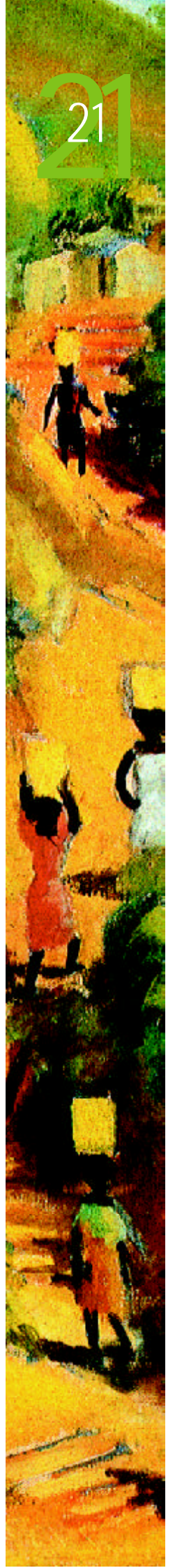
Outra manifestação da discriminação indireta é a inclusão de certos critérios no processo seletivo, que, apesar de neutros, vão produzir desfavor a determinadas pessoas ou grupos. É o caso do critério “disponibilidade para viagens” como condição de admissão ao posto de trabalho ofertado, que acaba por excluir as mulheres, pois elas, em regra, são menos disponíveis para viagens do que os homens, em virtude de suas responsabilidades familiares. De tal modo, o estado civil, ou situação familiar, passa a influir de maneira *indireta* na contratação da mulher, que se vê discriminada na medida em que o acesso ao emprego entra em conflito com seus encargos de família.¹²

Observa-se, muitas vezes, que características como “dinamismo”, “liderança”, “gostar de desafios”, “visão estratégica”, e “iniciativa”, consideradas como atributos masculinos, são freqüentemente utilizadas nos anúncios de emprego, e reportagens sobre o perfil do profissional procurado pelo mercado, como uma maneira de desestimular e inibir a contratação de mulheres para certos cargos e funções tidos como próprios do homem.¹³ Essas “qualidades”, quando adotadas como critérios de contratação do empregado, “extrapolam o plano objetivo

¹¹ Solicitação feita ao SINE de profissionais portadores de deficiência, por empresa do ramo de asseio e conservação, exige como requisito que o mesmo tenha curso superior nas áreas de informática, economia, engenharia, matemática, física ou estatística com ampla experiência comprovada, de no mínimo dois anos, em desenvolvimento de sistema em micro computador utilizando linguagem Deldhi, em modelagem de dados, bancos de dados relacionais ORACLE e em desenvolvimento de sistema na plataforma ADEAS/NATURAL.

¹² Convenção 156, da OIT, sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores: trabalhadores com encargos de família; Recomendação 165, da OIT.

¹³ Coutinho. 2003: 24.



das competências e recuperam os estereótipos, clichês, que reforçam o senso comum discriminatório entre os sexos”.¹⁴

Na conduta de discriminação indireta, não mais se presume a intenção com que o ato foi praticado (discriminar em face do sexo, cor etc) e sim seus efeitos, suas conseqüências práticas, ou seja, as desigualdades daí decorrentes que poderão resultar em exclusão social. Sua manifestação sutil surge, também, como resultado das ações de combate à discriminação direta, ao escamotear a situação anteriormente verificada. Desse modo, observa-se que, ao se combaterem os critérios “boa aparência” e “idade” nos anúncios de emprego publicados nos jornais, surge a exigência de fotografia como elemento de composição do *curriculum*, e a informação sobre a idade do trabalhador é substituída pelo atributo “jovem”, que se torna condição para o preenchimento da vaga de trabalho.¹⁵

Nas atividades econômicas em que prepondera a mão-de-obra feminina, como os ramos de confecção e de calçados, não se observam impedimentos ao acesso da mulher à vaga de emprego. Contudo, a discriminação indireta manifesta-se, nesses segmentos, mediante as diferenças de remunerações e de ocupações, favoráveis ao trabalhador masculino que ocupa, em regra, os cargos de chefia e gerência, em um ambiente de trabalho no qual a maioria é mulher. Essa situação deixa clara a assimetria entre os sexos na organização do trabalho. Aqui os atributos do masculino e feminino aparecem bem delimitados, e chegam a definir sexualmente as responsabilidades, embora as condições de acesso ao emprego e de progressão funcional sejam as mesmas para homens e mulheres.

Nos ambientes de trabalho onde as mulheres são maioria, o fato de serem comandadas por homens é, muitas vezes, provocador de situações que espelham as diferenças de papéis assumidas pelos sexos. Enquanto os encargos de família não atrapalham o trabalho masculino, a maternidade e as responsabilidades familiares são fonte de condutas discriminatórias contra a mulher trabalhadora, hoje conhecidas como assédio moral laboral, que vão afetar sua permanência no emprego. É comum a trabalhadora grávida enfrentar todo tipo de pressão para fazê-la despedir-se do emprego.

¹⁴ Cappellin in CFEMEA, 1996: 23.

¹⁵ Coutinho. Op. cit., p. 24.



A discriminação, qualquer que seja sua manifestação, se direta ou indireta, vai resultar na desigualdade das pessoas ou grupos sociais discriminados. No caso específico das relações de gênero, a hierarquia do masculino gera a distinção de papéis que “reproduzem situações de desvantagens, renovando as formas de discriminação nas ocupações e profissões”.¹⁶ Os efeitos das desigualdades de gênero são fartamente evidenciados quando das análises comparativas da remuneração e das funções distinguidas por sexo. Esse fato parece decorrer mesmo da forma como se organiza a divisão do trabalho entre os sexos, e não do mito de que os benefícios à maternidade tornam as mulheres mais caras para as empresas, o que justificaria sua menor remuneração, capacitação e progressão na estrutura da organização.¹⁷

1.2 Prática discriminatória

Por prática discriminatória entende-se o ato, a ação, a realização da discriminação, como uma conduta real, concreta, efetiva, em relação ao outro, seja de forma continuada, reiterada, ou manifestada através de apenas um ato isolado. A prática discriminatória, quando produz um *prejuízo* ao outro, ou tem como efeito alterar a igualdade de oportunidades que deve ser garantida a todos, é conduta ilícita, por encontrar vedação no sistema jurídico brasileiro, visto afrontar o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF).

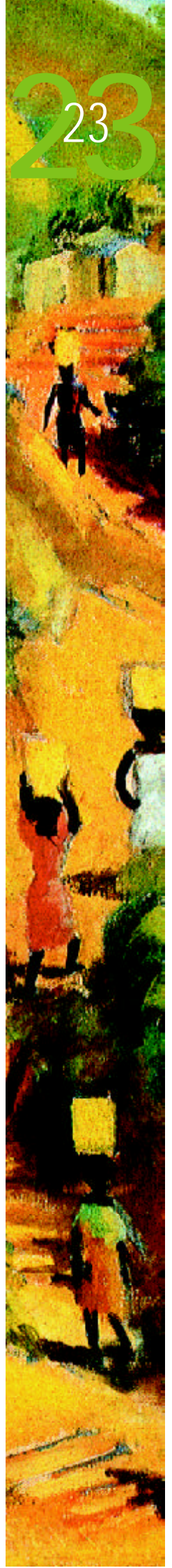
Contudo, é necessário observar que não se pode considerar distinções irrelevantes, isto é, “circunstâncias ocasionais, que proponham fortuitas, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas...”¹⁸ como discriminatórias, nem tampouco as diferenças naturais. Também não são discriminatórias distinções impostas por lei, quando essas se conformam com os princípios constitucionais. Somente não se deve desequiparar quando a desequiparação constituir um privilégio, porque, desse modo, se estaria afrontado o princípio da igualdade, garantidor dos direitos individuais.¹⁹

¹⁶Cappellin in CFEMEA, 1996: 20.

¹⁷ Abramo. Brasília: OIT, 2005.

¹⁸ Bandeira de Melo. 2001: 45.

¹⁹ Bandeira de Melo. 2001: 45.

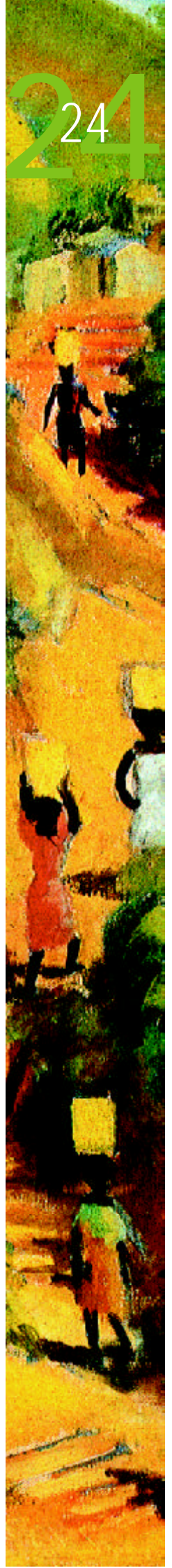


Somente se considera prática discriminatória aquela conduta que resulta por destruir ou alterar a igualdade de oportunidades e de tratamento entre pessoas ou grupos, visto ofender o princípio da isonomia. Portanto, qualquer conduta que tenha como efeito desigualar, criando desfavor ao distinguir pessoas, é intolerável, porque a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, imposta pela Constituição.

É comum a afirmação de que a discriminação é velada, isto é, não se mostra por meio da prática. Essa compreensão não é de toda verdadeira, pois a discriminação parece evidente em alguns critérios seletivos de trabalhadores para postos de trabalho, muitas vezes, anunciados em jornais, e nos processos de contratação que buscam investigar sobre as escolhas, opiniões, preferências, doenças, antecedentes criminais e situação financeira do candidato ao emprego. Também se pode observar a discriminação na adoção de mecanismos para verificar se o trabalhador incorre em contradições no ato da entrevista (detector de mentiras). Mesmo sob o argumento de selecionar o candidato ideal para o cargo, nessas condutas, a discriminação parece bastante explícita.

A discriminação também se mostra explicitada nas reclamações das empregadas grávidas ou daquelas que trabalham em serviços de limpeza e conservação, ao alegar serem invisíveis, porque não são notadas no ambiente de trabalho. Também é bastante explícita nas práticas contra o trabalhador negro, homossexual, ou pobre, que sempre é tratado com menosprezo e gracejos ofensivos à sua dignidade de pessoa; nas exigências exorbitantes de formação profissional feita ao trabalhador com deficiência, e nas condutas de assédios sexual e moral, de ocorrência farta no mundo do trabalho. Todas essas são situações nas quais a discriminação se mostra de modo bem visível.

Como se não bastasse, resta a evidência, demonstrada por estudos estatísticos, de que a mulher ganha menos por seu trabalho do que o homem; o trabalhador negro ganha menos que o branco; a trabalhadora negra ganha menos que a trabalhadora branca; a mulher ocupa as posições de trabalho menos vantajosas e tem menos oportunidades de progredir na carreira; a mulher negra predomina no trabalho doméstico e os estudantes negros e os pobres estão sub-representados nas universidades. Essa conjugação de fatores, apontados por quem observa o mundo do trabalho, ou por indicadores econômico-



sociais, impede de aceitar que o fenômeno da discriminação não se revela.

Afirmar isso reforça o argumento de que a diferença entre as pessoas se dá de forma natural, porque ninguém percebe a discriminação; volta-se ao mito de que o Estado brasileiro é uma democracia social. Se, contudo, alguma prática discriminatória permanece velada, encoberta, deve-se levantar o véu por meio de políticas sociais educativas e informativas do fenômeno, e de ações de combate à discriminação que, além de promoverem a igualdade de oportunidades, teria o papel de dar transparência à questão da discriminação no mundo do trabalho.

1.3 Causas da discriminação

Em regra, o preconceito é apontado como causa da discriminação, ou seja, a causa é aquela opinião ou sentimento concebido sem exame crítico; aquela idéia desfavorável formada *a priori*, sem conhecimento ou ponderação dos fatos. De tal modo, o preconceito, como fonte geradora da discriminação, seria aquela idéia assumida em conseqüência da generalização apressada de uma experiência pessoal ou, ainda, fruto da intolerância e xenofobia. Do preconceito surgiriam diversas práticas discriminatórias, decorrentes da estigmatização do outro.²⁰

Contudo, o preconceito se distinguiria da conduta discriminatória, por ser o um sentimento latente que, nem sempre, se traduz em ação. Já, a discriminação é um ato de exteriorização do preconceito. Portanto, não se confunde discriminação com preconceito, muitas vezes, justificado pelas práticas naturalizadas de uma sociedade autoritária, fundada em relações de poder, que resultam por provocar desigualdades sociais.

Pode-se apontar também, como causa da discriminação, o interesse de grupos sociais e instituições em manter privilégios historicamente conquistados. Tal interesse é geralmente tido como

²⁰ Sergio Paulo Rouanet. MAIS, Jornal Folha de São Paulo, 9/02/03. "A intolerância racial foi uma das catástrofes do século 20 (...) Houve (...) um racismo antinegro, ostensivo nos EUA, disfarçado no Brasil. Nos dois casos, a intolerância operou através da estigmatização, da atribuição ao outro de estereótipos de opróbio.



origem da discriminação racial ou de gênero, em que os privilégios que se pretendem ver garantidos, devido a fortes representações sociais, deixam de ser percebidos como sócio-culturais, e passam a ser vistos pela sociedade como ocorrências naturais. Aqui, também, pode-se ressaltar que a intolerância e a xenofobia são manifestação contra culturas, crenças ou religiões, de pessoas ou grupos que, por não professarem os mesmos dogmas e princípios, são vítimas de discriminação fundada em interesses sociais, econômicos ou políticos, de grupos dominantes.

Tem-se, ainda, a discriminação como resultante de razões econômicas, observada, no caso da mulher trabalhadora, através de obstáculos à sua contratação, ou impedimentos à manutenção ou progressão no emprego. Sob a idéia de que os custos do trabalho da mulher são superiores aos custos do trabalho do homem, em decorrência da proteção à maternidade - garantia do direito à licença-gestante, estabilidade provisória, descansos especiais durante a jornada de trabalho para amamentar o próprio filho, e direito à assistência ao filho durante o período de amamentação - a mulher trabalhadora se vê discriminada, sofrendo um desfavor na relação de emprego.²¹

O conjunto de normas que protege o trabalho da mulher não costuma ser visto como uma garantia ao mercado de trabalho da mulher, ou como um direito ao exercício de sua função reprodutiva, evitando-se riscos que poderiam ameaçar sua saúde e o desenvolvimento da gravidez. A não compreensão da finalidade do instituto de proteção do trabalho da mulher motiva a discriminação enfrentada pela trabalhadora gestante.

Como se não bastasse o entendimento de que as normas protetoras do trabalho da mulher são componentes de elevação dos custos operacional da empresa, existe, ainda, a noção de que o absenteísmo, a limitação para a jornada extraordinária, para o trabalho noturno e a indisponibilidade para as viagens de trabalho todas questões relacionadas às responsabilidades familiares assumidas pela mulher são

²¹ A remuneração das mulheres significativamente inferior à dos homens não pode ser explicada por um custo não-salarial supostamente maior em que as empresas incorrem quando da contratação de mulheres. (Abramo. Brasília: OIT, 2005).



fatores adicionais dos custos da mão-de-obra feminina e, por isso, são tomados como causa da discriminação contra a mulher trabalhadora.²²

Razões econômicas também vão justificar as discriminações contra o trabalhador portador de deficiência. Este vai encontrar obstáculos à sua contratação, vista como um fator de elevação de custos do processo produtivo, devido às possíveis adaptações do ambiente de trabalho à sua qualidade de deficiente, e à alegação de uma baixa produtividade de trabalho, que viria a comprometer o desempenho da empresa. O mesmo acontece com o empregado acometido de doença, ou acidentado do trabalho.

1.4 Conceito jurídico de discriminação

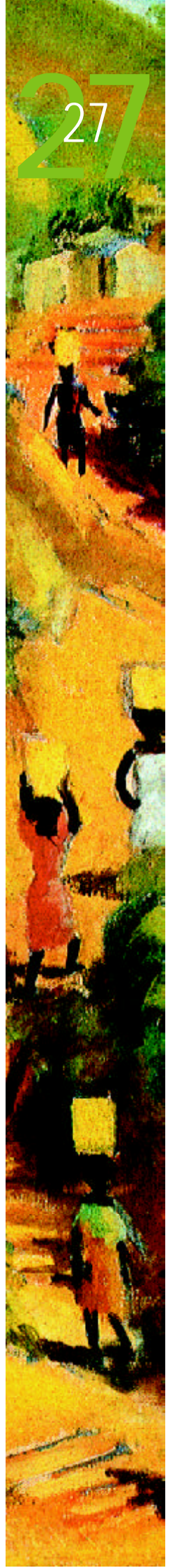
O princípio da igualdade e seu corolário, o princípio da não-discriminação, traduzido no objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, dispostos na Constituição Federal (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, da CF), têm inspiração nas constituições liberal-democráticas contemporâneas, e em diversos diplomas internacionais que declararam os direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade de pessoa como pertencentes ao gênero humano.

Como exemplos desses diplomas internacionais, tem-se a Declaração de Filadélfia, que preconiza:

(...) todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo, ou sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, segurança econômica e em igualdade de oportunidades.

De mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que diz da igualdade de direitos e liberdades, dentre elas, a de livre

²² Trabalho recente realizado pela OIT, "Questionando um Mito: Custos do trabalho de homens e mulheres". (Lais Abramo (ed.), Brasília: 2005), concluiu que o custo adicional do trabalho da mulher é irrelevante, portanto não explicaria as desigualdades enfrentadas pela mulher no âmbito do trabalho.



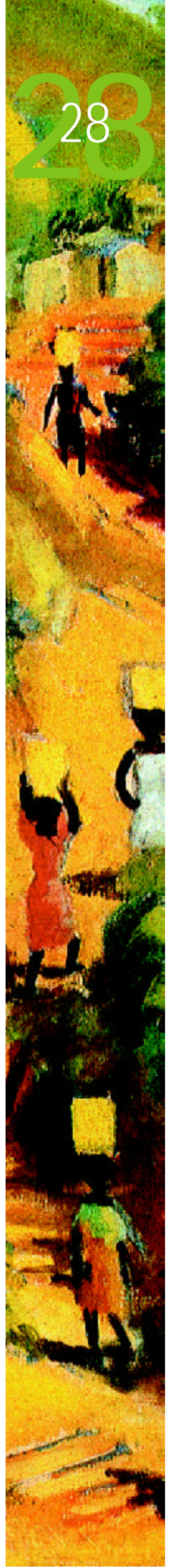
escolha do trabalho, “sem distinção de raça, cor, sexo (...)”, e a Convenção n.111, da OIT, que visa coibir a discriminação em matéria de emprego ou profissão. Este diploma internacional traz o conceito de discriminação no âmbito do emprego ou profissão, que foi incorporado à ordem jurídica brasileira. Desse modo, tem-se que discriminação é

toda distinção, exclusão ou preferência, fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão (art. 1º, 1, a, da Con. N. 111, da OIT).

Para fins dessa convenção, todas as pessoas, sem discriminação, devem gozar de igualdade de oportunidades e de tratamento em relação ao acesso, à colocação no emprego, à orientação e formação profissional, e às condições de trabalho.²³ Não serão, entretanto, consideradas discriminações as distinções, exclusão e preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego (art. 1º, 2, da Con. N. 111, da OIT), as que possam se justificar em razão da segurança do Estado (art. 4º, da Con. N. 111, da OIT), as que tenham caráter de medida, de proteção ou assistência especial reconhecida como necessária por motivo de sexo, invalidez, encargos de família ou nível social ou cultural (art. 5º, 2, da Con. N. 111, da OIT).

Também, não é discriminação a proteção requerida por pessoas ou grupos para terem garantido o direito a sua inserção social (medidas especiais). As medidas de proteção, nesses casos, visam combater a discriminação de que tais segmentos são objetos. Isso porque o entendimento é de que o tratamento desigual conferido às pessoas ou grupos, quando justificado, existindo uma correlação lógica entre o fator desequiparador e o bem protegido, estaria compatível com o princípio da igualdade. Deverá, contudo, haver uma razão lógica, isto é, uma causa objetiva, a fundamentar uma desequiparação entre pessoas, para que o tratamento desigual esteja conforme o princípio da isonomia.

²³ Recomendação n. 111, da OIT.



O que o ordenamento jurídico veda é a discriminação que altera a igualdade de oportunidades entre as pessoas ou grupos sociais, não havendo, portanto, contradição alguma no fato de o direito reconhecer desigualdades, ao mesmo tempo em que proíbe a discriminação. As desigualdades protegidas por normas jurídicas ocorrem por imposição do tratamento isonômico devido a todos, e pelo reconhecimento de que uma circunstância fática de desigualdade pode ser justificadora de tratamento diferenciado, em busca da igualdade material (substantiva).

Seria o caso das pessoas com deficiência, cuja proteção jurídica decorre da necessidade de ter garantido o direito à integração e inclusão social. Aqui o princípio da igualdade cumpre-se, não apenas cuidando de resguardar a isonomia de todos perante a lei (tratamento igual), ao proibir a discriminação, mas também quando, ao se distinguir essas pessoas em relação às demais, justifica-se a desequiparação pela dificuldade de integração social a que estão sujeitas.

É, pois, com a finalidade de garantir tratamento equânime, que se desequipara a pessoa portadora de deficiência, de modo a assegurar-lhe as condições de igualdade de oportunidades. Com efeito, a proteção jurídica à pessoa portadora de deficiência nada mais é do que a aplicação do princípio da igualdade no combate à discriminação e na promoção da igualdade de oportunidades, como mecanismo garantidor de sua cidadania.

Note-se também que, no Direito do Trabalho, fundado sobre o pressuposto da hipossuficiência do empregado, encontra-se uma série de princípios e normas com o fim de equiparar as partes na relação de trabalho, pois, entendem-se desiguais em vista de circunstâncias fáticas de natureza sócio-econômicas. Como as desigualdades somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto, a legislação do trabalho estabeleceu a favor do trabalhador normas protetivas, na busca de igualar a relação de emprego entre os contratantes.²⁴

Aliás, no Direito do Trabalho, percebe-se uma constante preocupação em proteger o empregado com o objetivo de alcançar uma igualdade substancial entre as partes. Com efeito, a legislação do trabalho está repleta de regras na direção não apenas de equiparar as

²⁴ Plá Rodriguez. 1978: 24.



partes do contrato de trabalho, mas de garantir a equidade de direitos entre mulheres e homens trabalhadores, como aquela que distingue biologicamente a mulher do homem, justificando a preferência por este, quando a tarefa a ser realizada exigir força muscular superior a 25 quilos (art. 198 e 390, da CLT).

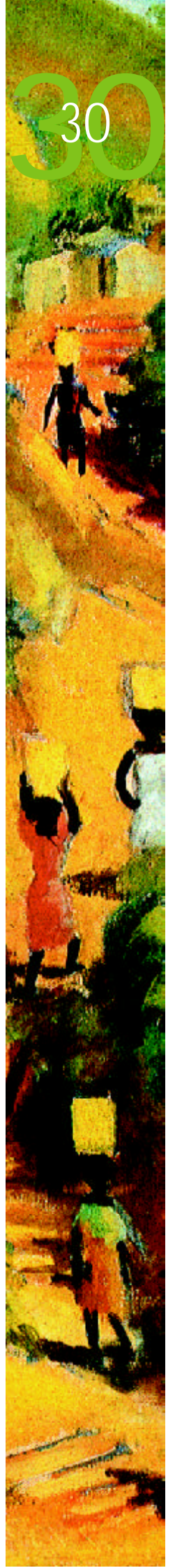
Tal discriminação entre os sexos seria inaceitável caso a tarefa a ser desempenhada fosse a de encarregado do departamento de pessoal porque, nesse caso, o tratamento diferenciado não encontraria pertinência que justificasse a distinção entre homem e mulher. A preferência pelo empregado homem implicaria em conduta discriminatória, vedada pelo ordenamento jurídico, pois não encontraria razão lógica com a função a ser desempenhada.

Mesmo dispondo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art.5º, I, CF), a Constituição confere tratamento diferenciado à mulher em relação ao homem. É o que se observa quanto à licença-gestante e a licença-paternidade, que são concedidas em prazos diferenciados, por razões que se entendem lógicas e, portanto, justificam a discriminação. O fato do tratamento entre o homem e mulher dever ser isonômico, significa ter de observar a pertinência lógica de critérios desiguais, que não devem ser irrelevantes.

Essa é a condição para afastar a discriminação. Contudo, quando o tratamento for desigual, pela necessidade de promover a igualdade entre os sexos, diante de uma circunstância fática que se apresente lógica, ainda assim, esse deverá estar fundamentado nos princípios constitucionais. De tal modo, as distinções ou preferências para que configurem discriminação, é necessário que tenham como efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento entre as pessoas. Aquelas outras medidas que resultam por distinguir pessoas, mas tenham a finalidade de promover a igualdade de oportunidade e tratamento no emprego, não são discriminatórias, se conforme os valores constitucionais.

1.5 Natureza jurídica da discriminação

Discriminação pressupõe um tratamento diferenciado, atribuído a uma pessoa ou grupo social, comparativamente desfavorável, e por isso tem como efeito alterar ou destruir a igualdade de oportunidades

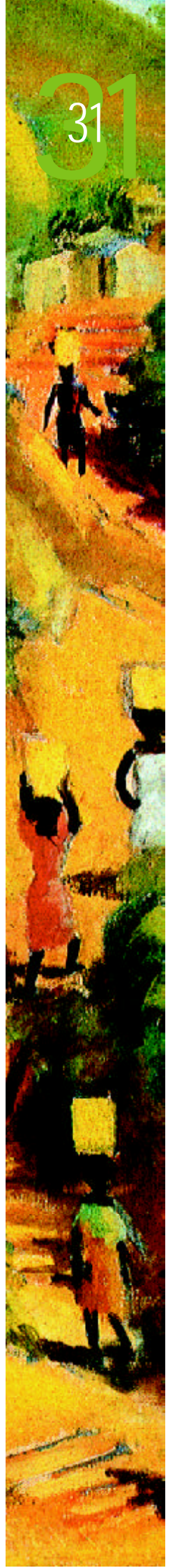


em matéria de emprego, ou profissão, conforme alude a Convenção n. 111, da OIT. Isso significa que, se o ato de distinguir ou preferir, referente à pessoa, em face de sua origem, raça, sexo, cor, idade, estado de saúde, ou quaisquer outras formas de distinção, provocar desigualdades de oportunidades e de tratamento, esse ato, por ferir o princípio da igualdade e da não-discriminação é vedado por lei, ou seja, é ato ilícito, em muitos casos, tipificado no ordenamento jurídico como crime.

A conduta discriminatória encontra sua vedação na Constituição Federal, que, ao dispor sobre os direitos individuais e coletivos, assegura a todos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*). Como se esse comando não bastasse, a norma constitucional, considera a promoção da igualdade objetivo fundamental da República brasileira, ao preceituar como normas programáticas, “erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais...” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, III e IV, da CF), para que se realizem os princípios fundamentais, consubstanciados nos valores da cidadania, da dignidade da pessoa e do trabalho (art. 1º, II, III e IV, da CF).

Também se encontra a vedação à discriminação em normas infraconstitucionais, como a que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º, da lei 9.029/95). A lei também proíbe publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor... (art. 373A, da CLT, alterado pela Lei 9799/97).

Quanto às práticas discriminatórias tipificadas como crime, têm-se aquelas resultantes da discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional (Lei n. 7.716/89 e Lei n. 9.459/97); da discriminação contra a mulher, relativas ao estado de gravidez (Lei n. 9.029/95); da discriminação contra a pessoa portadora de deficiência (Lei n. 7.853/89) e do assédio sexual laboral (Lei n. 10.224/01). Essas são condutas eleitas pelo legislador como mais graves e que, portanto, merecem punição mais severa, com penas de detenção ou reclusão. É o que se observa para os casos de indução ou



instigamento doloso da prática de esterilização cirúrgica da mulher, punível com pena de reclusão (Lei n. 9.263/96). Também sofre pena de reclusão aquele que nega, sem justa causa, emprego ou trabalho a alguém, por motivo derivado de sua deficiência (Lei n. 7.853/89).

As práticas discriminatórias e limitativas do acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou origem, foram consideradas menos graves e, por isso, não constituem crimes. Assim, receberam do legislador sanções mais brandas, consubstanciadas em multas administrativas, e na proibição do empregador de obter empréstimo, ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais (Lei n. 9029/95). No caso de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, cabe ainda ao empregador, como sanção, readmitir o empregado com ressarcimento integral das remunerações devidas durante o período de afastamento, ou o pagamento em dobro dessas remunerações, ficando facultado ao empregado optar por uma das possibilidades indicadas (art. 4º, I e II, da Lei, n. 9029/95).

Diante do que dispõe o ordenamento jurídico, não há dúvida de que a discriminação é uma conduta antijurídica que altera a igualdade de oportunidades e provoca injustificável exclusão social. O fenômeno da discriminação faz com que pessoas se tornem parte de grupos vulneráveis que experimentam desvantagens sociais e ocupacionais. Ressalte-se, entretanto, que a discriminação positiva está conforme o ordenamento jurídico, constituindo-se em ação essencial à concepção equitativa de justiça social.



Parte 2

Tipos de Discriminação

2.1 Discriminação em Razão das Relações de Gênero

2.1.1 Conceito

Gênero pode significar, dentre outras definições, um conjunto de espécies que apresentam certo número de caracteres comuns convencionalmente estabelecidos.²⁵ Relativo ao gênero humano, convencionou-se para suas duas espécies, masculina e feminina, papéis diferenciados na sociedade, que acabariam por provocar desigualdades entre homens e mulheres, muito mais por razões culturais do que biológicas.

O conceito de gênero, elaborado para tratar do sujeito feminino ou masculino, tem sido por demais estudado nas últimas décadas. Esse não tem a pretensão de significar o mesmo que sexo feminino ou masculino, entendido como uma identificação biológica, mas está ligado a uma construção sócio-cultural.²⁶ De tal modo, o conceito de gênero implica em representações de feminino e masculino que passariam por

²⁵ Dicionário Aurélio, s. d. (Louro, 1996: 9).



transformações ao longo do tempo. Seria um conceito plural, uma vez que se observa não apenas em sociedades diversas, mas em uma mesma sociedade, diferentes compreensões de feminino e masculino, apreendidas a partir da relação entre homens e mulheres, articulada com outras categorias sociais, como classe, raça, etnia, gerações e religiões.

A concepção de gênero como uma construção social teria sua base material fundada em múltiplas categorias sociais que interagem através de relações de poder. Daí ser gênero uma construção, que se recusa ser justificada pela *essência* feminina ou masculina tida como natural, universal e imutável, baseada em concepções biologísticas que explicariam as “evidências” do predomínio masculino, justificador da desigualdade entre os sexos. Essa compreensão de gênero remonta aos movimentos feministas que derrubaram por terra a concepção de um universo masculino percebido sob formas de *evidências*, sem qualquer juízo de racionalidade. *Evidências* essas, fundadas em representações simbólicas, legitimadas pelas culturas ou instituições sociais.

As diferenças estabelecidas entre os sexos, até então, atribuíam à mulher características “naturais” de dependência e subordinação, com reflexos duradouros sobre as relações de gênero, em que coube à mulher, por séculos, uma vida privada sob total dependência econômica e emocional do homem. Em seguida, com o avanço das formas de produção capitalistas, a mulher passa por um processo de inserção no trabalho, onde vai desenvolver funções consideradas como uma quase extensão de sua vida doméstica.²⁷ Isso, em virtude de uma identidade construída em torno desse universo, ou que requer qualidades estimuladas em sua socialização, como paciência, meticulosidade ou habilidade manual, que passaram a ser utilizadas, por exemplo, nas linhas de produção da indústria eletromecânica.²⁸

Tais estruturas simbólicas, sobre as quais repousam a representação do papel feminino da mulher na sociedade, refletem as

²⁷ A divisão sexual do trabalho está no centro do poder que os homens exercem sobre as mulheres (Kergoart, 1996: 20).

²⁸ A manutenção de um modelo de família segundo o qual cabem às mulheres as responsabilidades domésticas e socializadoras, bem como, a persistência de uma identidade construída em torno do mundo doméstico, são fatores que condicionam a participação da mulher no mercado de trabalho. Assim, o trabalho da mulher não depende apenas da demanda do mercado e das suas necessidades e qualificações, mas de suas responsabilidades familiares (Bruschini, 1996: 88).



relações de gênero como uma construção cultural, na qual tem prevalecido a hierarquia masculina. Ao homem caberia, por natureza, a função de comandar, de dirigir, de chefiar, uma vez que possuiria qualidades físicas e morais para isso. A mulher estaria destinada à função de obedecer. Essa construção cultural, que foi naturalizada ao longo do tempo, justificaria a desigualdade entre os sexos, refletida na própria lei, em muitos momentos da história humana.²⁹

A representação de papéis masculino e feminino, construídos, reconstruídos e atualizados, desde épocas remotas, indica que a relação hierarquizada com base na diferença entre sexos aponta na direção de um poder dominante exercido pelo homem. Este teria reflexos na divisão de trabalho, na qual a subordinação e desigualdade a que estão submetidas às mulheres confirmam a supremacia masculina, a despeito das oportunidades de emprego que lhes foram criadas com o implemento do sistema capitalista de produção.³⁰

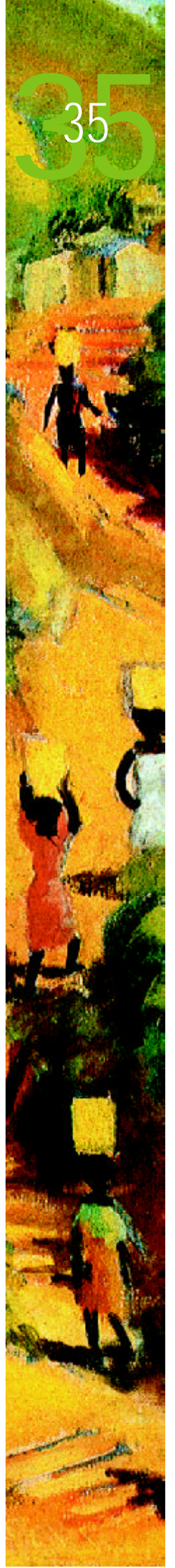
Com a Revolução Industrial, a mulher, atendendo à necessidade de mão-de-obra requerida pelo modo de produção capitalista, empresta sua força de trabalho ao processo produtivo, submetendo-se a tarefas extenuantes, sob jornadas excessivas, pelas quais percebia baixos salários. Estes eram justificados na natureza de baixo valor do trabalho feminino, sob o entendimento, não apenas de que as mulheres produzem menos, mas também de que sua produção é avaliada por um valor inferior.³¹

Tais circunstâncias determinaram o surgimento das primeiras leis trabalhistas que se voltaram para a proteção do trabalho da mulher. Essas leis, embora justificadas pelo fundamento da proteção, acabariam por cristalizar as desigualdades entre homens e mulheres, fundadas no preconceito de que o trabalho da mulher seria inferior ao do homem, devido à “existência de uma debilidade natural” da mão-de-obra

²⁹ Uma mulher está sob a guarda de seu pai durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais se conduzir a sua vontade (art. 415, do Código de Manu - 1.000 anos a. c.).

³⁰ Coutinho. 2003: 33.

³¹ Sidney Webb, reformador social inglês (Se. XIX) in Bossa, 1998:3.



feminina, certamente associada à idéia de menor força física das mulheres".³² Isso legitimaria a percepção de salários menores.³³

Mais tarde, quando a lei estipulou que ao trabalho igual deveria corresponder "salário igual, sem distinção de sexo", procurou-se, nas aptidões femininas e masculinas, e nas normas de proteção ao trabalho da mulher, justificar as diferenças salariais entre os sexos. Dessa maneira, as primeiras normas regulamentadoras do trabalho da mulher, baseadas na proibição de horas extra, de trabalho noturno, de trabalho em locais considerados perigosos ou insalubres e, ainda, na interferência do marido ou do pai no contrato de trabalho, visavam a dois efeitos: protegê-la do excesso de exploração a que estava submetida, e atender a necessidade de defender a divisão *natural* do trabalho entre os sexos. Com acerto, pode-se afirmar que a inserção da mulher no mundo do trabalho, como produto da Revolução Industrial, trouxe implicações para divisão sexual do trabalho, com reflexos sobre as diferenças de gênero, nas novas formas de organização da produção e do trabalho.

A atenção dada às relações de gênero, em épocas mais recentes, permitiu fosse conhecida a realidade do trabalho feminino, também no que concerne às diferenças naturais (biológicas) entre os sexos que exigem proteção (à gravidez, à maternidade, à saúde), mas recusando os estereótipos sob os quais estava fundada. Confirmadas, porém, as mudanças na participação da mulher como força de trabalho, e o aumento das oportunidades de emprego com a abertura de novas áreas de acesso, resultantes de inovações legais, tecnológicas e organizacionais, não se deu, como se poderia esperar, qualquer mudança na hierarquia funcional e técnica da organização laboral. Ainda prepondera a supremacia do masculino, encontrando-se a maioria das mulheres trabalhadoras em atividades de baixa remuneração, sem conseguir ascender aos cargos de chefia ou direção.

Toda discussão, ora em voga, em torno da igualdade de oportunidades no emprego, não consegue debelar as desigualdades entre

³² Venâncio. 2001: 197.

³³ Franca Basaglia citada por Gissele Martins Venâncio, História-Questões e Debates, n. 34, p. 175. "A mulher é anatomicamente diferente do homem, assim como o homem é anatomicamente diferente dela. Mas enquanto o homem estabeleceu o seu direito a afirmar o seu ser diverso como um valor, a diferença da mulher é definida em relação ao homem por defeito ou por excesso, relativamente àquilo que o homem é".



os sexos, determinadas pela relação de gênero, imbricada com outras categorias sociais que definem os papéis, isto é, a atuação da mulher no mundo do trabalho. Ocupar cargos de chefia, de gerência, ou direção, não parece caracterizar o trabalho feminino, que ainda reflete a “inferioridade física” e a “incapacidade intelectual”, como qualidades atribuídas à mulher, e que fazem dela inapta ao comando, por lhe faltarem, conforme a construção do feminino, racionalidade e objetividade (atributos masculinos), necessárias ao exercício do poder hierárquico.³⁴

A despeito de todos os avanços reconhecidos, “a constante necessidade de articular papéis familiares e profissionais limita a disponibilidade das mulheres para o trabalho (...)”,³⁵ o que contribui com a discriminação em relação a elas, e favorece o surgimento de mecanismos cerceadores do acesso ao trabalho, da permanência, da promoção e da percepção de melhor remuneração, estreitando as oportunidades, restringindo-as a guetos de ocupações.³⁶

A concentração da mulher trabalhadora nas atividades que reproduzem, de forma assemelhada, aquelas realizadas no âmbito doméstico e, portanto, de menor remuneração, parece resistir aos avanços de sua profissionalização, e ao acúmulo de experiências no trabalho. Alguns estudiosos da questão vêem nesse fato a explicação para a menor remuneração da mão-de-obra feminina, e para a sua não ascensão aos cargos de chefia ou direção. Entende-se, contudo, que essa ocorrência não pode ser tomada como causa; os guetos ocupacionais,³⁷ os salários deprimidos,³⁸ e a não assunção às funções

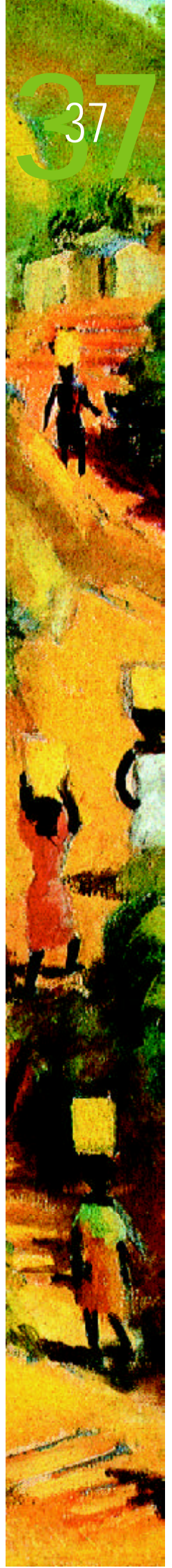
³⁴ Coutinho. 2003: 34-35.

³⁵ Bruschini, 1996: 88.

³⁶ Dados revelam que 30, 8% das mulheres estavam ocupadas, em 2001, na atividade de prestação de serviço, 17, 9% na atividade social (educação e saúde), 18, 3% no trabalho doméstico e 14, 6% no comércio de mercadoria (Dados elaborados pelo DIEESE. Fonte: IBGE: PNAD).

³⁷ Em 16 ocupações do setor formal, as mulheres comparecem com mais de 50%, ressaltando-se alguns deles como verdadeiros guetos femininos como: costura 94%, magistério de 1o grau 90%, secretariado 89%, telefonia/telegrafia 86%, enfermagem 84% e recepção 81% (Yannoulas in Dossiê: Políticas Públicas e Relações de Gênero no Mercado de Trabalho, 2002: 20).

³⁸ As mulheres economicamente ativas ultrapassam os homens economicamente ativos em anos de escolaridade (7anos de escolaridade, em média, entre as mulheres e 6, em média, entre os homens), porém, elas recebem, em média salários menores (...) A maior parte da distância salarial explica-se pela discriminação e não por características produtivas, já que as mulheres, tendo maiores níveis educativos, teriam, por hipótese, maior rendimento ou produtividade (Yannoulas in Dossiê: Políticas Públicas e Relações de Gênero no Mercado de Trabalho, 2002:21).



diretivas são efeitos de uma mesma causa: a divisão do trabalho estabelecida pela relação de poder entre os sexos.³⁹

Não se pode negar que tenham ocorrido mudanças significativas na participação da mulher no mundo do trabalho.⁴⁰ Porém, não se observa um movimento no mesmo sentido em relação às desigualdades entre os sexos, em razão do trabalho. Permanecem as brechas salariais e a ocupação das mulheres em atividades de baixa remuneração e qualificação. Não se registra relevante modificação na divisão do trabalho por sexo. As trabalhadoras que escapam às *ocupações femininas*, ou que ocupam cargos de comando nas organizações laborais, continuam sendo minoria. As restantes parecem não ter escolha, influenciadas “por dois mecanismos convergentes: de um lado, processos socializadores que se reproduzem através da família e dos meios de comunicação, que tendem a orientá-las na direção de ocupações que são consideradas mais próprias para o sexo feminino; de outro uma certa *sabedoria da conciliação* (...) que faz com que, cientes de que forçosamente terão a seu cargo responsabilidades familiares, além das profissionais, a maioria das mulheres que pode escolher dê preferência a ocupações menos competitivas e absorventes, que acredita ser compatíveis com esta situação”.⁴¹

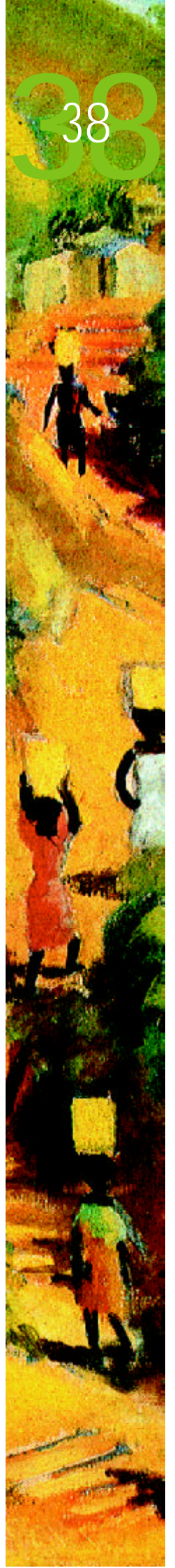
Persiste, portanto, no âmbito do trabalho, uma clara evidência da presença de relações sociais marcadas pela construção de gênero. Estas são perceptíveis na divisão sexual do trabalho, por meio da ocupação da mulher em atividades consideradas femininas, o que aponta para uma concentração das oportunidades de trabalho em setores específicos. Isso vai reduzir o campo de suas ocupações dentro da estrutura produtiva. Desse modo, as relações de gênero reproduzem-se e atualizam-se no mundo do trabalho, e nem mesmo as inovações tecnológicas e as novas formas de organização da produção foram capazes de impedir seus efeitos na divisão do trabalho por sexo.

É o que se observa com o fenômeno da flexibilização do trabalho, que tem sido apontado como fator de aumento das desigualdades enfrentadas pelas mulheres que, em um primeiro momento, contaram com a possibilidade

³⁹ Coutinho. 2003: 35.

⁴⁰ Abramo, Laís in DIAS, Jussara e FREIRE, Lucienne. Brasília: OIT, 2002, p. 34.

⁴¹ Bruschini. 1996: 99-100.



de maior inserção no mercado de trabalho, mas, em seguida, defrontaram-se com a precarização de direitos e das condições de trabalho, resultante de contratos flexíveis, mal pagos e provisórios.

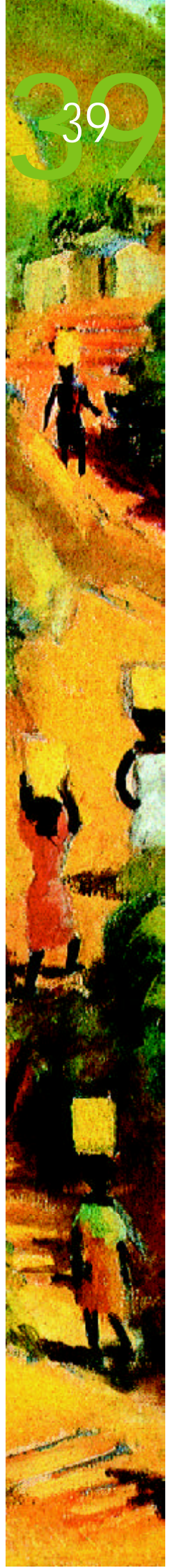
Contudo, não se há de negar que, paralelamente às mudanças ocorridas na organização da produção e a incorporação de novas tecnologias no âmbito do trabalho, ocorreram mudanças do perfil da mulher inserida no mercado de trabalho. A mulher trabalhadora, hoje, apresenta um maior nível de escolaridade, permanece durante um tempo maior no mercado de trabalho, mesmo que seja casada ou tenha filhos, e conta com um número maior de horas destinadas ao trabalho remunerado. Mas, a despeito dessas mudanças e da legislação em vigor que assegura a igualdade entre homens e mulheres, persistem as brechas salariais, a sub-representação nas funções com responsabilidade de comando e de maior qualificação técnica, e, mais, a presença das mulheres em ocupações precárias (trabalho doméstico, terceirização).⁴²

Observa-se, portanto, que persistem no mundo do trabalho as desigualdades entre homens e mulheres. As relações de gênero continuam a provocar desvantagens às mulheres trabalhadoras em termos de salários, ascensão funcional ou oportunidades de trabalho e, em muitas situações, a mulher é preterida em razão de suas responsabilidades familiares. Também as relações de gênero podem ser apontadas como causa de a mulher constar como vítima preferencial da discriminação no ambiente de trabalho.

Com efeito, é clara a manifestação da discriminação motivada por relações de gênero nos impedimentos ao acesso ao emprego, nos critérios seletivos para vagas de trabalho, no recebimento de salários inferiores, nas dificuldades de ascensão profissional, nas demissões ditas imotivadas, no assédio sexual, no assédio moral, e nas práticas discriminatórias em razão da cor e de características racial-étnicas.

A discriminação em razão da relação de gênero reflete as configurações assimétricas observadas entre os sexos no mundo do trabalho. Percebe-se também sua transversalidade com outras categorias sociais, tais como raça, cor, etnia, situação familiar, que, ao interagirem através da relação de trabalho, impedem a ampliação da igualdade de

⁴² Delgado, Cappellin e Soares. 2000: 13.



oportunidades e tratamento entre homens e mulheres trabalhadores. Ressalte-se que a busca pela igualdade de oportunidades no emprego não significa a supressão das diferenças naturais (biológicas) existentes entre os sexos.

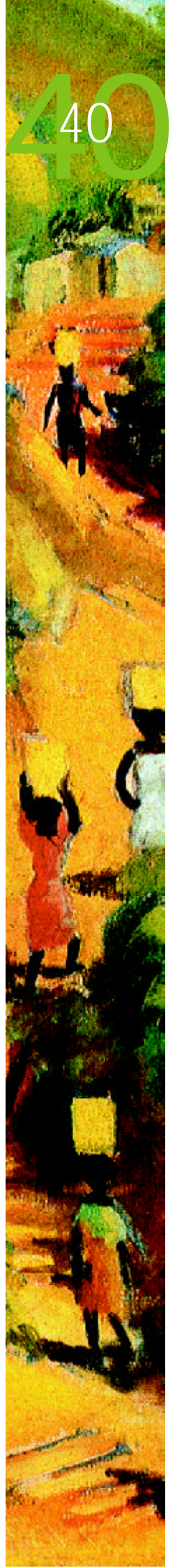
2.1.2 Discriminação em razão do sexo

É inegável que a discriminação em razão do sexo encontra seu fundamento nas questões de gênero. Este fenômeno atinge preferencialmente a mulher, devido às configurações sociais que lhe atribuem papéis ditos femininos e que vão mantê-la sob a hierarquia de um poder dominante, exercido pelo homem, com reflexos na divisão do trabalho por sexo. Essa construção social aponta para um quadro de desigualdades enfrentadas pela mulher trabalhadora, no exercício de suas atividades laborais.

Não sem razão, as primeiras leis trabalhistas surgiram como instrumentos de proteção do trabalho da mulher e, a partir daí, em todos os sistemas jurídicos, a mulher passou a merecer tratamento diferenciado no trabalho. No caso do sistema jurídico brasileiro, a legislação protetiva do trabalho da mulher, em um determinado momento, resultou por cristalizar as desigualdades entre homens e mulheres trabalhadores. Com efeito, as normas reguladoras do trabalho da mulher, que lhe proibiam jornada extraordinária, trabalho noturno, na construção civil, e em locais insalubres e perigosos, ao visar protegê-la, acabaram por discriminá-la, pois, além de estabelecerem uma divisão de trabalho por sexo, restringiam seu campo de ocupação.

Com o advento da Constituição de 1988, eliminaram-se do ordenamento jurídico brasileiro as normas discriminatórias da mulher no âmbito do emprego e do mercado de trabalho, por serem incompatíveis com o princípio de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I, da CF). Restaram apenas, no sistema jurídico, normas protetivas que visam garantir o mercado de trabalho da mulher e sua função reprodutiva, sem prejuízo da saúde e do emprego.

Não deve haver distinção, por razão de sexo, entre homens e mulheres trabalhadores, exceto aquelas de natureza biológica e as medidas de proteção à maternidade, que se consubstanciam em



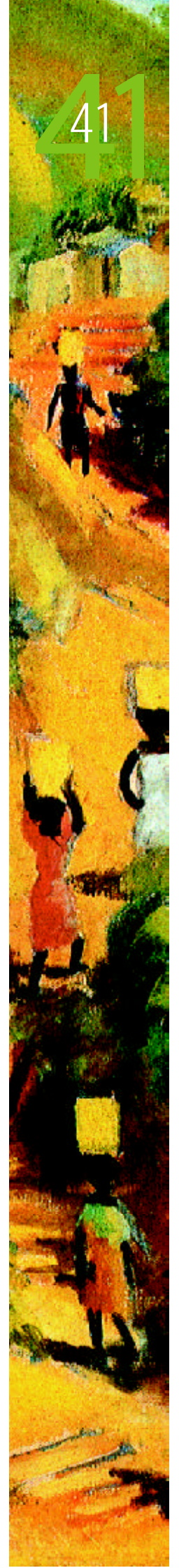
preceitos de ordem pública. De tal modo, encontra-se vedada pela ordem jurídica qualquer forma de discriminação no trabalho, em face do critério sexo. Ressalte-se que, embora a discriminação da mulher seja um fenômeno de maior significância no âmbito do trabalho, não há interpretação que possa excluir o trabalhador homem do alcance do princípio da não-discriminação.

Homens e mulheres trabalhadores são sujeitos passivos da ação discriminatória e, portanto, estão protegidos pelos comandos antidiscriminatórios, que proíbem estabelecer distinção em razão do sexo. Isso somente é possível se houver uma situação razoável que possa justificá-la, ou se a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, exigir certa distinção. Assim, o ordenamento jurídico informado pelo princípio da igualdade proíbe a discriminação em razão do sexo, fundada nas relações de gênero, sem distinguir qualquer de suas espécies.

2.1.2.1 Aspectos jurídicos

As desigualdades enfrentadas pelas mulheres, fruto da divisão do trabalho entre os sexos, fundada nas relações de gênero, vêm sendo combatidas no campo jurídico, por um conjunto de normas que procura assegurar a homens e mulheres direitos iguais, com o objetivo de eliminar a discriminação em razão do sexo. Nesse sentido, a Convenção Internacional para Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (ONU/1979) determina aos Estados-Partes que sejam tomadas medidas adequadas para proibir, *sob sanções*, a dispensa de empregada por motivo de estado civil, gravidez ou licença maternidade e, em vários de seus dispositivos, insiste na paridade como instrumento de combate à discriminação em razão do sexo.

Dentre as normas estabelecidas pela Organização Internacional do Trabalho, têm-se: a Convenção n. 100/1951, que dispõe sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores e disciplina o princípio de igual remuneração para o trabalho de igual valor; a Convenção n. 111/1958, que considera a discriminação uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e prescreve a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego ou profissão, com vista a eliminar, dentre



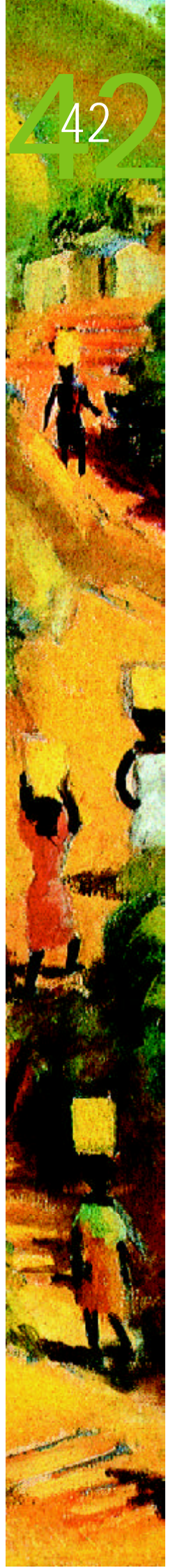
outras, a discriminação por razão do sexo; a Convenção 127/67, que estabelece o peso máximo de carga para a mulher e a Convenção 156/1981,⁴³ sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores com encargos de família.

A influência desse conjunto de normas internacionais é nítida, no texto da Constituição em vigor. Observa-se isso, a partir das disposições do art. 3º, IV, que, como norma programática, prescreve ser objetivo fundamental da República brasileira “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Em seguida o artigo 5º, *caput*, estabelece o princípio da igualdade, quando afirma serem todos iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*. O mesmo artigo, no inciso I, diz serem, homens e mulheres, *iguais em direitos e obrigações*. Também o artigo 7º, XXX, proíbe *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão* por motivo do sexo, e o art. 7, XVIII, assegura *proteção à maternidade* e a licença gestante por 120 dias, estendidas às trabalhadoras urbanas, rurais e doméstica (Lei n. 8.861/94).

Assim, a Constituição de 1988, sob forte influência de normas internacionais, eliminou do Direito brasileiro a discriminação da mulher no âmbito do emprego, e proibiu práticas discriminatórias que pudessem restringir-lhe o mercado de trabalho, ainda que tais práticas, fossem justificadas pelo fundamento da proteção. Em decorrência da absoluta incompatibilidade com o princípio constitucional de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, foram revogados dispositivos da CLT que proibiam o trabalho noturno da mulher na indústria, e seu trabalho nos subterrâneos, nas minerações de subsolo, nas pedreiras, nas obras de construção civil e nas atividades perigosas e insalubres (Lei n. 7.855/89).

Lei mais recente (Lei n. 10.244/01) revogou o art. 376 da CLT, para permitir a realização de horas-extras pelas mulheres. Este dispositivo, ao que parece, já havia sido revogado, de modo tácito, pela Constituição em vigor, que proíbe qualquer tratamento diferenciado em razão do sexo. Restaram, apenas, na legislação, normas protetivas da mulher em relação aos aspectos físico e biológico.

⁴³ Não ratificada pelo Estado brasileiro.

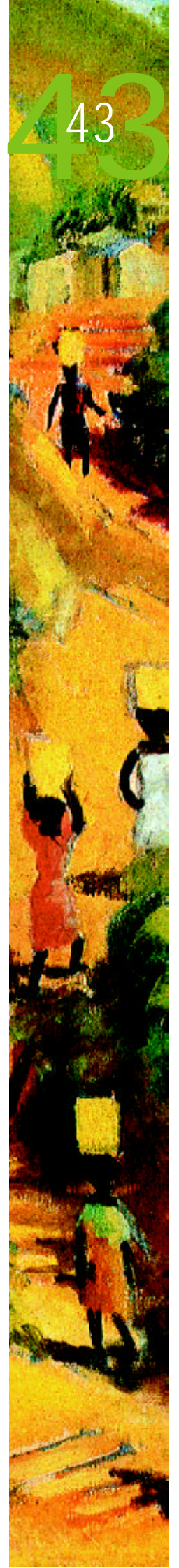


O aspecto físico diz respeito às diferenças físicas que merecem ser consideradas no trabalho da mulher. Desse modo, há diferença entre homem e mulher quanto à atividade de levantar ou transportar mercadoria pesada. A mulher não deve trabalhar em serviço que demande emprego de força muscular superior a 20 quilos, se o trabalho for contínuo, ou 25 quilos para trabalho ocasional (art. 390, da CLT). Quanto aos aspectos biológicos, a diferença de tratamento à mulher trabalhadora refere-se à função da maternidade. Aqui as normas protetivas do trabalho da mulher visam garantir e proteger a maternidade, ao evitar determinados riscos que poderiam ameaçar a sua saúde e o desenvolvimento da gravidez.

A finalidade do instituto da proteção à maternidade é garantir à mulher trabalhadora a proteção necessária durante a gestação, e o período de amamentação, sem prejuízo da saúde e do emprego. Nenhuma outra diferença deverá ser observada entre homens e mulheres, que guardam a igualdade em direitos e obrigações, excluídas, tão somente, as medidas de proteção à saúde e à maternidade, como preceito de ordem pública consagrado pela norma constitucional.

De tal modo, o ordenamento jurídico brasileiro veda toda e qualquer forma de discriminação referente ao trabalho da mulher, como se pode perceber da matéria disposta nas Leis números 9.029/95 e 9.799/99, que vieram acentuar o combate à discriminação contra a mulher trabalhadora. A primeira dessas leis, além de trazer a proibição de adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, no que concerne especificamente à mulher, aumenta a eficácia da norma isonômica constitucional. Isso ocorre porque dispõe ser crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, e a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem a indução ou instigamento à esterilização genética e promoção do controle de natalidade, ressalvados os serviços de aconselhamento familiar.

Dentre as hipóteses configuradas como crime, o legislador, em momento posterior, houve por bem agravar as sanções previstas aos casos de indução ou instigamento dolosos à prática de esterilização cirúrgica (art.



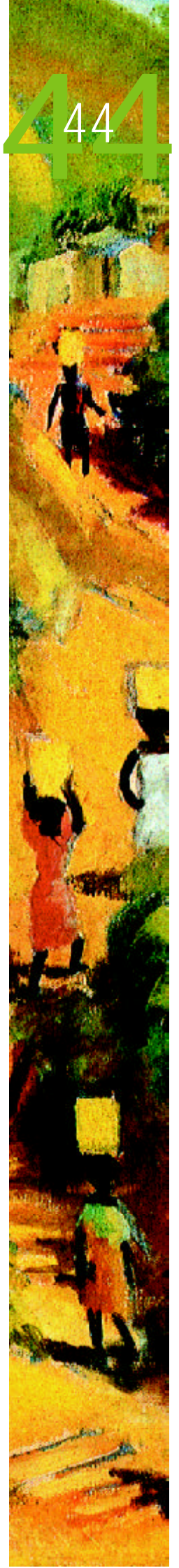
17, da Lei 9.263/96) e a exigência de atestado de esterilização para qualquer fim (art.18, da Lei 9263/96). Nestes casos, a pena de detenção foi substituída por pena de reclusão, sem prejuízo das sanções de natureza administrativa previstas no art. 3º, I e II, da Lei 9029/95. Aos agentes do ilícito, e, se for o caso, às instituições, o legislador atribuiu a obrigação de reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada, nos termos da Lei 9.263/96.

A Lei n. 9.029/95 estabelece, ainda, que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, em razão do sexo, faculta ao empregado optar entre duas alternativas: a readmissão com o ressarcimento integral das remunerações devidas durante todo o período de afastamento, ou a percepção em dobro, da remuneração do período de afastamento. Nas duas alternativas as remunerações devem ser corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais (art.4º, I e II).

No que se refere à Lei 9.799/99, esta veio ampliar os comandos antidiscriminatórios contra a mulher trabalhadora, ao estabelecer as proibições de publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo e de recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa em face do sexo ou do estado de gravidez. Tal norma ainda proíbe considerar o sexo "como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional"; adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concurso, em empresas privadas; e proceder à revista íntima nas empregadas (art.372 A, I-VI, da CLT).

Desse modo, a Lei n. 9.799/99 vem aumentar a eficácia das normas constitucionais, nos casos em que especifica a vedação à discriminação em face do sexo, uma vez que também estabelece sanção administrativa, para caso de descumprimento. Essa lei, porém, 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.

Do exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro protege a mulher contra a discriminação em razão do sexo. Contudo, ressalte-se que, não obstante o aparato jurídico, é corriqueira a prática



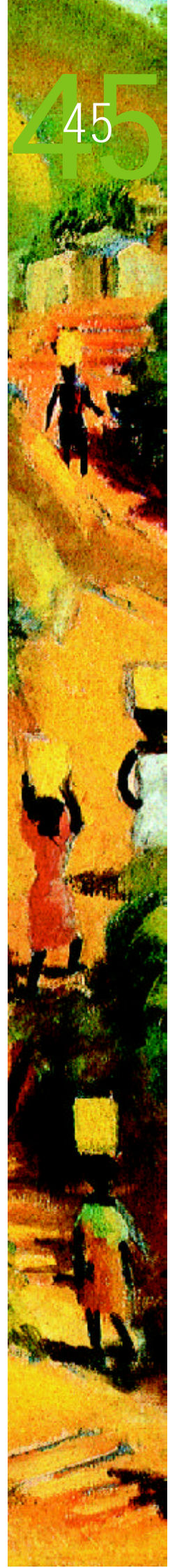
discriminatória motivada pelas relações de gênero, que aqui são tratadas sob o critério do sexo, embora se reconheça sua transversalidade com outras formas de discriminação.

Um dado curioso é que a discriminação em face do sexo não costuma ser objeto de ações judiciais. Encontram-se nos tribunais somente umas poucas demandas por prática de discriminação racial e, nos anos mais recentes, questões relativas aos portadores de HIV/ Aids, ao assédio sexual e à revista íntima da empregada. Talvez isso se dê por serem essas questões manifestações aparentes da discriminação decorrente das relações de gênero, que se encontra imbricada com as demais formas de discriminação.

Ainda sob as considerações de gênero, embora as práticas discriminatórias contra a mulher em razão do sexo sejam as mais visíveis, verifica-se também tratamento diferenciado em detrimento do trabalhador do sexo masculino. Esse fato é notado ao se observar a oferta de vagas de trabalho anunciada nos jornais, em que é explícita a manifestação da preferência por mulheres, quando se trata de funções tidas como *eminentemente femininas*, tais como, de secretária, enfermeira, psicóloga, educadora e profissional nas atividades de conservação e limpeza. Aqui a discriminação de gênero atinge a mulher e o homem trabalhadores por razões diferentes; ao homem, é negado a igualdade de oportunidades no emprego, e à mulher são reservadas as vagas que confirmam sua segregação em atividades ditas femininas, ou de baixa qualificação técnica.

Ressalte-se que, quando a Lei 9.029/96 proíbe adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção por razão do sexo, não deixa qualquer dúvida na interpretação de que a proibição recai sobre a preferência em face do sexo da pessoa, de modo que o trabalhador do sexo masculino inclui-se em seu campo de alcance. Tal lei, sob o comando constitucional do princípio da igualdade entre homens e mulheres, coloca-os nos mesmos termos, como sujeitos passivos de condutas discriminatórias.

Portanto, só é permitido distinguir entre os dois sexos, se houver uma situação razoável a justificar o tratamento diferenciado, ou se “a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir” (art. 373 A), o que é pouco plausível acontecer, pois as tarefas podem, em sua maioria, ser executadas por mulheres ou homens,



apesar de determinantes culturais que as estruturam conforme categorias de feminino e masculino. Assim, as normas orientadas pelo princípio da igualdade proíbem a discriminação em face do sexo, sem distinguir qualquer de suas espécies.⁴⁴

Percebe-se essa compreensão de gênero naquilo que preceitua a Lei 9.799/99, que, ao tratar de cursos de formação de mão-de-obra, dispõe que esses devem ser oferecidos aos empregados de ambos os sexos, e que programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional deverão ser mantidos por empresas com mais de cem empregados, beneficiando a todos, independente do sexo.

Outras práticas discriminatórias que podem muito bem ser enquadradas nas questões de gênero são as referentes ao assédio sexual laboral e à orientação sexual. Também o assédio moral pode ser tomado como uma conduta discriminatória com forte conteúdo de gênero, já que a perversão moral observada no mundo do trabalho parece ter origem nas relações de poder que se desenvolvem no modo como se organiza o trabalho.

2.1.3 Assédio sexual

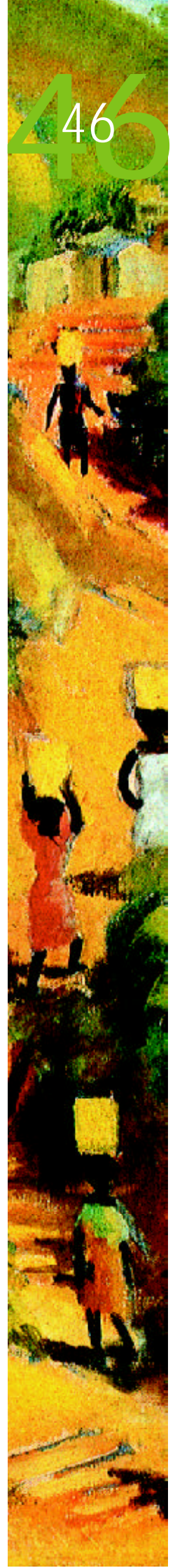
2.1.3.1 Conceito

O assédio sexual não é um ato de ocorrência verificável apenas nos tempos atuais. O que há de novo é fato do surgimento do feminismo ter realçado a luta pela igualdade entre os sexos, o que resultou por dar relevância ao assédio sexual no mundo do trabalho. Este, a partir de então, passou a ser tratado não somente como discriminação contra a mulher mas, em sentido mais amplo, como uma discriminação que vitima o homem e a mulher no ambiente de trabalho. Nesse contexto, o assédio sexual passou a ser visto como uma questão de gênero, que tem sua base material fundada em relações de poder.⁴⁵

Não resta dúvida de que foram os movimentos feministas, em harmonia com os movimentos de trabalhadores, na busca de mecanismos de garantia da igualdade de oportunidades no emprego, que provocaram

⁴⁴ Coutinho. 2003: 39.

⁴⁵ Coutinho. Porto Alegre: 2004, p. 48.



a criminalização da conduta de assédio sexual. Hoje, esta se encontra sob tutelas penal e extrapenal, que comportam o assédio sexual laboral e o assédio sexual ambiental ou por intimidação.

Para se poder compreender o que é a conduta de assédio sexual, é preciso dizer dos significados dos termos da expressão *assédio sexual*, pois isso indicará o sentido mais adequado que se pretende dar à prática assim denominada. O primeiro termo, *assédio*, dentre outros significados, indica *perseguição com propostas, insistência impertinente, pretensão constante em relação a alguém*.⁴⁶

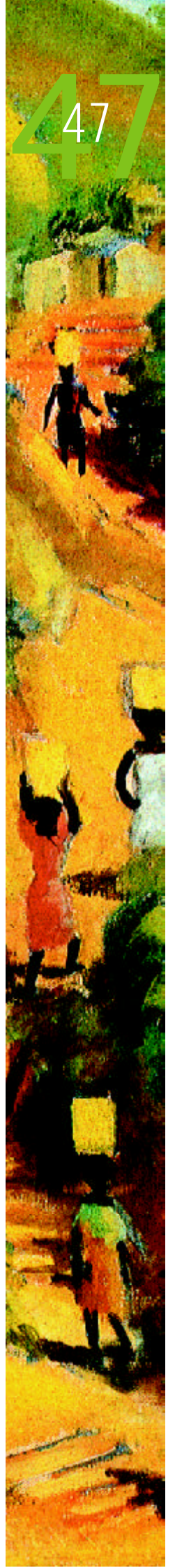
O segundo termo, *sexual*, é uma qualidade atribuída ao assédio que vai fazer que este se constitua uma intenção sexual impertinente, importuna, que não é desejada pelo outro. Dessa maneira, assédio sexual é uma conduta insistente, persecutória, que, ao visar obter favores sexuais, resulta por violar a liberdade sexual, fundada na noção de livre disposição do corpo, amparada na esfera dos direitos de liberdade, que se apresentam como bens jurídicos constitucionalmente assegurados.

Assédio sexual é, portanto, uma ação ofensiva que atenta contra a disponibilidade sexual da pessoa, afrontando-lhe a liberdade sexual, isto é, o direito de dispor do próprio corpo, ou de não ser forçada a praticar ato sexual indesejado. Tal ação constitui-se em uma ofensa à honra e à dignidade sexual, entendida como sentimento da dignidade pessoal e como direito de conceber, definir e exercer, respeitados os limites da moralidade pública, a atividade sexual. No caso do assédio sexual laboral, é atingida diretamente a dignidade das relações de trabalho, que tem a condição de bem jurídico protegido, enquanto garantia da liberdade, da igualdade, da autodeterminação e do direito a não-discriminação no exercício do trabalho.⁴⁷

Devido à ofensa à dignidade da pessoa do empregado, à sua intimidade e à sua liberdade sexual, parece não haver dúvida de que o assédio sexual “carrega fortíssimo componente discriminatório, desde que se sabe estar sendo praticada a conduta irregular por força do

⁴⁶ Dicionário HOUAISS da língua portuguesa, p. 319.

⁴⁷ O crime de assédio é pluriofensivo, havendo, assim, afetação a diversos bens jurídicos, a depender da situação concreta que se esteja analisando. A igualdade também é ofendida quando se condiciona a realização de alguma prestação ou benesse a que fazia jus a vítima, por direito ou por condições meritórias, à execução de “favores sexuais” (Jesus e Gomes. 2002: 52-53).



sexo da vítima".⁴⁸ Note-se que o assédio sexual pode destruir ou alterar a igualdade de oportunidades e tratamento no ambiente de trabalho.

É preciso, contudo, deixar claro que não constitui assédio sexual a conduta desejada pelo outro, provocada e até requerida. Para que a conduta se configure em assédio sexual, faz-se necessário que a abordagem do assediador seja mal recebida. E também que a vítima demonstre, de modo inequívoco, seu repúdio aos atos indesejados, ao deixar clara sua contrariedade com as propostas e insinuações do assediante, sem ambigüidades, para evitar a alegativa de um possível encorajamento.

Somente se materializa o assédio sexual, após a recusa da proposta pela pessoa assediada, ou a demonstração de que a intenção sexual do outro é inequivocamente indesejada. É nesse momento que ocorre a afronta à liberdade sexual do assediado, e daí resulta o constrangimento, a humilhação, a intimidação, a hostilidade ou a discriminação, a que é submetida a vítima, que tem por atingido o direito individual de livre disposição do próprio corpo.

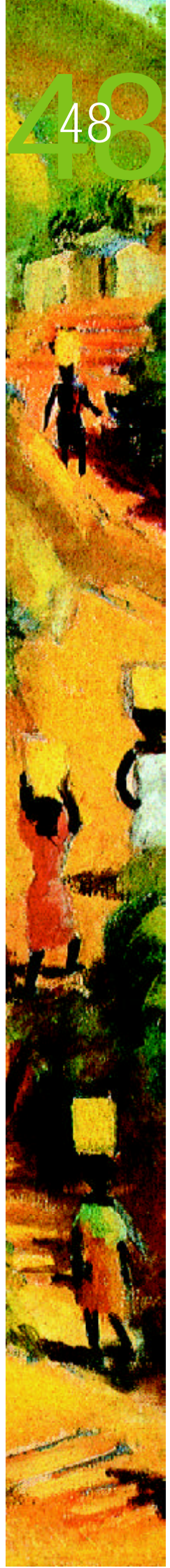
Nesse sentido, o assédio sexual é entendido como uma conduta de natureza sexual, não desejada pelo outro, e que, embora repelida, é continuamente reiterada, cerceando a liberdade sexual. "O assédio sexual supõe *sempre* uma conduta sexual não desejada, não se considerando como tal o simples flerte ou paquera. Por isso, muitas vezes só é possível considerar indesejada a conduta de conotação sexual quando o assediado inequivocamente manifesta oposição às propostas e insinuações do assediante".⁴⁹

2.1.3.2 Espécies de assédio sexual

São duas as espécies de assédio sexual classificadas pela doutrina especializada, que vêm passando de uma cultura jurídica à outra: o assédio sexual por intimidação ou ambiental, e o assédio sexual por chantagem ou *quid pro quo*.

⁴⁸ Manoel Jorge e Silva Neto in Jesus e Gomes. 2002: 97.

⁴⁹ Rodolfo Pamplona Filho in Jesus e Gomes. 2002: 119.



2.1.3.2.1 Assédio sexual ambiental

O assédio sexual ambiental é aquele que tem se caracterizado por meio de “incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado”.⁵⁰ Ressalte-se, no entanto, que essa é uma caracterização geral para todos os tipos de assédio sexual, mas que, no caso do assédio sexual laboral, recebe mais alguns elementos constitutivos.

Esse tipo de assédio sexual (ambiental), também chamado de assédio sexual por intimidação, quando ocorrido na empresa, contamina o ambiente de trabalho, degradando-o, visto infundir o temor, amedrontar, assustar e acanhar a vítima. Sua prática é observada através de repetidos gestos sexistas, frases de duplo sentido, insinuações inconvenientes, alusões humilhantes ou embaraçosas, perguntas indiscretas sobre a vida privada, toques físicos, ou atitudes outras, mesmo sutis, todas elas com persistente conteúdo sexual. A conduta de assédio sexual, nesses casos, pode restringir a atuação do assediado no trabalho, ou criar uma circunstância ofensiva ou abusiva que irá resultar em um ambiente de trabalho hostil, “ainda que o assediado não venha a sofrer punição ou a perder a posição funcional ostentada antes do assédio”.⁵¹

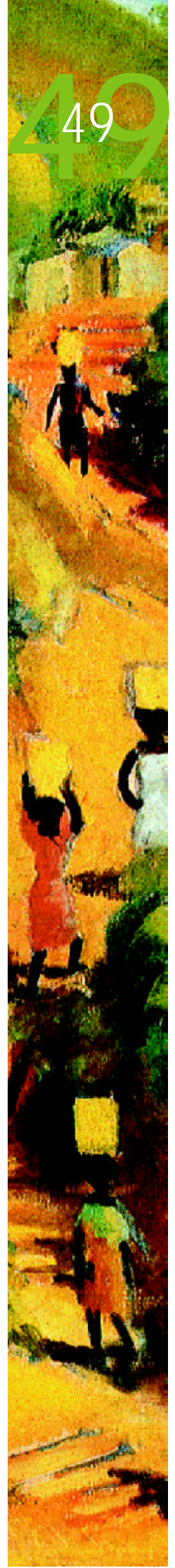
Aqui o elemento *hierárquico* é irrelevante, porque não se pressupõe, no assédio sexual ambiental, uma relação de poder entre os envolvidos, nem necessariamente a ocorrência de ameaças à vítima. O aspecto fundamental não é, portanto, “a existência de ameaça, mas sim a violação ao “direito de dizer não”, através da submissão - notadamente das mulheres - a avanços repetidos, múltiplas blagues ou gestos sexistas (mesmo que sua recusa não seja seguida de represálias)”.⁵² Desse modo, o assédio ambiental “consiste na possibilidade de qualquer pessoa assediar outra, no ambiente de trabalho, independente de qualquer hierarquia ou ascendência”.⁵³

⁵⁰ Rodolfo Pamplona Filho in Jesus e Gomes. 2002: 122.

⁵¹ Santos. 1999: 34.

⁵² Rodolfo Pamplona Filho in Jesus e Gomes. 2002: 124.

⁵³ Luiz Flávio Gomes in Jesus e Gomes. 2002: 68.



O assédio sexual ambiental provoca a intimidação do assediado, pelo constrangimento, humilhação ou molestamento impertinente. Constitui, assim, caso típico de assédio sexual praticado por colegas de trabalho, que violam, com tal conduta, o direito à liberdade sexual de seus companheiros e interferem no desenvolvimento das atividades laborais da pessoa vitimada, ou criam um ambiente de trabalho intimidante, hostil e ofensivo, que vai resultar em obstáculos à igualdade entre os sexos, na organização do trabalho.⁵⁴

2.1.3.2.2 Assédio sexual por chantagem

Já o assédio sexual por chantagem pressupõe o abuso de autoridade, consubstanciado na exigência feita por superior hierárquico, ou alguém que exerça poder sobre o assediado, de prestações de favores sexuais, sob ameaças de perda do emprego, ou de concessões de benefícios, que resultem por produzir *prejuízos* à vítima, seja de natureza material ou moral. Trata-se, portanto, o assédio sexual por chantagem, ou *quid pro quo*, de abuso de poder do assediador, que, ao se prevalecer de posição hierárquica superior, constrange a vítima, sob ameaças de perdas significativas, ou de obtenção de benefícios, a lhe prestar favores sexuais indesejados.

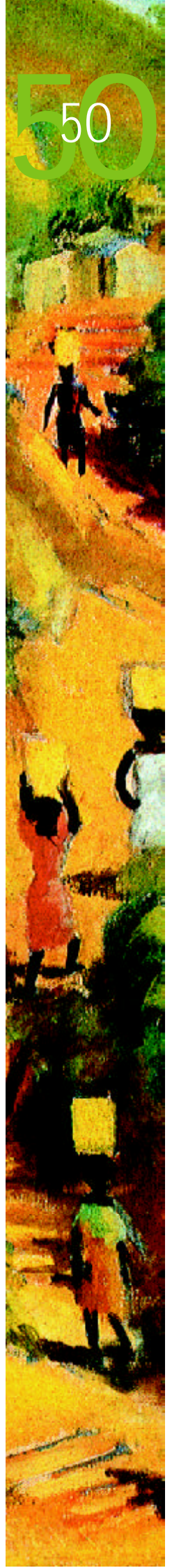
O assédio sexual por chantagem tem sua ocorrência observada em todas as relações sociais em que se verificam relações de poder, nas quais a vítima encontra-se em posição de subordinação, como as experimentadas pelo empregado, aluno, paciente, ou fiéis, frente ao empregador, professor, médico, ou sacerdotes. Há no assédio sexual por chantagem uma relação de poder entre o assediante e o assediado.⁵⁵

De tal modo, o assédio sexual por chantagem implica em importunação séria, grave, ofensiva e ameaçadora, a alguém subordinado, ou em posição de dependência na relação de poder que, mesmo sem aceitar, ou sequer corresponder às investidas do assediante, sente-se efetivamente em risco, na iminência ou possibilidade de sofrer grave dano ou prejuízo em seu patrimônio material ou moral.⁵⁶

⁵⁴ Luiz Flávio Gomes (Jesus e Gomes. 2002: 68), também entende Assédio ambiental, como a possibilidade de qualquer pessoa assediar outra, no ambiente de trabalho, independente de qualquer hierarquia ou ascendência.

⁵⁵ Santos. 1999: 31. Ana da Rocha Peixoto, citado in Jesus e Gomes, 2002: 51.

⁵⁶ Coutinho. 2003:



Por fim, vale ressaltar que, qualquer que seja a espécie de assédio sexual, a mulher trabalhadora é a mais atingida. Não resta dúvida de que, no mundo do trabalho, a mulher é a vítima preferencial da conduta de assédio sexual, que agride sua intimidade e dignidade de pessoa e é capaz de provocar danos físicos e psicológicos que repercutem em sua vida laboral. Portanto, o assédio sexual é visto, não raro, com enfoque na mulher trabalhadora, daí se considerar essa conduta como “uma agressão que, além de ser um atentado à dignidade da mulher, falseia a relação de trabalho, pois sobrepõe a sexualidade ao papel de trabalhadora. Por isso se considera o assédio uma forma de discriminação no trabalho”.⁵⁷

2.1.3.3 Aspectos jurídicos

Assédio sexual é uma conduta que vitima tanto o homem como a mulher, no ambiente de trabalho. Contudo, observa-se sua maior incidência em relação à mulher, devido possivelmente ao preconceito ancestral que sempre a colocou, qualquer que fosse a situação, em posição de desigualdade frente ao homem, o que faz o assédio sexual caracterizar-se como discriminação em razão das relações de gênero.

Nos casos em que a conduta se dá por chantagem, o pressuposto é de que exista uma relação de poder, em que a parte subordinada ou dependente é molestada por encontrar-se submetida a uma posição hierárquica, ascendente ou de mando-obediência. Aqui, há sempre um aproveitamento da condição hierárquica ou de poder, do agente, na obtenção de favores sexuais, talvez impossíveis noutra circunstância, cujos efeitos têm repercussão jurídica.

Reforçando a relação de gênero e sua natureza não consentida, o assédio sexual encontra-se definido na Recomendação Geral n. 19/1992 da ONU como “comportamento voltado para o sexo, sem mútuo consentimento, incluindo contato e abordagem física, observações de colorido sexual, exibição de pornografia e exigência de natureza sexual, por palavras ou atos. Tal conduta pode ser humilhante e consistir em um problema de saúde e segurança”. Para os especialistas da OIT, que,

⁵⁷ Emídio José M. Sant



em 1988, ao examinarem a aplicação da Convenção n.111, fizeram constar do Exame Geral sobre a Discriminação no Trabalho⁵⁸ um elenco de condutas descritas como assédio sexual no local de trabalho, esse também é visto sob sua característica de gênero.

No Exame Geral (OIT/1988) estão incluídos, como condutas que configuram assédio sexual, os insultos, observações voluptuosas, piadas, insinuações e comentários impróprios sobre vestimentas, estado físico, idade ou situação familiar que representem ataque à dignidade do trabalhador, consubstanciado em convites ou pedidos, indesejados e não consentidos, acompanhados ou não de ameaça, atitudes lascivas, ou gestos associados à sexualidade, contatos físicos desnecessários, tais como carícias, beliscões ou ataques verbais.

Pode-se observar que tanto os documentos da OIT como a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), consideram que uma conduta deve ser tomada como assédio sexual quando a vítima tem razoável motivo para crer que sua recusa resultaria em desvantagens em relação ao acesso ou manutenção do emprego, com reflexos em sua progressão dentro da organização e também que daí resultaria um ambiente de trabalho hostil. Esses são respectivamente os efeitos das hipóteses de assédio sexual, segundo as espécies *quid pro quo* (isto por aquilo), e do ambiente de trabalho hostil - assédio ambiental.⁵⁹

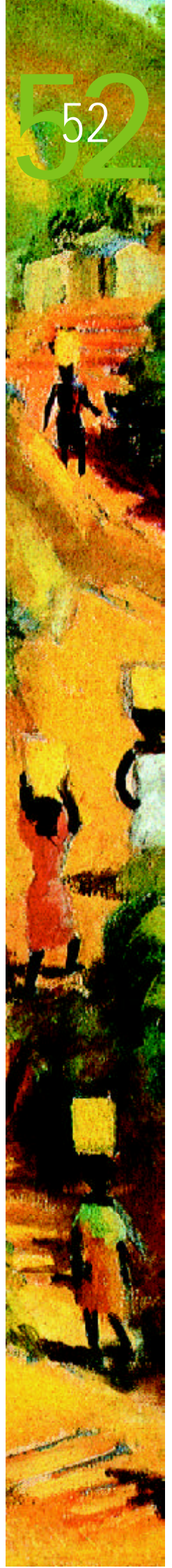
O fato de ser a mulher a principal vítima do assédio sexual no emprego, somado à dificuldade que esta enfrenta de denunciar o assediante, faz que esse fenômeno seja analisado dentro de um contexto de proteção coletiva das trabalhadoras (Convenção de Trabalho). Isso porque o assédio sexual mostra-se ofensivo não apenas à empregada atingida, mas também a todas as outras que se encontram em atividade na empresa.⁶⁰

Torna-se evidente, do exposto, que a hostilidade, intimidação, humilhação e constrangimento de natureza sexual enfrentados pela

⁵⁸ Linhas gerais sobre desenvolvimentos recentes em questões de igualdade no emprego para juizes de cortes trabalhistas e assessores. Hodges-Aeberhard. Brasília: OIT, 1998, p. 15.

⁵⁹ Linhas gerais sobre desenvolvimento recentes em questões de igualdade no emprego para juizes de cortes trabalhistas e assessores. Hodges-Aeberhard. Brasília: OIT, 1998, p. 16.

⁶⁰ Silva Neto in Jesus e Gomes. 2002: 96.



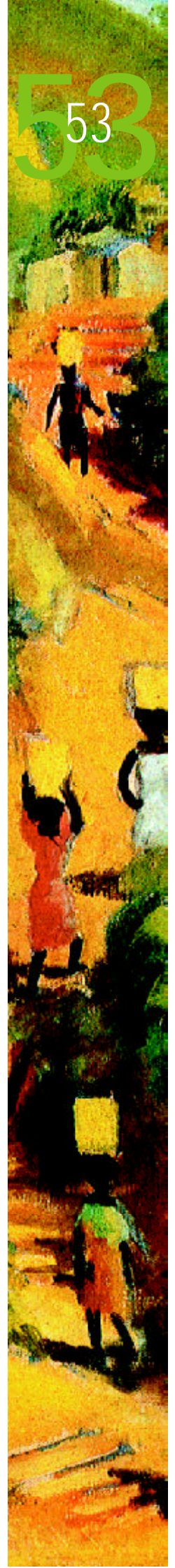
pessoa assediada, constituem-se em atos ilícitos, violadores dos direitos da personalidade, notadamente aqueles referentes à integridade moral (direito à honra, ao recato, à liberdade sexual e à imagem) e à não-discriminação, que se encontram protegidos pela ordem constitucional.

2.1.3.3.1 Ilícito Penal

Nos últimos anos, observa-se uma especial atenção à questão do assédio sexual no mundo do trabalho. Vários países como Estados Unidos, Alemanha, Áustria, Bélgica, Finlândia, Irlanda, França, Espanha e Brasil adotaram legislações com ênfase na igualdade de oportunidades, que resultaram na proibição da discriminação motivada pelas relações de gênero e no tratamento do assédio sexual como um ilícito penal. Esses países procuraram proteger homens e mulheres trabalhadores contra o assédio sexual, considerado um ato atentatório aos direitos da personalidade e à autodeterminação no trabalho.

No caso específico do Brasil, antes do assédio sexual se tornar figura penal típica, tal conduta poderia estar eventualmente abarcada pelos crimes contra a liberdade sexual, dispostos no Código Penal ou, ainda, ser considerada uma violação aos direitos de igualdade de oportunidades (direito à não-discriminação), e de segurança no trabalho. Isso porque a conduta de assédio sexual teria como efeito criar condições prejudiciais ao bem-estar físico e psicológico dos empregados, o que interferiria no trabalho através da contaminação de seu ambiente, por atitudes de hostilidades, intimidações e humilhações e também eliminaria a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.

Contudo, com o advento da Lei 10.224/01, o assédio sexual passou a ser crime, cujo tipo penal é descrito como “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. Assim descrita, a conduta penal traz forte imbricação com a relação de trabalho. Fica evidente, pela descrição da conduta típica, que o fato a que o caso concreto deveria ajustar-se teria conotação sexual, e seria decorrente das relações entre pessoas que ocupam, na organização do trabalho, posições hierárquicas diferentes, em que os superiores poderão se prevalecer dessa condição, e influir nos destinos daqueles trabalhadores



que porventura não atenderem seus apelos sexuais. Desse modo, o legislador pátrio, ao optar por uma descrição não casuística do crime, restringiu o ilícito penal apenas ao assédio sexual laboral, e deixou de contemplar a hipótese de assédio ambiental, ou por intimidação.⁶¹

O uso do verbo *constranger* como núcleo do tipo penal, sem mencionar os meios executórios, faz do assédio sexual laboral um crime de forma livre, para o qual qualquer via pode ser usada para constranger, compelir, coagir, obrigar, forçar, incomodar ou impor a vítima, contra sua vontade, a prestar favores sexuais, o que implica em importunação séria, ofensiva, insistente, embaraçosa ou chantagista. Todavia, é preciso que alguns elementos sejam identificados como requisitos necessários, para que se possa precisar as conseqüências jurídicas do assédio sexual.

É de considerar a necessidade da conotação sexual ser evidente; da insistência em se obter favores sexuais se mostrar indesejada pelo assediado; do assédio sexual laboral acontecer em decorrência da hierarquia ou ascendência inerentes ao exercício da relação de trabalho e da conduta, que pode ser verbal ou física, poder trazer prejuízo ao emprego, ao cargo ou função.⁶² Isto é, deve-se observar a legitimidade do “direito ameaçado ou a injustiça do sacrifício a que a vítima deva suportar por não ceder ao assédio”.⁶³

Assédio sexual laboral é crime próprio. Isso significa que é um crime que exige especial qualidade do sujeito ativo, que necessita ser superior na escala hierárquica da empresa, ou ter ascendência sobre o assediado. Do mesmo modo, a vítima do assédio sexual não pode ser qualquer pessoa. É preciso que seja uma pessoa que ocupe posição inferior na hierarquia da organização, ou que esteja sujeita a uma ascendência, a manter, por este fato, vínculo de subordinação. Caso contrário, não haverá delito penal, ou seja, a conduta de assédio sexual não é crime se o assediado estiver em posição equivalente ao assediante, no organograma da empresa. Vale dizer, que o assédio sexual laboral, conforme posto no ordenamento jurídico pátrio, é um crime praticado de cima para baixo, isto é, sua vítima deve guardar uma relação de subordinação ou dependência com o assediador.

⁶¹ Jesus in Jesus e Gomes. 2002: 46.

⁶² Coutinho. 2003: 44.

⁶³ Jesus in Jesus e Gomes. 2002: 58.



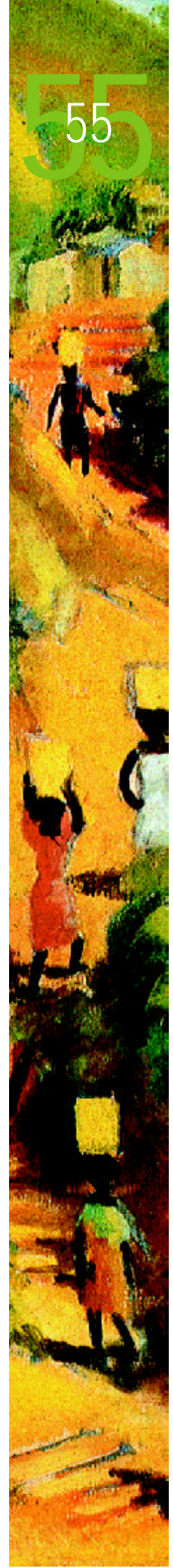
Aqui, é importante fazer a diferença entre superioridade hierárquica, vista como a que obedece a uma escala entre os sujeitos da relação de trabalho, e a ascendência que, mesmo não atendendo uma hierarquia organizacional formal, representa uma posição de domínio, de influência ou, às vezes, de temor. Tem de se observar, ainda, que a superioridade hierárquica ou ascendência deve ser considerada em razão do emprego, cargo ou função, somente havendo crime de assédio sexual laboral quando a proposta de conteúdo sexual se der em função da relação de trabalho.

Ainda no caso do assédio sexual laboral, os bens jurídicos que se têm por protegidos são a liberdade sexual do trabalhador, homem ou mulher, e ainda a honra, a dignidade sexual e a dignidade das relações de trabalho (condições de segurança, não-discriminação, liberdade e autodeterminação no exercício do trabalho). Estes são bens jurídicos que se vêem atingidos pela conduta dolosa, praticada pela ação de constringer com apelos sexuais. Esta se consuma em crime com a prática de quaisquer atos de constrangimentos, palavras, gestos, propostas, toques; suficientes para que a vítima tome-se por ofendida, independentemente da finalidade de cunho sexual ter sido ou não obtida.

O assédio sexual laboral é, portanto, um crime formal, por não exigir o resultado material pretendido pelo assediante. Basta, para se consumir, que a conduta tenha constrangido a vítima com a intenção de obter vantagem ou favorecimento sexual. Salienta-se que, uma vez atingido o objetivo do assediante, com a consumação do ato sexual, exaure-se o crime de assédio sexual, uma vez que este, ao se caracterizar “por uma conduta de cerco insistente e indesejado para a prática de ato de natureza sexual, se revela, em verdade, muito mais nos chamados atos preparatórios do intento obsessivamente perseguido pelo assediante”.⁶⁴

Ao trabalhador vítima de assédio sexual cabe o ônus de provar a ofensa sofrida, e a iniciativa da ação penal, que se dará mediante queixa por ser crime de ação privada. O dano ou prejuízo enfrentado pelo trabalhador assediado, entretanto, não se limita à possibilidade de desemprego, demissão ou alteração do contrato de trabalho. Mas a discriminação, o empecilho à progressão no emprego, ao cargo ou à função, ou, ainda, quaisquer

⁶⁴ Rodolfo Pamplona Filho in Jesus e Gomes, 2002: 131.



outros obstáculos à sua autodeterminação no trabalho, são também modo de constrangimento sofrido pelo trabalhador.

O crime de assédio sexual, como se afigura no ordenamento jurídico, é, portanto, aquele decorrente da relação de trabalho, mas, não apenas em razão do emprego, podendo ainda ocorrer contra qualquer pessoa, sob a influência e a subordinação de um profissional, em face de seu cargo ou função.

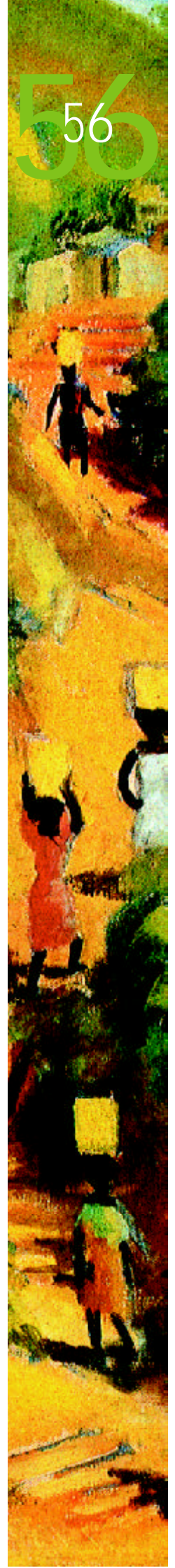
2.1.3.3.2 Ilícito extrapenal

O assédio sexual no mundo do trabalho poderá, ainda, ser objeto de proteção legal extrapenal. É o caso da conduta praticada por empregado, que, ocupando ou não posição de comando (ascendência), poderá ter seu contrato de trabalho rescindindo por justa causa, fundada na prática de incontinência de conduta ou mau procedimento, que se reporta diretamente à moral e aos desvios de comportamento sexual (art. 482, b, da CLT), como se observa do julgado:

Assédio Sexual. Justa Causa. Mau Procedimento - Constitui justa causa para a dissolução do contrato laboral a violação não consentida da privacidade de uma colega de trabalho (Ac. TRT 12ª Região, Proc. RO 596/85, Rel., Juiz Câmara Rufino).

Todavia, se o assédio sexual decorrer de conduta levada a efeito pelo empregador ou seus prepostos, o empregado poderá considerar rescindido, de forma indireta, o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização, por ato lesivo à honra e boa fama (art. 483, e, da CLT). Ressalte-se também que o assédio sexual gera ofensa ao patrimônio material ou moral da vítima, passível de ser reparada na esfera civil, conforme previsão constitucional (art. 5º, X, da CF).

Entende-se ser essa a proteção jurídica à vítima de assédio sexual ambiental, que se vê submetida a uma situação ofensiva, hostil, de intimidação, ou discriminação no ambiente de trabalho, mas não em razão da relação de trabalho. Por certo, nesse caso, se ficar provado que o empregador tinha conhecimento da conduta ilícita do empregado, e não agiu de forma a evitá-la ou desestimulá-la, se omitindo, poderá



ser responsabilizado pelo dano sofrido pelo assediado, já que o direito positivo acolhe a teoria da culpa presumida por atos de prepostos (artigos. 932, III e 933, do C. Civil), também sumulada pelo Supremo Tribunal Federal:

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Súmula n. 341).

O assédio sexual, se ignorado pela empresa, poderá resultar em elevação dos custos do processo produtivo, pois afeta a produtividade, aumenta o índice de absenteísmo e de licenças médicas para tratamento de distúrbios físicos e psicológicos, entre as mulheres afetadas.⁶⁵ Isso porque o assédio sexual é uma prática discriminatória observada no trabalho, notadamente contra a mulher, em razão das relações de gênero.

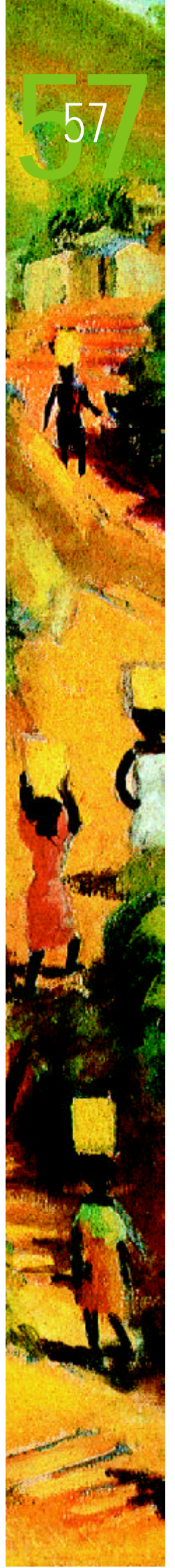
2.1.4 Assédio moral

2.1.4.1 Conceito

A violência moral no trabalho sempre existiu. Porém, somente nas últimas décadas, esse fenômeno vem sendo estudado como um fator de degradação do ambiente de trabalho, provocador de efeitos negativos na vítima e na empresa, com reflexo nas metas de resultado. Daí o interesse dos estudiosos das questões que afligem o mundo do trabalho, nos tempos atuais, em isolá-la dos demais fenômenos sociais, também observados no ambiente labora, o que permitiu serem estudados seus aspectos constitutivos e suas conseqüências sobre a organização do trabalho e da produção. Assim, a violência moral passou a ser vista como um fenômeno específico, de ocorrência significativa no âmbito do trabalho, que recebeu o nome de assédio moral.

Com efeito, o assédio moral no trabalho passou a ser estudado como um fenômeno próprio, cuja gravidade vai depender da intensidade do assédio, enquanto elemento constitutivo da conduta perversa, de natureza moral. O assédio é, dessa forma, a prática constitutiva da

⁶⁵ Documento sobre a Violência contra a Mulher. OIT.



ação gravosa qualificada pelo conteúdo moral. Daí se entender que a compreensão da conduta denominada *assédio moral* somente é possível por meio da apreensão do significado dos termos da expressão que a denomina.

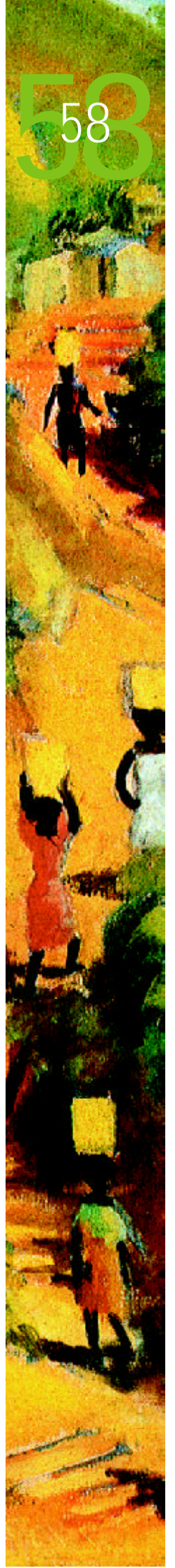
Portanto, antes de apresentar o conceito de assédio moral, procurar-se-á dizer o que se compreende por cada um dos termos da expressão. Desse modo, o termo *assédio*, conforme seu significado apresentado em tópico anterior, tem o sentido de *insistência impertinente, perseguição, pretensão constante em relação a alguém*. Já a palavra *moral* vai indicar um conjunto de princípios, ou valores, que pertencem ao domínio do espírito do homem e que norteiam seu modo de agir e de pensar, geralmente de maneira virtuosa.

Se ao *assédio* é atribuído um conteúdo *moral*, este vai significar uma conduta que tem por substância constranger, perseguir, destruir, arruinar, desrespeitar com insistência impertinente os princípio e valores morais de alguém. Tal assédio consubstancia-se em prática desrespeitosa, inconveniente, humilhante, insolente ou ofensiva à dignidade humana. São os aspectos da personalidade que se têm por atingidos pela conduta de assédio moral, estudada nas últimas décadas como uma violência de natureza moral, observada na organização da atividade do trabalho, e que apresenta forte correlação com as relações de poder,⁶⁶ fundadoras dos comportamentos interpessoais.

Para MARIE-FRANCE HIRIGYEN, psiquiatra francesa, o assédio moral laboral é “toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.⁶⁷ No mesmo sentido assumido por HIRIGOYEN, outros estudiosos da questão, também ao salientarem o aspecto reiterativo da conduta abusiva, hostil ou humilhante, vêem o assédio moral como uma prática que degrada as condições de trabalho e provoca na vítima um quadro duradouro de miséria física, psicológica e social.

⁶⁶ Pesquisa que foi realizada pela médica do trabalho Margarida Barreto para sua tese de doutorado na PUC/SP consultou 4.718 empregados em todo Brasil e apurou que 58% das vítimas de assédio moral são mulheres, 66% dos agressores são superiores hierárquicos sendo que destes 51% são homens. Jornal Folha de São Paulo, folhaequilíbrio, 21/02/02, p. 8, 9, 10 e 11.

⁶⁷ Hirigoyen. 2002: 17.



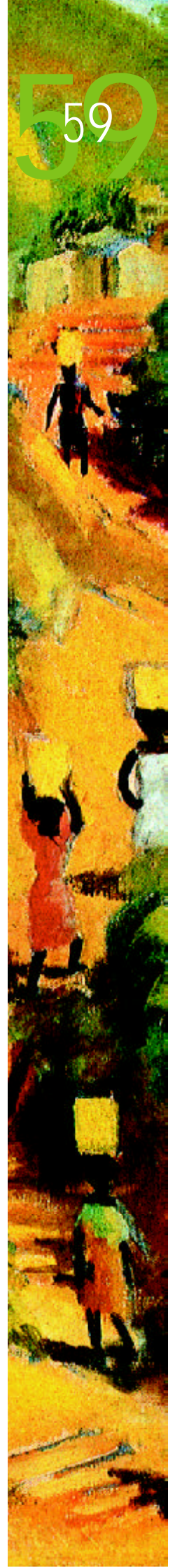
O assédio moral, entendido como violência moral, não é um fato novo e por isso vê-se confundido com outras manifestações do mundo do trabalho (decorrentes de mudanças estruturais na relação de trabalho), ou com a natural competição entre profissionais, que gera modelos agressivos de comportamento. Isso dificulta sua caracterização como agressão moral. Mas é evidente que a conduta de assédio moral laboral se trata de “uma patologia grave que deve ser evitada a todo custo dentro das empresas, mesmo porque significa a destruição do empregado” .⁶⁸

Como no assédio sexual, a mulher também se apresenta como a maior vítima do assédio moral laboral, que se constitui em situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes, em razão das relações de gênero presentes no mundo do trabalho. Estas vão atuar como mecanismos de controle e sujeição da trabalhadora, e trazem, como efeito, o medo e a insegurança, devido à submissão às ordens e instruções de superiores hierárquicos, na sua maioria homens. Observa-se, ainda, que todos aqueles trabalhadores vítimas da discriminação (mulheres, negros, homossexuais, pessoas portadoras de deficiência e de HIV/Aids) são também vítimas preferenciais do assédio moral, percebido no tratamento desigual, em que é constante a desvalorização de suas pessoas e atividades profissionais, o que gera desigualdades nas condições de trabalho.

O assédio moral laboral manifesta-se também contra empregados condicionados às exigências de cumprimento de metas inalcançáveis ou de rigorosas normas de disciplina, controle e fiscalização, confundindo-se com o abuso do poder do empregador, ao impor normas exorbitantes de desempenho e controle (metas inatingíveis, exigência de serviço além das competências pessoal, limite de faltas, imposição de horários injustificados, críticas em público, instruções confusas ou imprecisas sobre tarefas, solicitação de trabalhos urgente, atribuição de erros imaginários, impedimento de uso dos equipamentos de trabalho, revistas vexatórias, uso restrito de sanitários).

Embora estudado como violência moral, o assédio moral laboral é incluído neste estudo como uma modalidade de discriminação em face do gênero, não apenas porque este se manifesta através de relações

⁶⁸ Luiz Flávio Gomes in Jesus e Gomes. 2002: 67.



de gênero, como também aparece fortemente articulado com outras formas de discriminação. Note-se ainda que a violência moral é percebida como instrumento por meio do qual se pratica a discriminação. Muitas vezes, fica difícil distinguir uma conduta de assédio moral de uma conduta discriminatória, já que a primeira, além de provocar desigualdades de oportunidades e tratamento entre trabalhadores, apresenta-se, quase sempre, como um modo manifestação da discriminação.

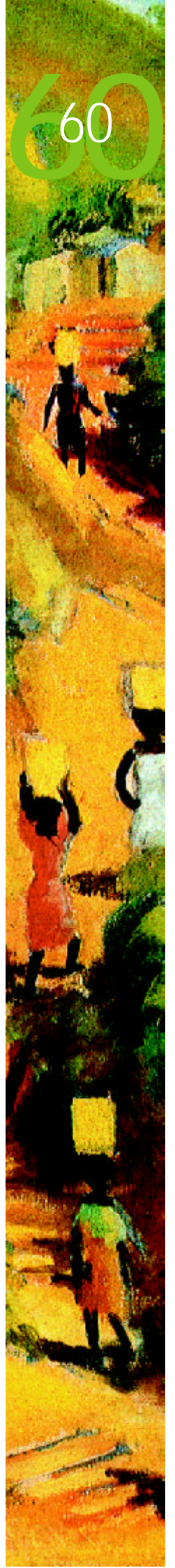
2.1.4.2 Característica da conduta de assédio moral

A incidência significativa da conduta⁶⁹ de assédio moral observada nas empresas parece originar-se do modelo de gestão, focado em mecanismos de controle e disciplina dos trabalhadores, que, somado às inovações tecnológicas e às novas formas de organização da produção, visam ao aumento da produtividade e o conseqüente alcance das metas de resultados. O que caracteriza, contudo, a conduta de assédio moral, é o tratamento vexatório, constrangedor ou humilhante, infligido ao empregado, por meio de insinuações, ameaças, insultos, isolamento, ou empecilhos ao adequado desempenho de tarefas, com fins persecutórios, que visam ao *enquadramento* do empregado, prejuízos funcionais (não progressão na carreira), ou sua saída da empresa.

Com a agressão moral contra o empregado, o que se pretende, além de seu *enquadramento* às diretrizes e metas da empresa, é “a eliminação da sua autodeterminação no trabalho ou a degradação das suas condições pessoais no trabalho, que traz conseqüências drásticas para a integridade física e psíquica do trabalhador”.⁷⁰ Ao empregado que não se *enquadra* no perfil desejado pela organização é destinado fazer tarefas abaixo, ou acima, de sua capacidade profissional, ou a não fazer nada, situação em que fica clara a intenção de isolá-lo, excluí-lo das atividades laborais, com o fim de constrangê-lo, desqualificá-lo e humilhá-lo.

⁶⁹ Pesquisa realizada por Margarida Barreto: 68% dos 4. 718 empregados entrevistados em todo Brasil dizem sofrer assédio moral várias vezes por semana. Jornal Folha de São Paulo, folhaequilíbrio, p. 10. 21/02/02.

⁷⁰ Luiz Flávio Gomes in Jesus e Gomes. 2002: 67.



Essa estratégia é usada com frequência para que, sob tensão máxima, decida-se por rescindir o contrato de trabalho, afastando-se da empresa, por completa *inadaptação* à estrutura organizacional de produção, impondo-se o ônus da responsabilidade por seu próprio desemprego.

As pressões psicológicas⁷¹ são usadas tanto para afastar da empresa aquele trabalhador que não se adapta ao modelo de gestão imposto pelo empregador, como para conformá-lo aos objetivos da organização, fixados em torno do aumento da produtividade e do lucro. Tais pressões também são frequentemente utilizadas contra os empregados que gozam de garantia de emprego (representante sindical, cipeiro, acidentado do trabalho ou empregada grávida), sempre com o intuito de contaminar o ambiente de trabalho, tornando insuportável sua permanência no emprego.

No caso da empregada grávida, mesmo que antes tenha sido considerada uma trabalhadora *enquadrada*, ao anunciar seu estado de gravidez, o que atrairá para si certa proteção, passa a ser estigmatizada como uma pessoa desidiosa, indisciplinada ou insubordinada, diante da possibilidade do gozo de seus direitos. Sob pressão, é comum se tornar vulnerável às críticas sobre seu comportamento no trabalho, ou à qualidade de seu serviço, o que poderá resultar em seu afastamento do emprego. Muitas vezes, a trabalhadora grávida, estressada em seu ambiente de trabalho, vê-se forçada a fazer acordos extrajudiciais que a lesam em seus direitos trabalhistas e previdenciários.⁷²

A chamada administração por estresse torna a equipe que trabalha sob pressão extremamente intolerante com certas limitações humanas, e estados próprios da pessoa do trabalhador, o que faz desaparecerem as fronteiras entre a crítica, que poderia estimular o desempenho do empregado afetado, e as situações de discriminação, a que é submetido

⁷¹ Situações que podem configurar assédio moral: dar instruções confusas e imprecisas, atribuir erros imaginários, solicitar trabalhos urgentes sem necessidade ou a execução de tarefas sem interesse, sobrecarga de trabalho ou exigência de desempenho superior /inferior à capacidade de trabalho, imposição de horários injustificados, isolamento do empregado, não atribuição de tarefas ou recusa em disponibilizar os instrumentos de trabalho (telefone, fax, computador, mesa), forçar a demissão através de vários empecilhos à realização das atividades laborais ou humilhações e constrangimentos outros.

⁷² Coutinho. Porta Alegre: 2004 p. 74.



pelos outros membros da equipe, que logo fazem aliança com o agressor. Seduzido e fascinado pelo agressor, o grupo se recusa a crer que o empregado agredido seja inocente, e de alguma forma admite que ele é cúmplice da própria agressão;⁷³ que ele, de alguma forma, faz por merecê-la.

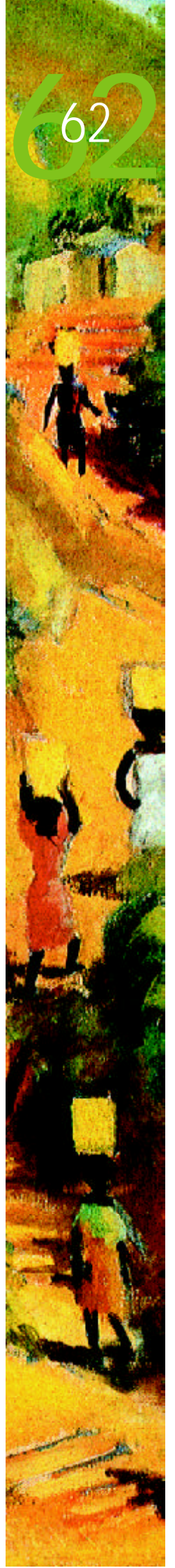
2.1.4.3 Causas e efeitos do assédio moral

A violência moral observada no mundo do trabalho tem como causa as mudanças ocorridas na organização da produção, sob as políticas de gestão centradas no modelo de administração por estresse e no novo perfil do trabalhador, de quem se espera *flexibilidade funcional*, baseada em formação profissional multi-disciplinar sólida, o que o deixa em dúvida quanto a sua própria capacidade laboral. Também a desumanização do ambiente de trabalho não suporta qualquer evento que possa desestabilizar a lógica imposta ao modelo. Isso se torna evidente diante da gravidez da empregada que, devido a este fato vê-se submetida a toda sorte de constrangimentos, por ousar, com essa ocorrência natural, interferir nos *objetivos* da organização.

A competitividade no mercado globalizado, a busca incessante de maior produtividade e lucro, a reengenharia do trabalho, a flexibilização de direitos, a administração por estresse e a padronização do comportamento das pessoas, são fenômenos que, somados ao desemprego estrutural, tencionam a relação de trabalho, e acabam por gerar um clima de terror no ambiente laboral, que se agrava com o estabelecimento de metas impossíveis de serem alcançadas. O trabalhador, nessa configuração atual da organização empresarial, sofre todo tipo de pressão para que se *enquadre* a nova estrutura de produção e cultura gerencial, que exige dele entrega total ao trabalho. É preciso se amoldar à empresa e à atividade de trabalho desempenhada.

É certo que a pressão psicológica sempre foi observada no mundo do trabalho, no entanto, as mudanças ocorridas no sistema de produção e a competição globalizada passaram a exigir do trabalhador cada vez mais resultados, que deverão ser obtidos em tempo cada vez mais

⁷³ Guedes. 2003: 63.



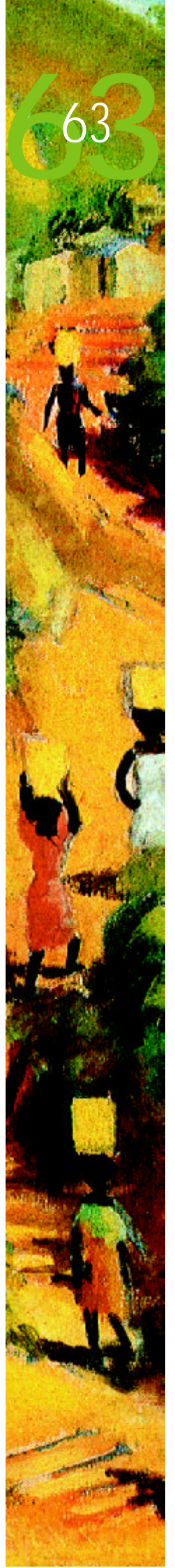
breve. Diante dessa lógica, os trabalhadores estimulados a atingirem sucesso imediato se vêem envolvidos em equipes de trabalho em que a visão de conjunto, em muitos casos, tem como efeito estabelecer metas impossíveis à equipe, ou a cada um deles de *per si*, que, desafiados, se submetem às expectativas sobre seu desempenho.⁷⁴

Para a consecução das metas estabelecidas pela organização, é depositada no trabalhador uma sobrecarga de confiança que aumenta as possibilidades de insucessos, vistos como erro, *inadequação*, ou incompetência. Nesses casos, as cobranças por melhor desempenho tomam forma de intimidações, humilhações e constrangimentos. As empresas estão preocupadas apenas com resultado financeiro e aquele que não se *enquadra* neste objetivo torna-se vítima preferencial da violência moral. Hoje são inúmeras as estatísticas que apontam para o crescimento da violência psicológica no mundo do trabalho, e lhe atribuem várias causas, dentre elas as apontadas acima, e mais, as decorrentes da subordinação do empregado ao poder diretivo, disciplinar e de fiscalização do empregador.

Os efeitos do processo de violência moral são perceptíveis pelo surgimento ou agravamento de doenças que acometem o trabalhador. Estas resultam em sofrimento psíquico e físico (depressão, distúrbios psicológicos, hipertensão, doenças do aparelho digestivo) e, em alguns casos, em tentativas de suicídio (bulicídio), observadas através de pesquisas. Porém, o trabalhador raramente associa seu sofrimento à violência moral da qual é vítima, e quando acontece de buscar ajuda, é em regra aconselhado a deixar a empresa e procurar outro emprego, fato esse que reforça a autculpa, passando a se sentir responsável pelo insucesso profissional.

A violência moral também provoca efeitos negativos à organização, que vê aumentar os índices de absenteísmos, de licenças para tratamento de saúde, de acidentes e doenças do trabalho, de rotatividade de mão-de-obra, de queda na qualidade do produto produzido ou do serviço prestado, com inevitável reflexo na produtividade e nos custos diretos e indiretos da empresa.

⁷⁴ Coutinho. 2003: 50.



É preciso que as empresas despertem para a necessidade de eliminar tais práticas por meio de políticas que incentivem o empregado a denunciar a violência moral da qual é vítima, e que o protejam das represálias do agressor. O que se observa, contudo, é que são poucas as empresas que têm políticas de combate ao assédio moral, consubstanciada em códigos de ética, ou serviços de recebimento de denúncias, onde as vítimas teriam tratamento adequado. Na maioria delas, as condutas agressivas e intimidatórias são vistas como práticas que fazem parte da política de gestão da organização (administração por estresse), em busca das metas estabelecidas pela sua direção. Ainda é minoria a empresa preocupada com as condições de trabalho adequadas à pessoa do trabalhador, e com políticas que visem eliminar práticas discriminatórias no mundo do trabalho.

Todavia, o empregado vitimado pelo assédio moral pode se valer dos serviços prestados pelos NÚCLEOS de combate à discriminação nas relações de trabalho, instalados nas Delegacias Regionais do Ministério do Trabalho e Emprego, que buscam, por meio da negociação e mediação do conflito, eliminar as práticas de discriminação e a violência moral no trabalho. Esses NÚCLEOS trabalham de acordo com as normas legais que protegem o trabalhador e as Convenções e Recomendações da OIT, que orientam buscar como solução para as situações de violência psicológica no trabalho, um amplo espectro de causas para, a partir daí, se adotar um conjunto de intervenções estratégicas.⁷⁵

2.1.4.4 Aspectos jurídicos

Considerado como uma conduta hostil, intimidante, constrangedora ou humilhante, que resulta por alterar ou eliminar a igualdade de oportunidade no emprego, por meio da degradação das condições de trabalho, o assédio moral constitui-se em ato ilícito, uma vez que ofende os direitos da personalidade notadamente aqueles referentes à integridade moral e à imagem, à não-discriminação e à liberdade no exercício do trabalho (direito à autodeterminação).

O dano ou prejuízo decorrente da agressão injustificada sofrida pelo trabalhador vítima do assédio moral não se limita às manifestações

⁷⁵ Coutinho. Porto Alegre: 2004 p. 75.



de patologias múltiplas que vão atingir sua integridade física ou psíquica. Mas, também àquele advindo da possibilidade da perda do emprego, das alterações do contrato de trabalho e da discriminação, percebida na dificuldade, de qualquer natureza, para progredir no cargo ou função, e, ainda, em empecilhos outros que venham alterar a igualdade de oportunidades que é devida a todos.

Se o agente agressor tiver a qualidade de empregado, este ocupando ou não posição de ascendência na empresa, poderá ter sua conduta agressiva configurada como falta grave, o que vai ensejar demissão por justa causa (art. 482, b, CLT). Pois, não resta dúvida de que, o assédio moral, como uma forma de violência à dignidade do trabalhador, enquadra-se no que a lei definiu como incontinência de conduta ou mau procedimento. No entanto, se o assédio moral for praticado pelo empregador, seus prepostos, ou superiores hierárquicos, ocorre por parte destes a inadimplência dos deveres emergentes da relação de trabalho, por motivos persecutórios, de represália, de humilhação, de intimidação, ofensivos aos direitos do empregado.

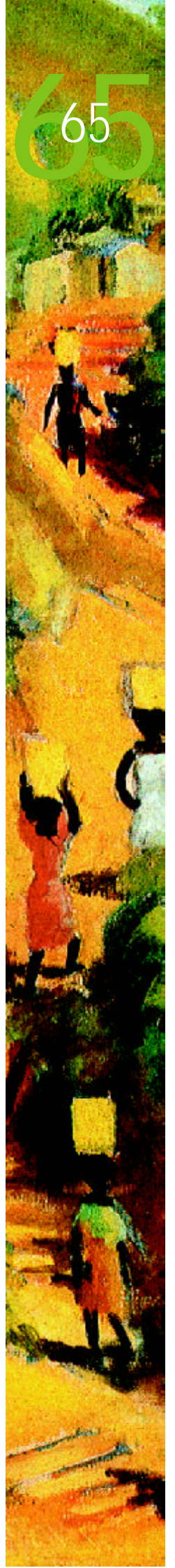
Nesses casos, a conduta ilícita do empregador, seus prepostos ou superiores hierárquicos, impossibilita a continuação da relação de emprego, e motiva a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, a, b, e, da CLT). Tal conduta também poderá justificar uma ação de reparação do dano, instrumento essencial à proteção “dos direitos da personalidade do trabalhador, a que o empregador deve respeitar, sob pena de ser obrigado a pagar uma indenização, que não só compense o lesado, como desestimize a prática de novas lesões”.⁷⁶

Alguns doutrinadores do Direito do Trabalho entendem que as condutas moralmente constrangedoras, oriundas da relação de trabalho, poderão também ser enquadradas como crime de constrangimento ilegal, disposto no art. 146 do Código Penal.⁷⁷

Em alguns países como Suécia, Alemanha e França, a conduta de assédio moral é considerada crime típico.

⁷⁶ Almeida, 1999: 76.

⁷⁷ Há muito de torpeza e de terror no assédio moral. Hoje essa conduta pode ser enquadrada no art. 146 do CP (constrangimento ilegal). Luiz Flávio Gomes in Jesus e Gomes. 2002: 67.



2.1.5 Orientação sexual

2.1.5.1 Concepção fundadora do preconceito

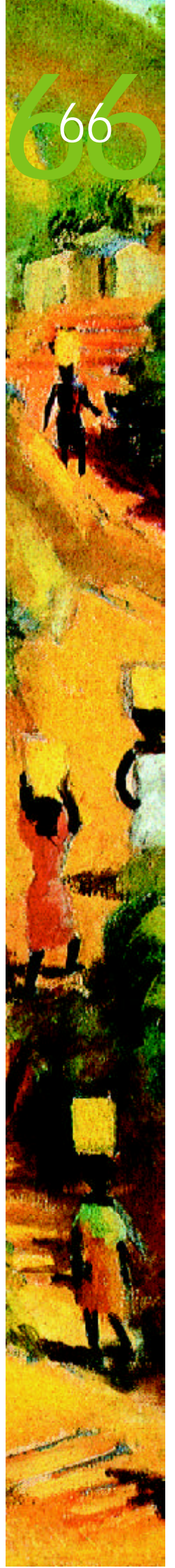
Dentre seus muitos significados, *orientação* quer dizer do ato ou efeito de orientar-se; tendência; inclinação; propensão espontânea ou voluntária de uma pessoa para um objetivo ou objeto. Quando se dá um conteúdo sexual a *orientação*, a expressão *orientação sexual* vai traduzir a idéia de tendência sexual, de inclinação sexual de uma pessoa por outra que pode existir em um *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade. Assim, *orientação sexual* pode significar atração homossexual, ou propensão, orientação, inclinação afetiva objetual por pessoa do mesmo sexo, que se faz derivar da bissexualidade característica da natureza humana.

O preconceito contra a homossexualidade, isto é, contra a atração afetiva e sexual por uma pessoa do mesmo sexo, é ancestral. No mundo grego, o amor dedicado aos rapazes pelos sábios e filósofos na antiguidade clássica era reprovável, não obstante, fosse justificado pela supervalorização do mundo masculino. Aos romanos do Século VI, era prescrita à admoestação para aqueles que praticassem o homossexualismo, mas se persistissem no *vício*, deveriam sofrer penas (Edito 77, ano 538). Mais tarde, a Igreja passou a considerá-lo um pecado contra a natureza, pois excluía qualquer possibilidade de procriação. Até bem pouco tempo atrás, as leis de alguns países consideravam o homossexualismo uma conduta criminosa (Alemanha e Inglaterra).⁷⁸

Fundado nessas concepções, o homossexualismo passa a ser visto como uma prática antinatural, pecaminosa e "intrinsecamente mal do ponto de vista moral".⁷⁹ Além disso, como uma degeneração, ou ainda, uma *inversão sexual*, ou seja, uma prática oposta ao comportamento heterossexual, considerado *natural*. Dessas concepções, cristalizadas ao longo dos séculos, nasce o preconceito contra as pessoas que manifestam tendências homossexuais. Isso porque elas não apresentam um comportamento sexual

⁷⁸ Na Inglaterra, até meados da década de 60, a homossexualidade era considerada crime.

⁷⁹ L' Osservatore Romano, 30/10/86 in Brandão. 2002: 37.



conforme o *padrão de normalidade* heterossexual, construído pela sociedade. O homossexualismo entendido como uma oposição às práticas sexuais consideradas normais, naturais, era um comportamento considerado desviante, e, por isso, reprovado pela sociedade.

Em épocas mais recentes, ao fim do Século XIX, o discurso psiquiátrico considerava a homossexualidade como uma degeneração da espécie humana, que caracterizava uma *espécie* ou *raça* sempre maldita, sempre reprovada.⁸⁰ Já no Século XX, a homossexualidade é vista pela psiquiatria como uma “inversão sexual, isto é, uma anomalia psíquica, mental ou de natureza constitucional, um distúrbio da identidade ou da personalidade”.⁸¹

Somente a partir da década de 1970, na qual foi desencadeado o movimento reivindicativo de liberdade sexual, a homossexualidade deixa de ser vista como uma anomalia psíquica ou de natureza constitucional⁸² e ressurge como um comportamento sexual distinto, componente da sexualidade humana, dotada de uma pluralidade de comportamentos. Essa nova concepção origina-se em Freud⁸³ que diz ser a homossexualidade uma escolha inconsciente, derivada da bissexualidade inerente ao Homem.

Mais recentemente, os movimentos de liberação dos homossexuais, que travam uma luta pela igualdade de direitos entre os sexos, recorrem à noção de gênero para explicar que, em regra, a sexualidade é uma construção que a afasta de qualquer realidade anatômica. *Orientação sexual* entendida a partir dessa concepção guarda a idéia de liberdade sexual vez que relacionada com a possibilidade de outras construções alternativas às heterossexuais.⁸⁴

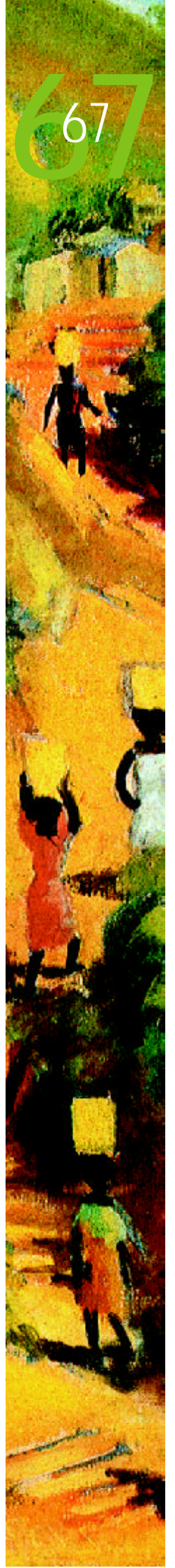
⁸⁰ Roudinesco e Plon. Rio de Janeiro, p. 350.

⁸¹ Roudinesco e Plon, op. cit., p. 351.

⁸² Desde 1993, a homossexualidade não é incluída como doença pela Classificação Internacional de Doenças (CID). No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, desde 1985, retirou a homossexualidade da relação das doenças e o Conselho Federal de Psicologia, por sua vez, determinou, em 1999, que nenhum profissional pode exercer “ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas”.

⁸³ Freud em carta de 9/04/35 a uma mãe norte-americana sobre a homossexualidade: “... nada há nela de que se deva ter vergonha: não é vício nem um aviltamento, nem se pode qualificá-la de doença; nós a consideramos uma variação da função sexual (...)” in Roudinesco e Plon. Rio de Janeiro: p. 353.

⁸⁴ Coutinho. 2003: p. 53-54.



A diversidade sexual, com raízes sociais e não mais na natureza das coisas, passou a ser uma realidade cotidiana do mundo social. Compreendida a sexualidade como uma construção social, não faz sentido as categorias heterossexual e homossexual na identificação dos sujeitos. Esse é o caminho considerado apropriado para a superação da exclusão e discriminação em função de preferências sexuais.⁸⁵

Desse modo, a partir da compreensão de que a sexualidade é uma construção social, a homossexualidade tornou-se critério neutro, sem qualquer importância para estabelecer tratamento diferenciado, capaz de justificar as desigualdades enfrentadas pelos homossexuais. Daí a “desconsideração da orientação sexual enquanto critério capaz de legitimar tratamentos desiguais, em raciocínio extremamente importante para concretização do princípio jurídico da igualdade”.⁸⁶

2.1.5.2 Aspectos Jurídicos

É como uma manifestação de vontade que a liberdade sexual, compreendida no âmbito das liberdades individuais, traduz a idéia de livre disposição do próprio corpo.⁸⁷ As liberdades individuais reúnem todos os direitos e poderes assegurados à pessoa humana, para que possa realizar suas potencialidades, respeitados os princípios e restrições impostas na lei. Essas liberdades expressam aquela parcela dos direitos fundamentais a garantir o indivíduo contra a intromissão de qualquer poder externo (Estado ou sociedade) na sua esfera pessoal. Por meio de tais liberdades “pretende-se reservar a pessoa uma área de atuação imune à intervenção do poder”.⁸⁸

Contudo, há limites ao exercício das liberdades. Estes, porém, não poderão impedir a conduta homossexual, que também se encontra protegida pelo direito à intimidade, considerado inviolável pela

⁸⁵ Raupp Rios. 2002: 125.

⁸⁶ Raupp Rios. 2002: 120.

⁸⁷ Quando o homem não pode dispor de seu corpo, quando ele é humilhado de maneira desumana e reduzido física e mentalmente, a sua dignidade é atingida de maneira irreparável (Fleiner, 2003: 13).

⁸⁸ Silva De Plácido. 1999: p. 490.



Constituição, e o direito à igualdade que vai garantir tratamento jurídico igual a todas as pessoas, não importando para a sua fruição o conteúdo de suas preferências sexuais.

Não obstante protegida pela ordem jurídica, que garante a liberdade sexual, a homossexualidade provoca discriminação notadamente no âmbito das relações de trabalho, o que se configura em flagrante violação ao princípio da igualdade. Não há dúvida de que o tratamento desigual conferido ao trabalhador homossexual encontra vedação no princípio da igualdade, uma vez que esse princípio é a garantia da igualdade de direitos que é devido a todos.

Portanto, o trabalhador não deve sofrer nenhuma distinção em razão de sua homossexualidade que, como uma componente da sexualidade humana, não altera sua qualidade de sujeito de direito que, como tal, não deve sofrer qualquer tipo de discriminação. Isso porque “o princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito”.⁸⁹ Decorre dessa concepção universalista da igualdade perante a lei a proibição da discriminação em razão da *orientação sexual*.

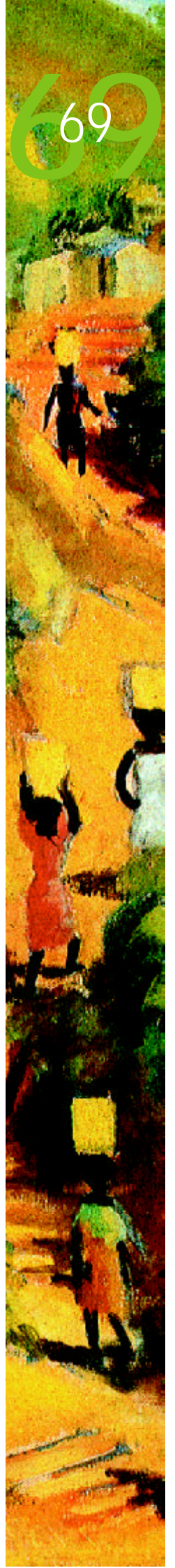
Contudo, não existe previsão constitucional específica de proibição contra a discriminação em razão da *orientação sexual*. No entanto, a falta de previsão expressa na Constituição do critério *orientação sexual*, como proibitivo de discriminação, “não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse à explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo”.⁹⁰ Nesse sentido, as vedações ao tratamento diferenciado entre trabalhadores “têm sua raiz na enunciação do princípio da igualdade”. A enumeração de alguns critérios legais somente reforça seu aspecto formal, não se constituindo em classificação taxativa de espécies proibidas de diferenciação.⁹¹

De tal modo, o princípio da igualdade, que orienta e informa o ordenamento jurídico brasileiro, torna proibido qualquer preconceito,

⁸⁹ Raupp Rios. 2002:128-129.

⁹⁰ Raupp Rios. 2002: 132.

⁹¹ Idem, ibidem.. 2002: 132.



ou discriminação, fundado na homossexualidade. Portanto, a discriminação em razão da *orientação sexual* é entendida como conduta ilícita. Nessa direção, a legislação infraconstitucional tem procurado garantir tratamento isonômico a todos ao proibir a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso e manutenção do emprego por motivo de sexo, entre outros (Lei n. 9.029/95).

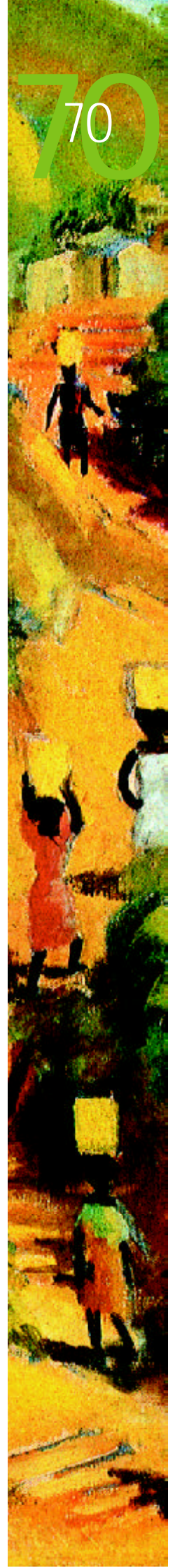
Embora entre os critérios explícitos de proibição da discriminação estabelecidos nas Leis 9.029/95 e 9799/99 não se encontre referência à *orientação sexual*, entende-se que esta estaria contemplada na discriminação em razão do sexo, visto considerar-se a sexualidade uma questão de gênero, determinada por construções sociais. Com efeito, o entendimento é de que "... a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui precisamente uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual".⁹² De tal modo, o trabalhador homossexual tem seus direitos garantidos pela ordem constitucional, que proíbe a discriminação por motivo de sexo. "O gênero (...) não pode gerar tratamento desigualitário (...) sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui (...)".⁹³

Assim, entende-se que a discriminação em face da *orientação sexual* é uma discriminação por motivo do sexo. Portanto, é conduta proibida pela Constituição, e que pode ser atacada como uma afronta ao princípio da igualdade, que, ao ser disposto como norma definidora dos direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata (art. 5º, par. 1º, da CF/88). Esse é o entendimento que se deverá ter quando da discriminação sofrida pelos trabalhadores homossexuais no mundo do trabalho. Estes não devem ser excluídos do acesso à relação de trabalho ou da sua manutenção, por motivo de sexo, uma vez que isso levaria a eliminação da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego (Con. 111, da OIT).

Quando de suas despedidas sem justa causa, não raro encobridoras de atos discriminatórios em face da *orientação sexual*, será facultado ao trabalhador escolher entre a sua readmissão ao trabalho ou a percepção em dobro da remuneração devida (art. 4º, I e II, da Lei n. 9.029/95).

⁹² Raupp Rios in Brandão. 2002: 80.

⁹³ Maria Berenice Dias in Brandão. 2002: 80.



2.2 Discriminação em razão da raça

2.2.1 Conceito de raça

*Raça*⁹⁴ é definida como a divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários como a cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo, dentre outros.

Dessa definição, denota-se o caráter arbitrário e carente de fundamento racional da distinção de grupos humanos por raça, cuja noção é hoje etnologicamente rejeitada, por se considerar a identidade cultural de um grupo social (etnia), de maior relevância do que o fator racial. Visto serem as relações sociais que derivam do fato de pertencer a uma mesma etnia, aquilo que cria interesses coletivos e vínculos de solidariedade caracteristicamente comunitários, o que não necessariamente ocorre quando esses grupos sociais são identificados em face da raça.

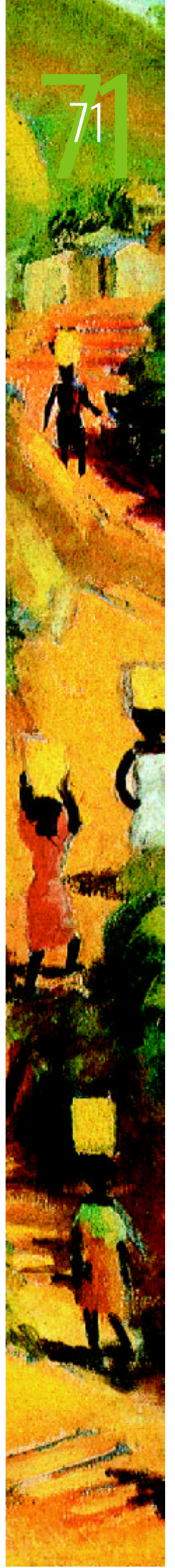
Com efeito, o conceito de raça “tal como é comumente usado não tem fundamento científico. Os únicos fins com que tem sido e continua a ser usado são os de justificar a discriminação e alimentar o ódio racial, bem como o de criar e manter a hostilidade entre os grupos humanos” .⁹⁵

Na própria definição de raça, ficam evidentes as dificuldades que o tema provoca, quando se procura estabelecer distinções entre pessoas em razão desse critério. Em se tratando da gênese das raças mestiças do Brasil, constituída por três elementos étnicos preponderantes (o branco, negro e índio), é notória a complexidade que se apresenta quando se deseja distingui-las. Frente aos seus diversos aspectos, os estudiosos da questão racial no Brasil acabam por priorizar determinadas influências, conforme as teses que pretendem demonstrar, em busca geralmente de um tipo étnico único, quando há decerto muitos.

A mistura dos tipos étnicos originários (o índio, o português e o africano) teria resultado, segundo esses estudiosos, em várias sub-formações raciais. O brasileiro surgiria do entrelaçamento dessas sub-

⁹⁴ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.

⁹⁵ Levi in Bobbio, Matteucci e Pasquino. Brasília: 449.



formações e seria teoricamente o “pardo”, para o qual convergem os cruzamentos sucessivos dos tipos raciais, e assumiria sua identidade como etnia a partir da “indiferenciação entre as várias formas de mestiçagem (...)”.⁹⁶

Considerando a maior ou menor densidade desses cruzamentos nas várias partes do território nacional e, também, a entrada de outros pares, tanto no período colonial ou mais recentemente pelas imigrações, vê-se bem que a realidade de nossa formação racial é bastante complexa. Ressalte-se, ainda, que o português originário já era, no tempo do descobrimento, mestiço, após oito séculos de ocupação moura e da presença, em larga escala, do negro africano.⁹⁷ De tal modo, dão conta os historiadores que a gênese do mulato teve uma sede fora do nosso país,⁹⁸ operando-se a primeira mestiçagem com o africano, ainda na metrópole portuguesa.

Por essas razões, não se tem um tipo étnico único. A heterogeneidade de elementos raciais e étnicos irá determinar os tipos brasileiros a partir de uma mestiçagem que levou alguns de nossos estudiosos, sociólogos e historiadores, em suas obras fundadoras, a deduzir que não se têm questões raciais no Brasil, chegando a afirmar que o “aspecto mais alto, mais edificante e significativo da civilização brasileira” seria a “quase inexistência de problemas raciais intransponível”.⁹⁹ Aqui, não se nega o passivo, em termos de discriminação, legado pelo regime escravocrata, entretanto, afirma-se que o conflito racial “não mais se apresenta sob a forma ostensiva e pungente de questão racial propriamente dita, mas como modalidade de conflitos de classe (...)”.¹⁰⁰ Noutras palavras, não se teria racismo no Brasil, ou, melhor dizendo, este estaria “dissolvido no social”.

Também, esses estudiosos observam que já nos tempos do Brasil colônia, era exíguo o sentimento de distanciamento entre os dominadores e a gente escrava. A influência do negro “penetrava

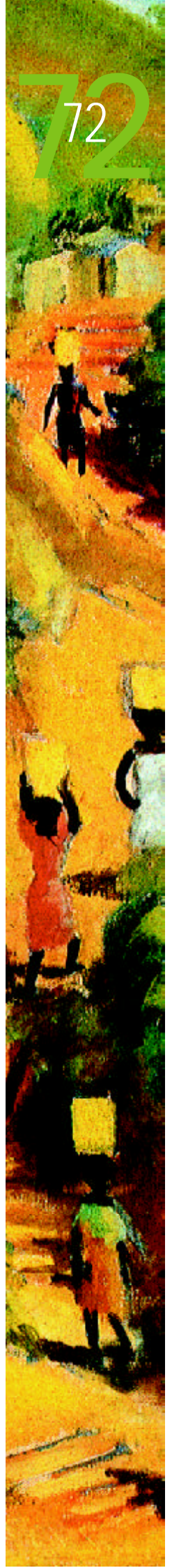
⁹⁶ Ribeiro. 2001: 133.

⁹⁷ Antes mesmo que os europeus começassem a enviar navios repletos de escravos para o Novo Mundo, milhões de escravos africanos foram trabalhar na Europa (...). Comunidades africanas de porte considerável surgiram nas grandes cidades, desde Lisboa... (Olson. 2003: 73).

⁹⁸ Cunha. 1940: 91.

⁹⁹ Moog. 18a Ed.: 25.

¹⁰⁰ Moog. 28a Ed.: 26.



sinuosamente o recesso doméstico, agindo como dissolvente de qualquer idéia de separação de castas ou de raças (...). Era essa a regra geral".¹⁰¹ Para alguns, a falta de "consciência racial" do português, associada ao alto grau de miscigenação imposto pela obra da colonização corrigiu a distância social entre a casa-grande e a senzala, o que levou a uma "democratização social no Brasil".¹⁰² Eles chegam a afirmar que a sociedade brasileira é, de todas da América, a que se constituiu de forma mais harmônica quanto às relações de raça.¹⁰³ Negam o preconceito racial por parte do colonizador a quem admitiam "a ausência completa (...) de qualquer orgulho de raça".¹⁰⁴

Em suas obras, esses pensadores observaram o que no século XIX era a tese abolicionista de que "a escravidão, por felicidade nossa, não azedou nunca a alma do escravo contra o senhor - falando coletivamente - nem criou entre as duas raças o ódio recíproco que existe naturalmente entre opressores e oprimidos (...) Para nós, a raça negra é (...) parte integrante do povo brasileiro".¹⁰⁵

A tese era de que a escravidão no Brasil, "ainda que fundada sobre a diferença das duas raças, nunca desenvolveu, como entre os norte-americanos, a prevenção da cor",¹⁰⁶ o que resultou ao Brasil uma população mestiça. Desse modo, a "obra da escravidão" era responsável pelo estágio de atraso em que se encontrava o país no final do Século XIX, contudo, fato positivo, era a constatação de que a raça negra se tornara elemento permanente da população.¹⁰⁷

Estudos recentes, dessa vez na área da genética, parecem desfechar ataque final no conceito de raça fundado em caracteres biológicos que explicariam as diferenças entre grupos sociais. A espécie humana, segundo geneticistas, é muito nova, na escala de evolução biológica, para originar raças ou subespécies raciais. "O DNA de todos os habitantes da Terra é tão semelhante¹⁰⁸ que não parece razoável

¹⁰¹ Holanda. 1999: 55.

¹⁰² Freyre. Casa grande e senzala, pp. 7-8, 76-77.

¹⁰³ Freyre. Op. cit. p. 115.

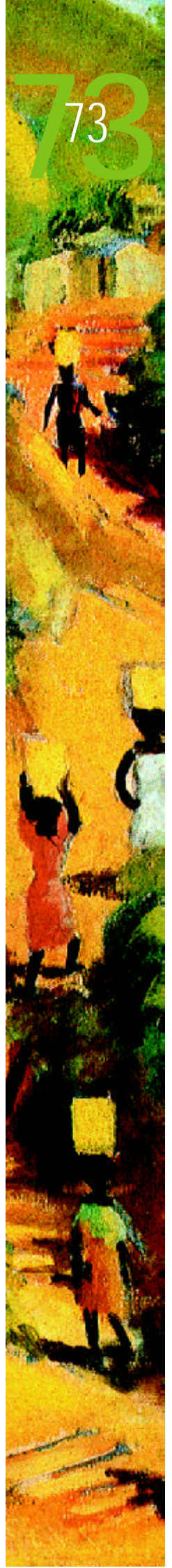
¹⁰⁴ Holanda. 1999: 53.

¹⁰⁵ Nabuco. 2000: XV.

¹⁰⁶ Nabuco. Op. cit., p. XVI.

¹⁰⁷ Nabuco. Op. cit., p. XV.

¹⁰⁸ Todas as pessoas são 99,9% geneticamente idênticas, não havendo justificativa para a superioridade racial. Apenas 0,1%, segundo Sérgio Danilo Pena, especialista em medicina genética da UFMG, seria responsável pela "individualidade absoluta de cada um de nós". Jornal "O Estado de São Paulo", 23/02/03.



usar a biologia para justificar o que são em essência diferenças sociais (...) Mesmo a miscigenação genética mais radical não é garantia de dissolução do preconceito, pois esse é um fenômeno sócio-cultural e somente nesse plano pode resolver-se".¹⁰⁹

Desse modo, os estudos avançados no campo da genética apontam para o fato de hoje o conceito de raça, ou etnia,¹¹⁰ perder sua dependência de critérios biológicos, e passar a ser uma construção eminentemente sócio-cultural, política ou histórica. As pessoas não são mais o que dizem ser por causa de alguma essência biológica misteriosa;¹¹¹ elas escolhem o grupo a que desejam pertencer.¹¹²

Todas essas considerações sobre raça e seus elementos fundadores seriam necessárias para identificar, as raízes do racismo, notadamente no caso brasileiro, em que as relações inter-raciais se deram de maneira intensa, gerando um tipo de racismo que até hoje divide os estudiosos da questão.

2.2.2 Considerações sobre racismo

Racismo é termo derivado do substantivo raça pelo qual "se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas o uso político de alguns resultados aparentemente científico,¹¹³ para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais".¹¹⁴ Portanto, racismo seria um conjunto de teorias e crenças que estabelece uma hierarquia entre as raças, entre as etnias, o que justificaria atitudes de intolerância, discriminação, xenofobia e perseguição, contra raças consideradas inferiores.

Poderia ser também entendido como o preconceito extremado contra indivíduos pertencentes a uma raça ou etnia diferente, geralmente considerada inferior, ou a atitude hostil em relação a

¹⁰⁹ Steve Orson. A História da Humanidade, Editora Campus, citado in: Sinapse. Jornal Folha de São Paulo, 28/01/03.

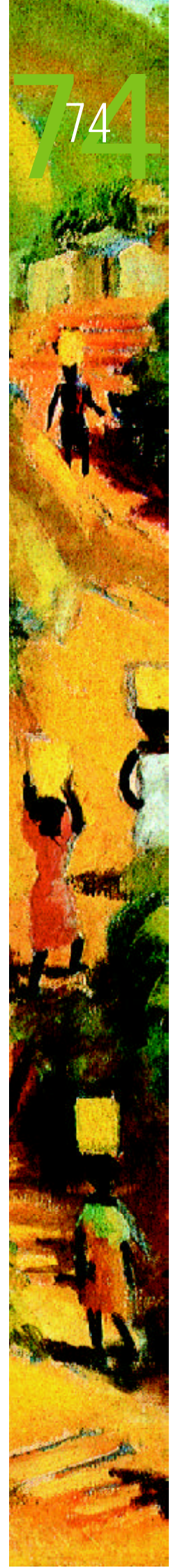
¹¹⁰ Segundo Houaiss, etnia tem também base biológica.

¹¹¹ Hoje sabemos que os grupos se superpõem geneticamente a tal ponto que a humanidade não pode ser dividida em categorias bem definidas (Olson, 2003:19).

¹¹² Steve Olson. A História da Humanidade. Citado in: Sinapse. Jornal Folha de São Paulo, 28/01/03.

¹¹³ Hoje refutada pela genética.

¹¹⁴ Matteucci in Bobbio, Matteucci e Pasquino. Dicionário de Política: 1059.



determinada categoria de pessoas, em face de seus caracteres raciais.¹¹⁵ Enfim, o racismo é considerado como teoria étnica, como crença que estabelece hierarquia entre as raças, como preconceito e, ainda, como doutrina política de dominação de grupos humanos tidos como inferiores.

O racismo é apontado como um fenômeno tão antigo quanto a política, na medida em que, em nome da identidade étnica, é utilizado pelo grupo social contra inimigo verdadeiro ou suposto.¹¹⁶ Há racismo entre os grandes grupos raciais (brancos, amarelos e negros), como também pode desenvolver-se em sociedades políticas pluri-raciais. “Negar a humanidade de outros povos sempre foi uma forma de justificar a opressão e o extermínio”.¹¹⁷

Alguns autores, com o propósito de negar a evidência histórica do fenômeno do *racismo*, pretendem que a atitude dos povos antigos de conferir inferioridade aos bárbaros e estrangeiros como justificativa de sua dominação, não deveria ser considerada racista, visto que o conceito de raça só surgiu no século XVIII. O que se pode considerar é que apenas em meados do Século XIX amadurece o mito da raça ariana, e o racismo surge como doutrina, ou ideologia fundada, basicamente, em investigações pseudocientíficas da classificação das raças segundo o estudo do crânio (frenologia) ou do rosto (fisionomia). A partir daí, chegou-se à *psicologia* das raças, estabelecendo-se uma hierarquia entre elas, na qual a branca seria superior porque depositária do progresso da civilização, a negra inferior e a amarela ocuparia uma posição intermediária.¹¹⁸

Essas simplificações de natureza preconceituosa, reforçadas pela livre interpretação da teoria evolucionista da origem das espécies, de Darwin, que diz da seleção natural na luta pela sobrevivência, onde sobreviveria a espécie favorecida por fatores hereditários, vão ser usadas

¹¹⁵ Em pleno século XX, os antropólogos ainda admitiam a possibilidade de que africanos, asiáticos e europeus descendessem de tipos diferentes de primatas. A implicação era que estes grupos pertenciam a espécies diferentes, uma das quais era mais evoluída que as outras (Olson, 2003: 25).

¹¹⁶ Matteucci in Bobbio, Matteucci e Pasquino. Dicionário de Política: 1059.

¹¹⁷ Olson. 2003: 25.

¹¹⁸ Este estudo do homem natural tem reflexos no racismo devido ao estereótipo que formula, influenciado pelo mito grego: a raça branca é bela. Daí a adjetivação que depois seria dirigida aos negros ou aos judeus: “porco” e “feio” (Matteucci in Bobbio, Matteucci e Pasquino: 1060).



pela política racista, informada pelos elementos eugênicos, no combate à degeneração racial.¹¹⁹

Os argumentos pseudocientíficos justificaram durante muito tempo os comportamentos racistas. Hoje, porém, a genética põe a baixo os fundamentos dessas teses, e estabelece que as diferenças entre os indivíduos não são determinadas por herança biológica ancestral, mas dependem de atributos individuais e das experiências socioculturais de cada um. Não existem diferenças genéticas significativas entre as raças. Os geneticistas jamais encontraram uma mutação que se apresentasse 100% em uma *raça* ou grupo étnico e que estivesse 100% ausente em outro, fato esse que indica um alto grau de sobreposição de todos os grupos humanos. “Na verdade, todos os indivíduos estão intimamente relacionados por meio de numerosas linhas de descendência que desafiam qualquer tentativa de dividir os humanos em raça (...)”. Na realidade, os seres humanos são todos parentes e todos diferentes.¹²⁰

Porém, restou desse processo de naturalização das desigualdades raciais a participação por demais desigual dos negros nos vários espaços da vida social, reforçando o estigma que vai inibir o negro no desenvolvimento de suas potencialidades individuais, e na busca por igualdades de oportunidades, o que resulta por fortalecer o processo de exclusão a que está submetido.¹²¹

2.2.3 Considerações sobre o racismo no Brasil

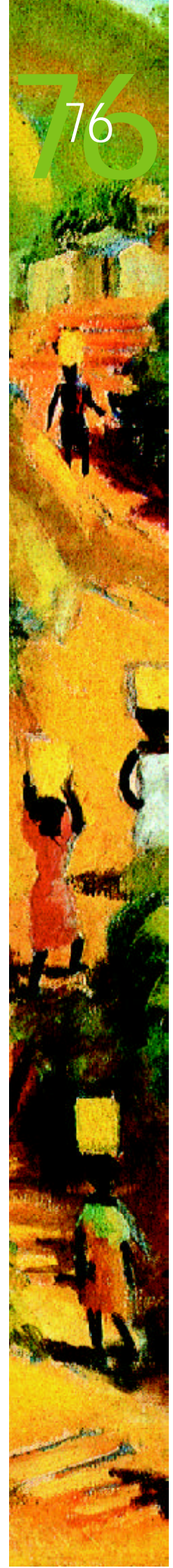
O racismo no Brasil não contém o elemento eugênico que informa sua manifestação noutras culturas. A miscigenação a que ficaram expostas as raças fundadoras dos vários tipos brasileiros dissipou o surgimento de conflitos de natureza puramente racial,¹²² o que resultou

¹¹⁹ O esmagador sucesso do darwinismo resultou também do fato de ter fornecido, a partir da idéia de hereditariedade, as armas ideológicas para o domínio de uma raça sobre outra, podendo ser usado tanto a favor como contra a discriminação racial (Arendt, 2001: 208)

¹²⁰ Olson. 2003: 48.

¹²¹ Jaccoud e Beghin. 2002: 32.

¹²² Nos Estados Unidos, o racismo fundou-se na crença de que os grupos raciais estavam separados por diferenças genéticas capazes de influir não só sobre as características físicas, mas também sobre o caráter e o comportamento.



por mascarar a questão. Aqui o fenômeno do racismo vem justificado pela escravatura que impunham aos negros o trabalho vil, “que não infamava apenas quem os praticava, mas igualmente seus descendentes”.¹²³

Para o homem branco, exercer qualquer trabalho *mecânico* era desonroso, e o ócio era a maior demonstração social de vida digna, de quem podia ter escravos para mostrar poder e sustentar-se. Esse padrão vigente na escravidão se reproduziria por obra até dos próprios negros que, ao se verem livres, procuravam obter um escravo para fazer-lhe o trabalho vil. “Mostrar-se ocioso em virtude da posse de escravos seria um primeiro passo para obter reconhecimento”,¹²⁴ naquela sociedade de fraca mobilidade social. “A posse de escravos seria, portando, imprescindível para que se pudesse alardear um altivo desprezo pelo trabalho”.¹²⁵ Assim, a escravidão tornou o trabalho desonroso e infamante “numa sociedade (...) onde no fundo trabalhar era feio”.¹²⁶ Sinal de prestígio era cultivar o ócio.¹²⁷

É inegável que, no caso brasileiro, a natureza inferior atribuída ao negro, usando-se de todas as teorias pseudocientíficas, seria uma racionalização para legitimar a escravidão que fornecia a mão-de-obra da qual dependia a exploração econômica, naquela quadra de desenvolvimento. Mesmo aqueles que tinham a escravidão como violação ao direito natural à liberdade viam na inferioridade da raça negra uma das “circunstâncias atenuantes que devem tirar qualquer escrúpulo de consciência ao senhor (...). A inferioridade física e intelectual da raça negra, classificada por todos os fisiologistas como a última das raças humanas a reduzir, naturalmente, uma vez que tenha contatos e relações com outras raças, e especialmente a branca, ao lugar ínfimo, e ofícios elementares da sociedade”.¹²⁸ A escravidão justificada dessa maneira produziria uma população de cor relegada ao nível mais baixo da

¹²³ Holanda. 1999: 55-56.

¹²⁴ Araújo. 1993: 90.

¹²⁵ Araújo. Op. cit., p. 95.

¹²⁶ Antônio Cândido. Um funcionário da monarquia. Jornal Folha de São Paulo. MAIS, de 17/02/02.

¹²⁷ Thomas Ewbank (Rio de Janeiro/1846), citado por Araújo (1993: 95), afirmava que “a tendência inevitável da escravidão por toda parte é tornar o trabalho desonroso, resultado superlativamente mau, pois reverte a ordem natural e destrói a harmonia da civilização”.

¹²⁸ Taunay (1.839). 2001: 52-53.



sociedade, e destinada ao trabalho em condições infamantes, carente de possibilidades de manifestar suas potencialidades.

Sob essas concepções, tornou-se fácil manterem-se as idéias de superioridade de uma classe dominante, uma vez que por razões econômicos e culturais se impedia, a princípio, e se negaria, até hoje, a igualdade de oportunidades indispensável ao desenvolvimento social, cultural e econômico dos negros significante parcela da população brasileira. A resultante desse processo sócio-econômico-cultural é a desigualdade expressa nos diversos indicadores sociais (renda, emprego, educação, saúde, moradia), que apontam enormes diferenças na apropriação da riqueza e no acesso aos serviços básicos pelas pessoas de cor, pertencentes às camadas mais baixas da sociedade.

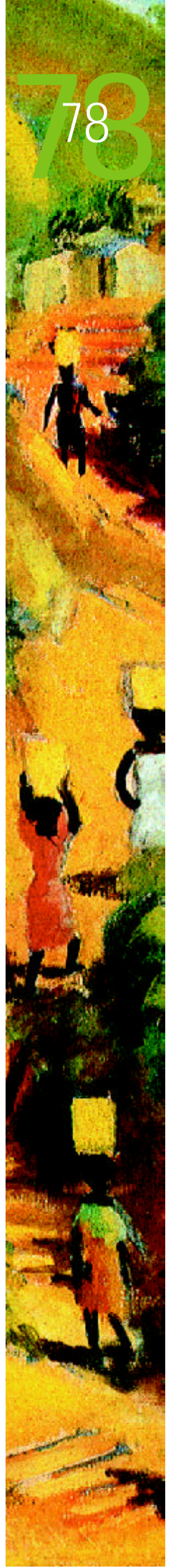
É verdade que as relações raciais no Brasil diferem das observadas nos EUA, África do Sul, e até mesmo na Inglaterra. Não se perceberia, aqui, uma tensão de natureza puramente racial, devido à formação do tipo brasileiro, que sofreu intensa miscigenação. Haveria uma “tolerância” com o indivíduo de cor; o racismo estaria fundado na questão social.¹²⁹ Dizem alguns observar-se preconceito social, e não racial, para com a população de cor. Estes acreditam que “a classificação étnica do indivíduo se faz (...) muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos, nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres cromáticos”.¹³⁰

O que distinguiria o racismo brasileiro “é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor de sua pele (...) Acresce que aqui se registra, também, uma branquização puramente social ou cultural. É o caso dos negros que, ascendendo socialmente, com êxito notório, passam a integrar grupo de convivência dos brancos, a casar-se entre eles e, afinal, a serem tidos como brancos. A definição brasileira de negro não pode corresponder a um artista ou a um profissional exitoso”.¹³¹

¹²⁹ Florestan Fernandes e Roger Bastide, contestando a tese das relações raciais harmônicas defendida por Gilberto Freyre, afirmaram que a discriminação racial seria muito mais uma discriminação econômica e social fundada na cor do que propriamente um preconceito de cor. (Bastide e Fernandes. 1955: 119-120.

¹³⁰ Prado Junior. 2000: 91.

¹³¹ Ribeiro. 2001: 225.



De tal modo, o racismo brasileiro tem suas peculiaridades decorrentes de uma mestiçagem incentivada, desde os primórdios, pela obra da colonização. O brasileiro surgiu, efetivamente, do cruzamento de uns poucos brancos com incontáveis mulheres índias e negras. Esse fato, todavia, não chega a configurar uma democracia racial, tamanha a carga de opressão, preconceito e discriminação que acompanha o negro e o índio, somada à expectativa de que essas raças desapareçam pela mestiçagem; o que é uma forma de racismo.

É verdade que nunca se verificou na sociedade brasileira o sistema de *apartheid* observado nas sociedades onde prepondera o preconceito propriamente racial. Por isso, não ocorreram também as formas de tolerância verificadas nesse regime, através da preservação da identidade cultural da população negra apartada que, em consequência, “induz à profunda solidariedade interna do grupo discriminado, o que o capacita a lutar claramente por seus direitos, sem admitir paternalismo”.¹³²

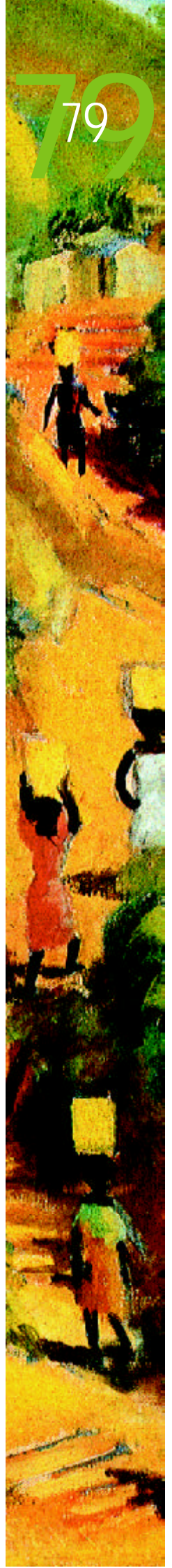
Acredita-se que o racismo assimilacionista que foi desenvolvido pela sociedade brasileira traz o aspecto perverso de uma aparente maior sociabilidade, quando de fato desarma o negro para lutar contra a pobreza que lhe é imposta, e dissimula as condições de enorme violência a que está submetido. “O assimilacionismo, como se vê, cria uma atmosfera de fluidez nas relações inter-raciais, mas dissuade o negro para luta específica”¹³³ em busca de sua cidadania.

Essa forma peculiar de racismo, fundada no preconceito racial largamente difundido pelo modelo colonial escravista, levou o negro a uma situação de inferioridade, produzida pelo tratamento opressivo, suportado por séculos. Sem nenhuma satisfação compensatória, o que resultou desse modelo foi a marginalização da população negra, antes explorada no trabalho até os estertores e, hoje, excluída do processo produtivo e consequentemente da vida cultural, social e política. Esse quadro é observado em estudos que apontam as desigualdades sociais e a pobreza no Brasil, como fortemente associadas às desigualdades raciais mensuradas pelas diferenças entre negros e brancos,¹³⁴

¹³² Ribeiro. 2001: 226.

¹³³ Ribeiro. Op. cit.: 226-227.

¹³⁴ Não podemos esquecer que no país a pobreza tem cor. Ela é negra. Ricardo Henriques em entrevista ao jornal “Folha de São Paulo”, 27/02/03.



verificadas nas análises dos indicadores sócio-econômicos. Os negros estão em larga desvantagem em relação aos brancos; isto, por si só, é suficiente para desmontar o mito de “democracia racial” que ainda reina entre nós.

Nota-se que entre o grande contingente de pobres e indigentes do país está a população de negros (pretos e pardos), que tem garantido posição destacada ao longo do tempo. Essa sobre-representação da pobreza entre os de origem negra, evidencia o grau de desigualdade, provocado pela discriminação a que está submetida a sociedade brasileira, onde ser de cor é fator diferenciador de classe social. Recentes pesquisas demonstram que os negros (pretos e pardos) no país são menos da metade da população, mas representam 64% dos pobres e 69% dos indigentes.¹³⁵

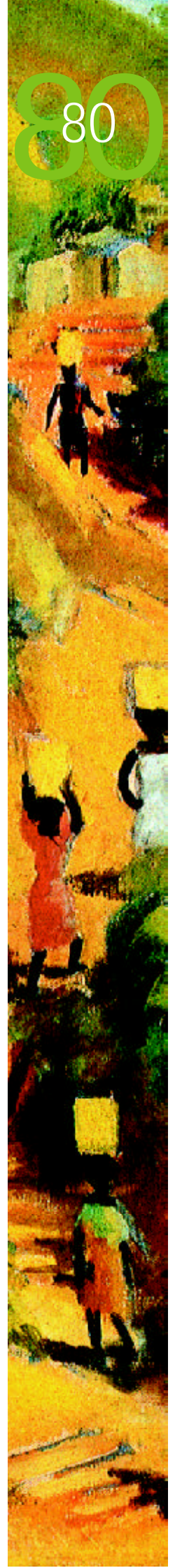
Considerando o acesso ao emprego, observa-se que a seleção pela cor prepondera, com frequência, sobre quaisquer outros critérios para obtenção de uma vaga de trabalho, ou promoção funcional. A famosa “boa aparência”, atributo tão valorizado como critério seletivo, embute forte conteúdo racista. Somando-se às características raciais e étnicas, a baixa qualificação profissional apresentada pela população negra, tem-se que o mercado de trabalho reproduz o processo histórico que informa o grau de desigualdades em que se encontra a sociedade brasileira.

É o que mostram as pesquisas que apontam para uma participação similar de negros (70%) e brancos (68%) no mercado de trabalho, porém, enquanto 21% dos brancos estão no mercado informal, a participação dos negros chega a 31%, e ainda, a taxa de desemprego é superior, em 3%, para os negros (negros 12% e brancos 9%). Com relação aos rendimentos obtidos com o trabalho formal, os trabalhadores negros percebem 61% dos rendimentos obtidos pelos trabalhadores brancos, na mesma situação.¹³⁶

Um estudo sobre a desigualdade racial no Brasil chama a atenção para o “embranquecimento” da distribuição de renda, brasileira, na

¹³⁵ Henriques, Ricardo. Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90. IPEA/2001.

¹³⁶ Fonte: IBGE, PNAD, 1999. Elaborado por DISOC/IPEA e inserida por Jaccoud e Beghin no Documento “Um balanço da intervenção pública no enfrentamento das desigualdades raciais no Brasil”. Brasília: 2002.



qual os brancos se concentram no extremo superior e os negros no extremo inferior. Desse modo, os brancos representam 85% da população do décimo mais rico da sociedade e se apropriam de 87% desse décimo, enquanto no extremo inferior da renda encontram-se 59,6% dos negros que se apropriam de 7% da renda do país. Segundo esse estudo, a renda média dos brancos é 20% mais elevada do que a renda média dos negros. Essa análise demonstra a perversa composição racial da renda brasileira.¹³⁷

No que se refere ao desemprego, o estudo sobre a desigualdade racial no Brasil revela que a taxa de desemprego entre os negros é 10,6% de sua população economicamente ativa, enquanto o desemprego observado para a população branca economicamente ativa é de 8,9%. Na análise do desemprego, a partir de um recorte de gênero, o estudo demonstra que tanto os homens negros (8,8%), como as mulheres negras (13,3%) apresentam taxas de desemprego maiores que os homens brancos (7,1) e as mulheres brancas (11,2%).¹³⁸

Pesquisas recentes (2005) apontam que as mulheres negras enfrentam tripla discriminação no mercado de trabalho (gênero, raça e classe social), e ocupam a base da pirâmide social. Nesse grupo, a trabalhadora doméstica vai constituir a categoria mais vulnerável, devido à baixa remuneração e ao grau de precariedade verificado no trabalho doméstico. A trabalhadora doméstica negra é o dobro da trabalhadora doméstica não-negra e, em geral, há mais empregadas domésticas não-negras com contratos formais de trabalho (carteira assinada) do que trabalhadoras domésticas negras.¹³⁹

Essa situação reclama por adoção de políticas afirmativas, como medidas especiais capazes de corrigir desigualdades históricas, e promover a igualdade de oportunidades e tratamento que é devida aos negros,¹⁴⁰ por reconhecimento de seus direitos. É preciso remover, de uma vez por todas, o mito da “democracia racial” que, por décadas,

¹³⁷ Henriques. Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90. IPEA/2001: 18-19.

¹³⁸ Taxas de desemprego referentes ao ano de 1999. Henriques. Op. cit., p. 36-37.

¹³⁹ Trabalho doméstico e igualdade de gênero e raça. Brasília: OIT, 2005.

¹⁴⁰ Sem enfrentar a pobreza da população afrodescendente não alcançaríamos resultado. Só com políticas universais é muito difícil reduzir desigualdades. Ricardo Henriques. Jornal Folha de São Paulo, 27/02/03.



arrefeceu as ações de promoção da igualdade de oportunidades em benefício da população negra.

Ante a evidência dos fatos, a “democracia racial” não se deu por confirmada. Tampouco, confirmou-se a tese de que o desenvolvimento do capitalismo seria suficiente para naturalmente eliminar as diferenças por raças, uma vez que, ao se tornarem trabalhadores, os negros passariam a ser considerados pela sua posição no processo produtivo, desconsiderando-se sua condição racial.¹⁴¹

Tal teoria não se confirmou. Hoje se percebe com clareza que o sistema de produção capitalista não foi capaz de eliminar as desigualdades raciais, manifestadas de maneira incontestante através dos indicadores de apropriação dos valores político-econômico-sociais. Ainda que as desigualdades raciais possam apontar também para uma discriminação social, se reconhece que o racismo no Brasil se funda, de maneira significativa, no elemento cor, estigmatizado pelo preconceito.

A desigualdade social seria uma resultante da discriminação racial que vitima sobremaneira os pretos e os pardos.¹⁴² Esta se apresenta em fase de recrudescimento, reclamando por medidas especiais que visem à prescrição de ações que afirmem o princípio da igualdade de oportunidades e tratamento, nas questões de acesso à relação de emprego, remuneração, manutenção e ascensão de cargos e funções, e ainda, à formação profissional, associadas a medidas na área de educação, sem as quais todo um programa dessa natureza estaria prejudicado.¹⁴³

2.2.4 Aspectos jurídicos

A teoria da igualdade de direitos é um legado da filosofia política, que inaugurou a era moderna, fundada nas teses do direito natural de

¹⁴¹ Tese defendida por Florestan Fernandes.

¹⁴² Há espaços que são ocupados, ou se quiser, reservados pelos e para os “brancos”... Há cargos, funções, empregos, profissões, conhecimento, padrão de vida e status no Brasil que, historicamente, têm sido próprios, ou apropriados, pela e para cor/raça “branca”. Oliveira, Lima e Santos (2001:53)

¹⁴³ Não se trata de discutir se existe ou não discriminação racial no Brasil, esses dados já foi amplamente constatados. Faz-se necessário, portanto, passarmos para outra esfera de preocupação: dar visibilidade ao fenômeno e buscar romper as barreiras que impedem os passos iniciais para a constituição de uma sociedade que não discrimine a pluralidade de credos, cores/raças, estratos sociais, entre outras. Oliveira, Lima e Santos. Op. cit, 2001: 37.



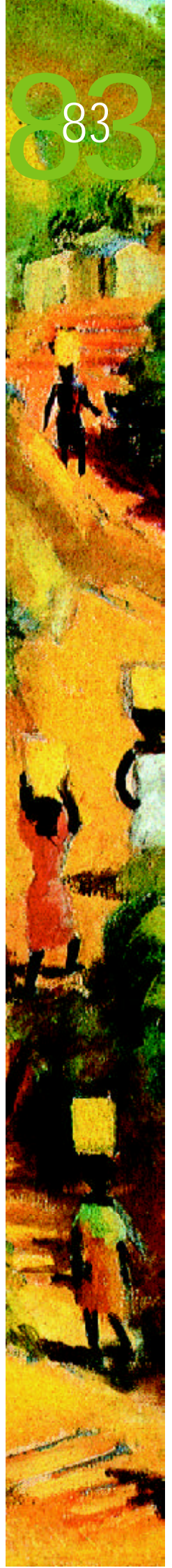
que todo ser humano possui idêntica dignidade. A idéia da igualdade não permaneceu apenas no campo teórico. Ela foi absorvida pelas declarações de direitos e as constituições modernas e, a partir de então, considera-se antijurídica a conduta que afronta o princípio da igualdade.

Como o racismo é uma concepção que pressupõe a superioridade de uma raça sobre outras, visando justificar atitudes de preconceito e discriminação contra indivíduos considerados inferiores, sua prática rompe com o princípio da igualdade. Assim, racismo passa a ser entendido como uma conduta discriminatória referente à raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica, que tenha por objeto ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e de liberdades fundamentais, conforme se encontra definido na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ONU/1966).

A Constituição brasileira, sob a influência das normas internacionais, logo em suas primeiras disposições (art. 4º, VIII), quando delinea os princípios que deverão reger as suas relações internacionais, repudia o racismo, e quando fixa os objetivos a serem atingidos pela República brasileira estabelece, como norma programática, promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação de origem, raça e cor, dentre outros critérios distintivos.

Quis o constituinte vedar a prática de racismo, com a estipulação desses critérios, definidores do preconceito ou da discriminação racial. Considerou serem esses seus elementos fundadores, embora seja explícita a abertura constitucional para outras hipóteses de discriminação (art. 3º, IV, da CF/88). Contudo, se houvesse apenas privilegiado o fator raça, este seria insuficiente para caracterizar o racismo, haja vista o processo de mestiçagem, em curso desde a colonização, que torna complexa a tarefa de distinguir um grupo racial de outro.

A cor também não seria elemento distintivo por si suficiente, já que resultaria por designar a discriminação preferencialmente em face da cor preta, o que fugiria à inteligência pretendida com essa classificação, ou seja, resta claro que a pigmentação da pele não deve provocar discriminações. Assim, esses dois critérios têm alcances distintos, sem, contudo, esgotarem a questão que se viu completada



com a referência à origem, muitas vezes provocadora de condutas discriminatórias contra pessoas oriundas de regiões ou nacionalidades, consideradas sob preconceitos, ou de origem social inferior.

O legislador ordinário ampliou os critérios constitucionais ao proibir a discriminação e o preconceito não somente em razão da raça, cor e origem, mas também em face da procedência nacional, da etnia, e da religião professada. Considerou várias condutas como crime de racismo, que têm a agravante de ser inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII, da CF/88 e Lei 7.716/89). Como norma de particular interesse para o objetivo deste trabalho, cita-se aquela que proíbe “negar ou obstar emprego em empresa privada”, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 4º, da Lei n. 7.716/89).

Ocorrem também ilícitos trabalhistas quando da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa do acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de raça, cor ou origem (Lei 9029/95). No caso de rompimento da relação de trabalho, em face de discriminação fundada nesses critérios, é facultado ao empregado optar entre a readmissão, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (art. 4º, I e II, da Lei 9.029/95).

Ressalte-se que o dolo é indispensável à configuração do crime de racismo,¹⁴⁴ e que, no caso das relações de trabalho, há de ser específico. Isto significa que a conduta criminosa é aquela que nega ou obsta o acesso de alguém, *devidamente habilitado*, a cargo ou emprego público ou privado, em razão de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O crime de injúria, cujo bem jurídico ofendido é o decoro, ou a dignidade da pessoa que se vê atacada em sua honra subjetiva, isto é, no sentimento que possa ter de si mesma, também pode configurar-se por discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião e origem, conforme determina a Lei 9.459/97.

¹⁴⁴ Lima, 1997: 95.



2.3 Discriminação em razão da origem

Em seu significado amplo, o termo *origem* quer dizer *o começo*, ou *causa de todas as coisas*; seria o *motivo*, a *razão*, a *procedência*, ou a *fonte de onde vieram*. Para o Direito, *origem* exprime a *procedência* ou o *lugar de onde a coisa provém*.

O critério *origem*, adotado pelo legislador como definidor de vedação às práticas de preconceitos e discriminação, conforme dispõe a Constituição ao estabelecer os objetivos fundamentais da República brasileira (art. 3º, IV, da CF), quer significar o ponto de partida de uma pessoa, que pode ser o local de nascimento (naturalidade), a identificação dentro de uma cidade, estado ou país do qual a pessoa procede, a identificação com determinada nação, a procedência nacional (nacionalidade) ou, ainda, a proveniência de um grupo social, de um povo ou etnia. Essa compreensão leva a crer que à inteligência do critério diferenciador, *origem*, veda o preconceito, ou a discriminação, em face da origem da pessoa, seja esta referente ao local de procedência, à classe social da qual é oriunda, ou sua origem étnica/racial.

Relevante é notar que o critério *origem*, embora somente em seu significado de *procedência nacional*, aparece elencado como motivo proibitivo de práticas de discriminação e preconceito na Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de racismo (raça ou cor). Aqui se observa um *racismo* de natureza sócio-cultural porque fundado em elementos outros que não raciais/étnicos. Observa-se também que essa mesma substância vai informar o preconceito ou discriminação em razão da origem interna do indivíduo (local de onde procede), ou de sua classe social. Com efeito, o que se verifica sempre, na discriminação em face da *origem*, é o caráter de inferioridade, atribuído a alguém, que caracteriza a conduta racista, em razão de diferenças raciais/étnicas, culturais, sociais, econômicas ou religiosas, referentes à origem da pessoa.

A experiência mostra que é comum observar impedimentos ao acesso à relação de emprego de trabalhadores nordestinos, estigmatizados como desqualificados, preguiçosos, indisciplinados, e indolentes, em face de sua origem nacional, ou social (são originários de uma região menos desenvolvida e pobre), à maneira da justificação



histórica para discriminar o negro e o índio.¹⁴⁵ Até mesmo dentro do próprio Estado vê-se, por vezes, a recusa do emprego ao trabalhador natural da localidade, em benefício daqueles originários de outras regiões, tidas como mais desenvolvidas.

Mesmo considerando-se a retração do mercado de trabalho, que apresenta altas taxas de desemprego, e a baixa qualificação profissional apresentada pela massa de trabalhadores, não se justificam discriminações desarrazoadas. Para que a preferência por trabalhadores se dê em razão de suas origens, é necessário haver pertinência lógica que justifique essa distinção, o que não seria fácil de constatar.¹⁴⁶

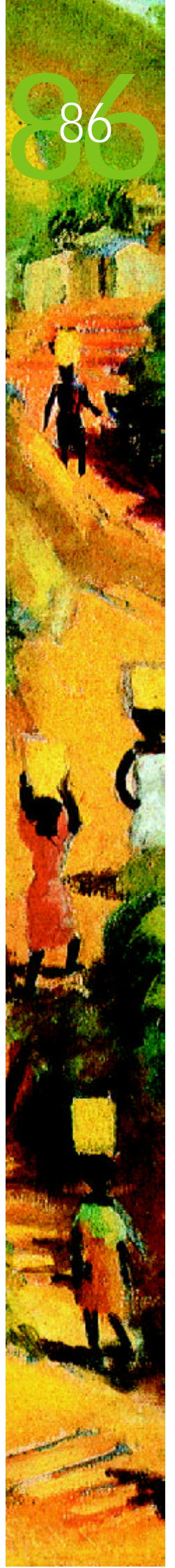
Observa-se, em alguns critérios de seleção para vaga ofertada no mercado de trabalho, um conteúdo discriminatório, notadamente naquele que se refere a “boa aparência”, sem dúvida contaminado de *racismo*, seja de que natureza for, porque a aparência de alguém é reveladora de sua raça, sua cor e também de sua origem. O grau de escolaridade, outro requisito constante de qualquer processo seletivo, também embute um certo *racismo*, pois, através dele, poderão ser excluídos os trabalhadores negros (pardos e pretos) que constituem a base da pirâmide social, ou aqueles trabalhadores pobres e desqualificados, oriundos de regiões menos desenvolvidas.

Muitas vezes, percebe-se que o grau de escolaridade exigido para o trabalhador não corresponde às exigências da atividade a ser desempenhada, o que torna esse critério seletivo um elemento de discriminação daqueles trabalhadores que se encontram em situação mais desfavorável (de educação e qualificação profissional), que são justamente aqueles que ocupam a base da pirâmide social, por enfrentarem um secular processo de discriminação.

Não resta nenhuma dúvida de que a raça, etnia, cor e origem, irão determinar, quase como uma fatalidade, a heterogeneidade na instrução da população adulta brasileira. Pesquisas apontam que a diferença de salário entre trabalhadores brancos e trabalhadores negros

¹⁴⁵ ... não é permitida qualquer prática discriminatória pelo simples motivo de o trabalhador ser nordestino, sertanejo, de tal ou qual lugar do país etc., salvo se houver, de fato, justificada pertinência com a diferenciação imposta pelo empregador, o que não é fácil se constatar (Lima, 1997: 82).

¹⁴⁶ Coutinho. 2003: 71.



está associada às desigualdades no grau de instrução, cuja evolução histórica apresenta um padrão estável, ao longo de gerações.¹⁴⁷

É preciso, portanto, ficar atento ao fato de o grau de instrução - também associado à origem do trabalhador - vir a ser um fator determinante de discriminações no acesso ao emprego. Há evidências de que critérios seletivos desproporcionais ao desempenho da função ofertada constituem uma conduta discriminatória, que perpetua as desigualdades sociais existentes. As empresas, assim agindo, estão obstando o acesso ao emprego por motivo de discriminação, em flagrante descumprimento do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento.

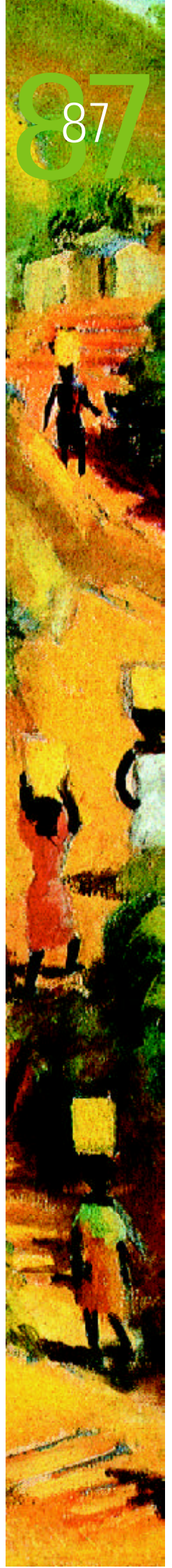
2.4 Discriminação em razão da idade

A palavra *idade* significa *tempo que se vive, geração, período*.¹⁴⁸ No âmbito do direito, *idade* é vocábulo de larga aplicação, notadamente no que refere *ao tempo de vida* de uma pessoa natural (humana). Sua importância reside no exercício ou extinção de determinados direitos e garantias, ou incidência de deveres e encargos atribuídos à pessoa natural. É da referência à *idade de alguém* que vem a distinção entre *maiores* e *menores*, entre *capazes* e *incapazes*; sendo a medida da idade de uma pessoa, regulada pelos anos vividos, que irá diferenciar o tratamento jurídico a ser dispensado.

Portanto, o tratamento distintivo em razão da idade, em alguns casos, não tem o efeito de anular ou alterar a igualdade de oportunidades entre pessoas ou grupos sociais. É o que se observa na proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos e, ainda, na proibição de trabalho do menor em locais ou serviços prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral ou social (arts. 404, *caput*, 405, I e art. 403, parágrafo único, da CLT). Esse tratamento diferenciado dispensado ao menor trabalhador ocorre por entendimento de que seu trabalho deva ser protegido, para resguardar sua integridade física e moral (art. 7º XXXIII, da CF/88 e art. 405, da CLT).

¹⁴⁷ Ricardo Henriques. Desigualdade racial no Brasil. IPEA: 2001.

¹⁴⁸ De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, p. 403.





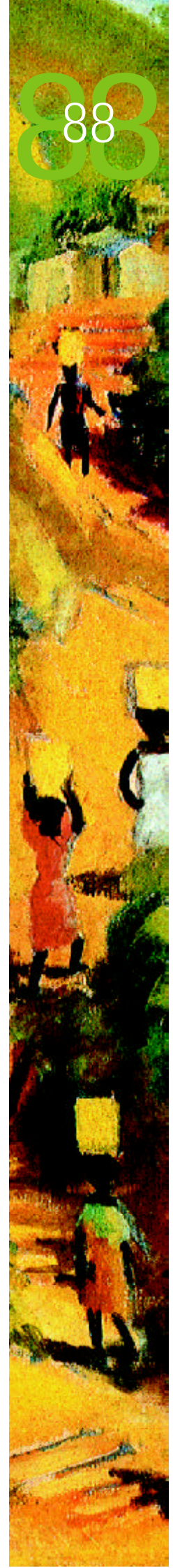
Essas são raras hipóteses de desequiparação permitida. Somem-se a elas os mecanismos garantidores dos direitos dos idosos, que não devem sofrer discriminação de qualquer natureza (Lei n. 10.741/03). De resto, cabe vedação à discriminação em razão da idade, conforme disposição constitucional. Também a lei ordinária proíbe a discriminação em razão da idade, no que concerne ao acesso à relação de emprego, ou sua manutenção (art. 1º, da Lei 9.029/95).

No entanto, a despeito das proibições legais, a discriminação em face da idade pode ser observada como prática limitativa do acesso e da manutenção do emprego, que se encontra amplamente disseminada. É comum constar como requisito seletivo para o posto de trabalho e também como motivo da demissão “sem justa causa”, o critério idade. Trabalhadores a partir de quarenta anos de idade, não raro além dos trinta e cinco anos, encontram-se alijados do processo de acesso à relação de emprego.

O que há de mais dramático nessa situação é que os próprios órgãos de encaminhamento de mão-de-obra admitem o critério idade como seletivo para a vaga de trabalho. Este é submetido ao cruzamento dos dados definidores do perfil do trabalhador requisitado pelo mercado, que são determinados pelo contratante. O trabalhador cuja idade não esteja dentro do limite imposto pela empresa não recebe indicação para a vaga ofertada, mesmo possuindo as qualidades técnicas exigidas.

Junte-se a essa prática discriminatória, a perspectiva de vida da população brasileira, que tem aumentado ao longo dos anos. Observe-se, a partir desse fato, o franco descompasso entre essa realidade e a imposta pelo mercado, que acaba por excluir o trabalhador no auge de sua capacidade produtiva. Desse modo, escapa a qualquer juízo de racionalidade o fato do trabalhador de mais idade guardar tão grande desvantagem frente àquele considerado jovem. Sua experiência profissional não é considerada, nem tampouco é suficiente sua qualificação técnica para função, diante do *enaltecimento* do trabalhador jovem, tido como mais adaptável, às novas conformações do mundo do trabalho.

O que se pretende, talvez, com a preferência pelo trabalhador jovem, seja o efeito perverso do achatamento de salário, já por demais aviltado nestes tempos de desemprego, somado ao seu baixo nível de



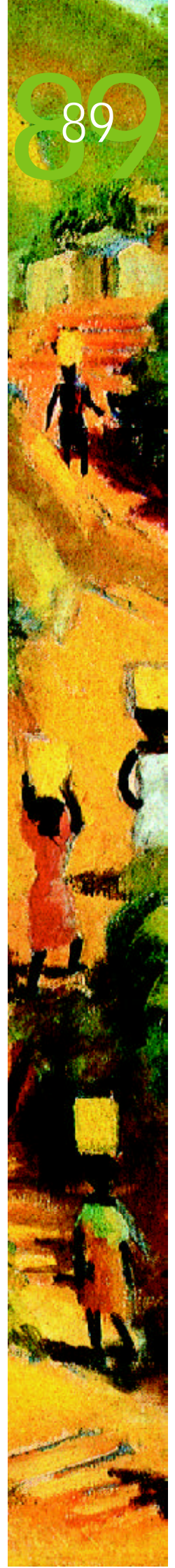
exigência, frente aos seus direitos trabalhistas e, ainda, a crença no *enquadramento* desse trabalhador, às novas conformações do modo como se organiza o trabalho.¹⁴⁹ Assim, discrimina-se hoje em favor de um segmento de trabalhadores que mais tarde será também discriminado, em nome de uma lógica de mercado.

Imbricada com discriminação em face da idade, observa-se que a qualificação do trabalhador, medida exclusivamente por seu grau de escolaridade, é determinante para sua absorção pelo mercado. No momento da seleção, o trabalhador é preterido pela *superqualificação* de outros (até devido ao desemprego), e não pelo confronto entre sua instrução e as competências que se supõem necessárias para ocupar o posto de trabalho oferecido.

Verifica-se que o trabalhador de mais idade, mesmo com mais experiência e capacidade para o exercício da função a ser realizada, acaba por ser preterido no processo de escolha que estipula como critério a exigência de instrução formal (favorável ao trabalhador jovem), baseada no grau de escolaridade, sem pertinência com as tarefas a serem desenvolvidas.

Os critérios seletivos que se orientam pelo grau de escolaridade formal são amplamente observados quando do processo de contratação de trabalhadores para as funções de serviços gerais, limpeza e conservação, auxiliares de escritórios, empacotadores, balconistas, porteiros; nos quais o grau de escolaridade exigido guarda forte conteúdo discriminatório, uma vez que não está relacionado com as competências exigidas para o cargo, e sim com posição social do trabalhador na sociedade, ao se evitar os menos instruídos (e os de mais idade) como mecanismo de exclusão dos mais pobre e dos negros.

¹⁴⁹ Judith Tandler, Instituto de Tecnologia de Massachusetts/MIT, constatou em pesquisa realizada na região, com apoio do Banco do Nordeste, que as empresas que se instalaram no Nordeste do Brasil nos últimos anos preferem trabalhar com operários de pouca formação educacional e menos qualificação profissional. Esses trabalhadores se sentem satisfeitos e reconhecidos pela oportunidade de trabalho exatamente por serem analfabetos ou semi-analfabetos. Assim, eles também exigem menos das empresas onde trabalham e preocupam-se menos com a criação de sindicatos. Jornal O POVO, 20/07/02, p. 25.



2.4.1 Aspectos jurídicos

Ampliando a eficácia da norma constitucional, a Lei n. 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa do acesso ou manutenção da relação de emprego, por motivo de *idade*. Tal lei estabelece, ainda, para os casos de rompimento do contrato de trabalho por motivo de idade, a faculdade de o empregado optar entre duas situações: a readmissão, com o ressarcimento integral de todo período de afastamento, mediante o pagamento das remunerações devidas, ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento. Em ambas as situações, as verbas devem ser corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais (art. 4º, I e II, da L. 9.029/95).

Ao empregador está vedado, portanto, preterir um empregado em benefício de outro, se agir motivado pelo preconceito ou discriminação em face da *idade*. Ao trabalhador ofendido pela conduta proibida, se sofrer dano moral ou material, cabe ajuizar ação de indenização. Na falta de prova material do ato ilícito, os indícios (a prova indiciária) apontados pelo trabalhador poderão levar o julgador a presumir que seu acesso ao emprego, foi impedido por conduta discriminatória em razão da idade. Tal situação pode resultar em uma inversão do ônus da prova, transferindo ao empregador o encargo de convencer o julgador de que não agiu com preconceito ou discriminação, naquele caso concreto.

2.5 Discriminação em razão da pessoa portadora de deficiência

A discriminação contra a pessoa portadora de deficiência tem origens históricas. Sabe-se que era costume de alguns povos antigos eliminar aqueles que não tinham utilidade para o trabalho, ou para guerra. Ao Estado cabia eliminar as crianças, sempre que se mostravam fracas ou disformes, ao nascer.¹⁵⁰

Essas práticas não são mais observadas, no entanto, restaram desse passado histórico o preconceito, a discriminação e a indiferença,

¹⁵⁰ Eliminar aqueles que nasciam defeituosos era costume na Grécia e na Roma antiga.



de um mundo moldado para a perfeição, para com as pessoas portadoras de deficiência, que enfrentam a exclusão social, por não terem recebido formação adequada às suas limitações. Essas pessoas foram vítimas, por décadas, de tratamentos de cunho terapêutico que impediriam seu desenvolvimento pessoal e profissional. Assim, lhes foi negada a oportunidade de demonstrar suas capacidades de trabalho, que, mesmo nos casos em que são residuais apresentam, em regra, um grau elevado de adaptabilidade.¹⁵¹

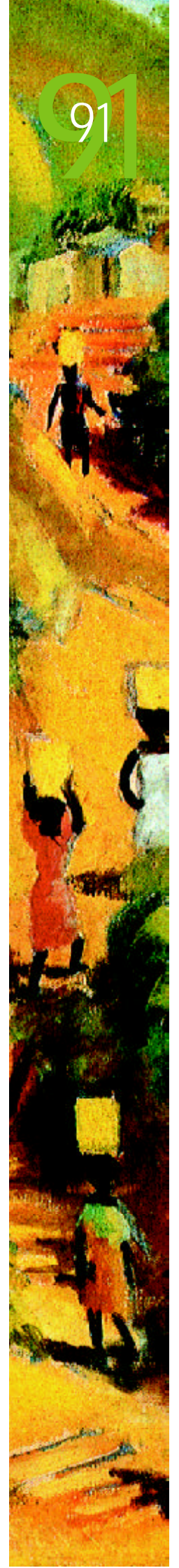
Com o aumento considerável do número de pessoas portadoras de deficiência, em virtude dos conflitos bélicos ocorridos no Século passado, do aumento dos acidentes automobilísticos e de trabalho, e da falta de assistência à saúde, a sociedade passou a exigir do Estado medidas de proteção que visagem a integração social desse grupo de pessoas fortemente discriminado, em virtude de processos históricos de exclusão. A partir de então, surgiram as políticas de inserção social da pessoa portadora de deficiência, que procuram criar condições que a igualem, em oportunidades e tratamento, às demais pessoas.

No caso brasileiro, a adoção de políticas de inserção social da pessoa portadora de deficiência se fez abdicando-se de um modelo clientelista, de proteção paternalista, que perpetuava o preconceito, uma vez que a pessoa com deficiência era considerada carente de piedade, em favor de uma política protetiva de direitos, que viria a privilegiar a saúde, a reabilitação, a educação profissional, voltada para as necessidades do mercado e do emprego.

O legislador brasileiro, diante da exclusão social da pessoa com deficiência, vítima do preconceito e da discriminação, se viu na contingência de criar regras de condutas obrigatórias para sua integração social, com pesadas sanções jurídicas, aplicadas aos seus descumprimentos. Essas regras conferem a posição de titular de direitos e garantias à pessoa com deficiência, assegurando-lhe o pleno exercício de sua cidadania.

Concebeu-se, assim, o direito à integração social da pessoa portadora de deficiência, que comporta o conteúdo de outros direitos,

¹⁵¹ Existe sempre um tipo de trabalho que a pessoa com deficiência pode realizar com competência e que lhe possibilite uma realização profissional. Educação profissional e colocação no trabalho. Federação das APAEs. Brasília: 1997 p. 13.



sem os quais não se completaria, isto é, abrange o direito à saúde, à educação, ao trabalho, ao transporte, à cultura, ao desporto e à igualdade, que vai informar as políticas de igualdade de oportunidades e de tratamento.

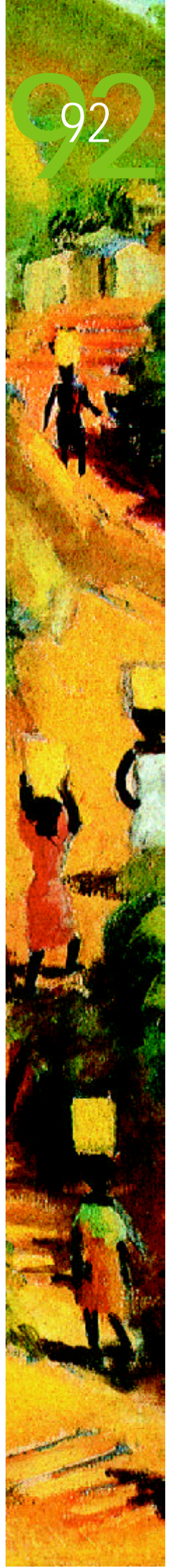
2.5.1 Aspectos jurídicos da proteção à pessoa com deficiência

O pressuposto de que a pessoa com deficiência necessita de proteção jurídica, para ter garantidas à sua inclusão e integração social, decorre da aplicação do princípio constitucional da igualdade, que assegura a todos o reconhecimento dos direitos fundamentais em igualdade de condições.¹⁵² Sob esse pressuposto, a proteção jurídica concedida à pessoa com deficiência se resume ao cumprimento do princípio da igualdade, seja quando apenas cuida de resguardar a isonomia de todos perante a lei, proibindo a discriminação, seja quando a distingue, em relação aos demais cidadãos, momento em que essa distinção é perfeitamente justificada pela dificuldade de integração social que ela apresenta.

Portanto, a proteção jurídica à pessoa com deficiência nada mais é do que a aplicação do princípio da igualdade no combate à discriminação e na promoção da igualdade de oportunidades. Só é possível entender essa proteção sob a aplicação do princípio da igualdade, que vai agir ao assegurar a igualdade de todos perante a lei, vedando a discriminação, ou ao colocar as pessoas com deficiência em situação protegida, benefício este justificado pela sua exclusão social.

Entendido de tal modo, o sistema de proteção à pessoa portadora de deficiência destina-se a promover a igualdade de oportunidades e de tratamento, na medida em que busca compensar as desigualdades sociais apresentadas por esse segmento da população. É o que se deduz da implementação de mecanismos como a fixação de percentuais mínimos obrigatórios de participação de pessoas com deficiência em cargos e empregos públicos (art. 37, VIII, da CF) e privados (art. 93, da Lei n. 8.213/91), cujos objetivos evidenciam a necessidade de

¹⁵² Só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas portadoras de deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade (Araújo. 1997: 44).



compensar desigualdades, através de políticas que visam promover a igualdade de oportunidades.

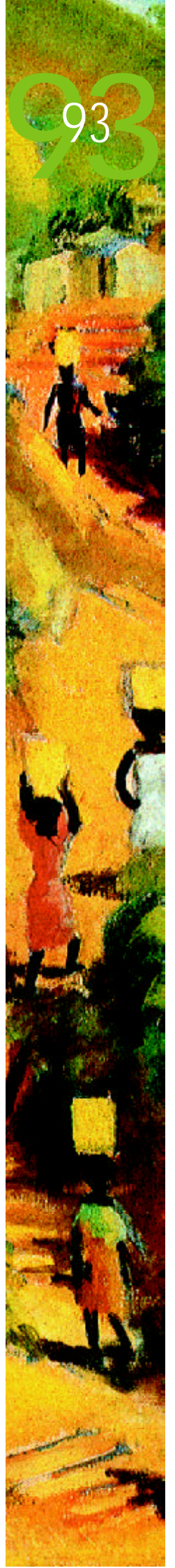
Assim, as políticas de inserção no trabalho da pessoa com deficiência devem ter como fundamento o princípio da igualdade de oportunidades. Essas políticas, embora desequiparadoras, não devem ser vistas como discriminatórias, pois são medidas especiais com a finalidade de atingir a igualdade (material) de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores com deficiência e os demais trabalhadores (Con. 159, da OIT).

2.5.2 Inserção da pessoa com deficiência no trabalho

Como aspecto relevante da proteção jurídica à pessoa com deficiência, aponta-se o tratamento diferenciado que ela recebe, quando de sua inserção no trabalho. Isso pode ocorrer nos termos de colocação competitiva, regulada pela legislação trabalhista e previdenciária, e de colocação seletiva que, embora deva ser realizada observando-se a legislação trabalhista e previdenciária, submete-se a procedimentos especiais, tais como jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, entre outros, considerados conforme o grau de deficiência apresentado pelo trabalhador (Dec. 3.298/99).

Tais modalidades de inserção no trabalho podem incluir a possibilidade de utilização de apoios especiais, consubstanciados na devida orientação, supervisão e ajudas técnicas que auxiliem ou permitam compensar as limitações motoras, sensoriais ou mentais, de modo que o empregado portador de deficiência possa superar as barreiras da mobilidade e da comunicação, o que vai possibilitar a utilização de sua plena capacidade laboral.

Outro aspecto de maior relevância dessa proteção é a reserva de mercado em favor da pessoa com deficiência. Essa é uma política afirmativa que busca promover a igualdade de oportunidades no acesso e na manutenção do emprego, fundada no conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Assim, a pessoa com deficiência tem seu ingresso no emprego garantido pela reserva de vagas, estabelecida pelo sistema de quotas de postos de trabalho na empresa privada.



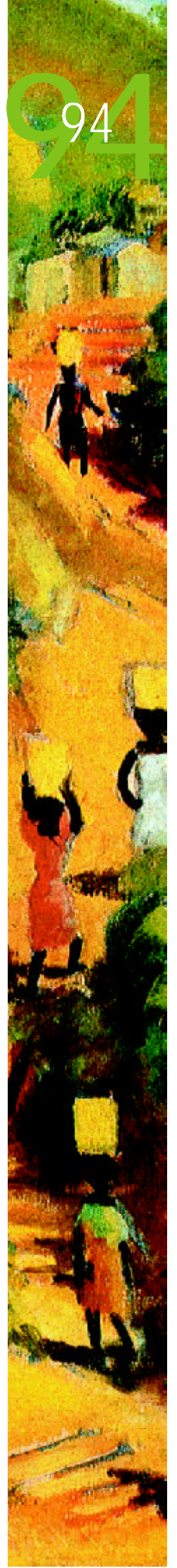
No serviço público, o ingresso da pessoa portadora de deficiência, nos cargos e empregos públicos, será por meio de concurso, ao qual concorrerá em igualdade de condições com os demais candidatos, estando-lhe, porém, reservado o percentual mínimo de 5% dos cargos e empregos, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portadora (art. 37, VIII, da CF/88). Já no setor privado, a reserva de vagas está estabelecida para as empresas com cem ou mais empregados, que deverão preencher de 2% a 5% de seus cargos com pessoas reabilitadas ou portadoras de deficiência (art. 93, da Lei 8.213/91).

Essas medidas, de natureza afirmativa, como preceitua a Convenção n. 159, da OIT, “têm a finalidade de atingir a igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores...”, e não devem ser vistas como discriminatórias. As empresas, quando obrigadas a preencher um percentual de seus cargos com o trabalhador reabilitado ou portador de deficiência, estão servindo de instrumento da política de integração social, que busca implementar o pleno exercício dos direitos da pessoa portadora de deficiência, por meio de ação afirmativa, justificada no princípio da igualdade.

A extensão dessa política protetora ao trabalhador reabilitado, isto é, aquele que após adquirir doença ocupacional ou seqüela por acidente do trabalho apresenta uma redução em sua capacidade laborativa, encontra-se também plenamente justificada pelas desvantagens que esse trabalhador apresenta frente aos outros trabalhadores, o que muitas vezes motiva sua despedida da empresa após o decurso do período da estabilidade, e dificulta seu reingresso ao mercado de trabalho.

O Repertório da OIT, sobre gestão de questões relativas à deficiência no local de trabalho, traz a convicção de que tanto a contratação de pessoas com deficiência, como a manutenção no emprego daqueles trabalhadores experientes que adquiriram uma deficiência, poderiam beneficiar a empresa, se esta estabelecer uma estratégia eficaz de gestão da deficiência que, dentre outras medidas, venha assegurar à pessoa com deficiência uma ocupação que corresponda às suas habilidades e capacidades residuais.¹⁵³

¹⁵³ Gestões de questões relativas a deficiência no local de trabalho. Brasília: .OIT, 2004.



2.5.3 Pessoa com deficiência como sujeito da proteção legal

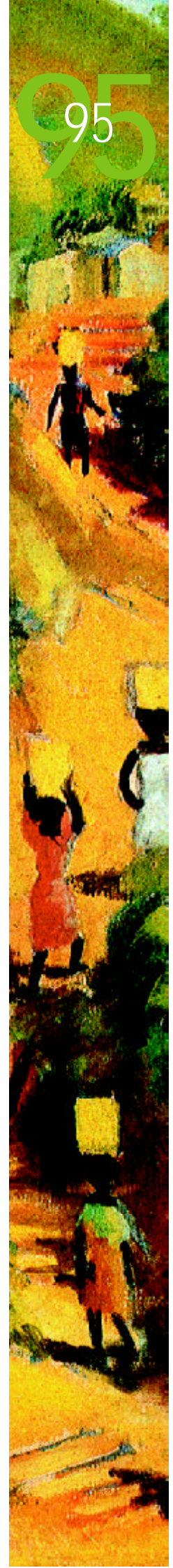
A noção de pessoa com deficiência está associada a determinado grau de incapacidade para o desempenho de atividades, confrontado com certo padrão de normalidade. Não se pode, portanto, realizar uma análise isolada da situação, sem que contemple a deficiência frente à tarefa ou atividade a ser desenvolvida.

Conforme definição apresentada no Repertório da OIT, sobre gestões de questões relativas à deficiência no local de trabalho, a pessoa com deficiência é aquela cujas perspectivas de obter um emprego apropriado, reassumi-lo, mantê-lo, e nele progredir, são substancialmente reduzidas, em virtude de deficiência física, auditiva, visual, mental ou múltipla, devidamente reconhecida, e agravadas pelas dificuldades locais de inclusão no mundo do trabalho.

Dessas noções, deduz-se que, somente observada a relação entre a tarefa a ser realizada e o grau de incapacidade para de seu desempenho e, ainda, as perspectivas substancialmente reduzidas de inclusão, manutenção e progressão no mundo do trabalho, pode-se aferir a alguém a qualidade de pessoa com deficiência.

Existe, ainda, o conceito disposto na legislação brasileira, que, ao assumir como paradigmas as normas internacionais, diz ser deficiência “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (art. 3º, I, do Dec. 3.298/99).

É preciso, portanto, que a deficiência gere incapacidade, vista como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, para que a pessoa seja objeto da proteção jurídica. Entretanto, esta será assegurada em conformidade com sua qualidade de deficiente. Assim, as pessoas com deficiência, mas sem habilitação para o trabalho, e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção, ou tê-la provida por sua família, têm, assegurada pela Constituição, a garantia de um salário mínimo mensal (art. 203, V, da CF/88). Enquadra-se, nessa proteção, a pessoa com deficiência, incapacitada para o trabalho e para vida social independente, em razão de deficiência permanente que não permite recuperação, cujo quadro clínico seja irrecuperável, apesar de novos tratamentos.



Somente tem sua integração social garantida pela via do trabalho a pessoa com deficiência habilitada, isto é, aquela com educação profissional ou curso superior devidamente certificado. Considera-se também habilitada a pessoa com deficiência que tenha capacidade para o exercício da função, o que a torna beneficiária da reserva de vagas de trabalho nas empresas privadas (art. 36, d 3º, do Dec. 3.298/99).

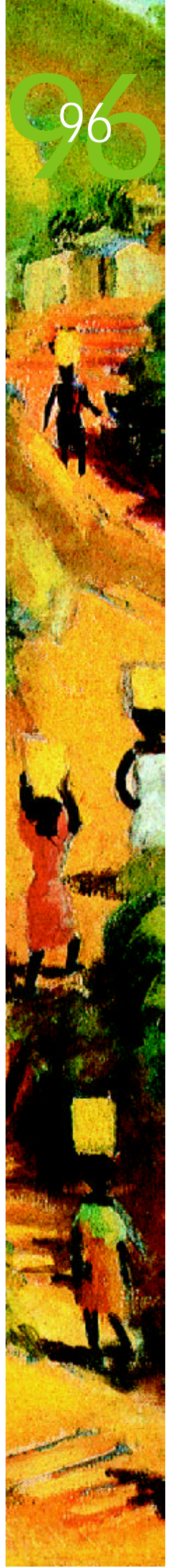
É de suma importância a preocupação do legislador em equiparar a capacidade para o exercício da função à habilitação. Este demonstrou estar atento aos aspectos relativos ao potencial de trabalho da pessoa com deficiência, e não apenas à sua habilitação formal. Diante disso, acredita-se que todas as possibilidades de investigação da capacidade para o trabalho da pessoa com deficiência devem ser esgotadas pela equipe multiprofissional que a avalia, antes de julgá-la inapta. Os critérios de avaliação devem considerar as potencialidades inerentes a essa pessoa, que a torna apta e capaz para o trabalho, e não suas limitações, não podendo estas constituir impedimentos ao ingresso, à continuação da prestação de serviço, ou sua progressão no emprego, sempre que sua capacidade residual permita o exercício da função ofertada.¹⁵⁴

Desse modo, os procedimentos de admissão da pessoa portadora de deficiência não poderão resultar em recusa, sem justa causa, do emprego ou trabalho, por motivo derivado da deficiência, sob pena de caracterizar o crime tipificado no art. 8º, inc. III, da Lei 7.853/89. Os critérios seletivos devem observar o princípio da não-discriminação, para que, no ato de contratação da pessoa com deficiência, seja assegurado que os candidatos ao emprego serão avaliados unicamente com base em suas capacidades.

Os testes seletivos devem ser centrados nas habilidades específicas ou nas capacidades para o desempenho da função que está sendo ofertada (Repertório. Brasília: OIT, 2004). Portanto, a pessoa com deficiência não poderá sofrer qualquer discriminação no tocante a critérios de admissão e nem tampouco referente a salário (art. 7º, XXXI, da CF/88), sob pena de ofensa ao princípio da igualdade.

Pode-se daí deduzir que é conduta ilícita a adoção, pela empresa, de critérios seletivos desproporcionais à vaga ofertada à pessoa

¹⁵⁴ Coutinho. 2003: 78.



portadora de deficiência. Sob essas considerações, é, por exemplo, totalmente descabida a prática da exigência de 2º grau completo para funções de empacotador, estoquista, porteiro, assim como outras exigências desarrazoadas adotadas pelas empresas, quando da contratação de pessoa com deficiência. Entende-se que as empresas que assim agem estão negando, sem justa causa, emprego ou trabalho à pessoa com deficiência, o que poderá ser configurado como crime.

A habilitação da pessoa portadora de deficiência, bem como sua capacidade para o desempenho da função, são os pressupostos essenciais que a tornam apta ao preenchimento dos cargos destinados pelas empresas obrigadas ao sistema de quotas. São esses pressupostos, reunidos à qualidade de pessoa com deficiência, que determinam o sujeito da proteção legal, com o objetivo de sua inclusão ou integração social.

Considerando que foi respeitada a condição de habilitação ou capacitação da pessoa portadora de deficiência para o trabalho, esta não poderá sofrer qualquer discriminação, em relação a nenhum dos aspectos do contrato de trabalho. A aplicação da regra da igualdade incidirá sempre que houver habilitação ou capacitação para o exercício da função, ou quando da necessidade de promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre os trabalhadores.

A pessoa com deficiência não pode ter vetado o seu emprego em virtude de sua deficiência. Para que isso ocorra, há de haver correlação lógica entre o cargo ofertado e a incapacidade demonstrada por essa pessoa. É preciso, pois, conhecer o alcance do conceito de pessoa portadora de deficiência para que se possa identificá-la como sujeito da proteção legal que lhe garantirá plena integração na sociedade.

O empregado portador de deficiência goza, ainda, da proteção, sem prazo certo, da estabilidade provisória do emprego. É o que se deduz do disposto no d 1º, do art. 93, da lei 8.213/91, que condiciona a dispensa do empregado portador de deficiência à contratação de outro em condições semelhantes, de modo que o limite da cota mínima permaneça sempre preenchido.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Trata-se (...) de estabilidade provisória sem prazo certo, pois terá duração até a admissão de outro trabalhador em condição semelhante, mesmo assim quando a cota mínima estiver preenchida (Viana e Renault. 2000: 148).



2.6 Discriminação em razão da saúde do trabalhador

As doenças, principalmente as incuráveis, sempre alimentaram o preconceito social contra seus portadores. Inclusive serviam de motivo, até pouco tempo, para as práticas de segregação social que vitimavam os hansenianos e os infectados com o vírus da tuberculose.

A exclusão radical, do convívio social, das pessoas doentes, não se verifica nos tempos atuais; mais pelos avanços da ciência do que pela redução do preconceito, pois, os fenômenos do preconceito e da discriminação se mostram ainda de forma significativa em relação às vítimas de doenças estigmatizadas.

No âmbito do trabalho, também se percebe certa evolução na conduta adotada para com o trabalhador doente. A doença do trabalhador, no período em que as relações de trabalho eram regidas pelo direito civil, era tomada como causa dissoluta ou suspensiva do contrato de locação de serviço. Somente com o surgimento do Direito do Trabalho, as enfermidades deixaram de constituir-se forma de descumprimento de obrigação. A partir daí, procurou-se, por meio da legislação trabalhista e previdenciária, garantir o emprego e o salário, mesmo sem a efetiva prestação de serviços por parte do empregado acometido de doença.

Contudo, a nova ordem jurídica trabalhista, protetora do emprego e do salário do empregado, não foi capaz de impedir que o empregado doente enfrentasse o preconceito ou discriminação, mesmo que seu quadro clínico não comprometesse sua capacidade laboral, nem, tampouco, colocasse em risco a integridade física de seus colegas de trabalho, como é o caso dos trabalhadores hansenianos, portadores do vírus HIV/Aids e acometidos de LER/DORT.¹⁵⁶

Nesse contexto, o trabalhador soropositivo parece ser o mais afetado, devido ao estigma social que o acompanha. Mesmo que se saiba não ser a soropositividade empecilho à prestação de serviço, podendo o empregado contaminado com o vírus HIV desempenhar sua atividade laboral, sem risco para o ambiente de trabalho, sem dúvida, esse trabalhador é o mais vitimado pela discriminação; seja por ocasião

¹⁵⁶ LER (lesões por esforços repetitivos) e DORT (distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho).



do acesso ao emprego ou durante a execução do contrato de trabalho e, até mesmo, no momento de sua rescisão.

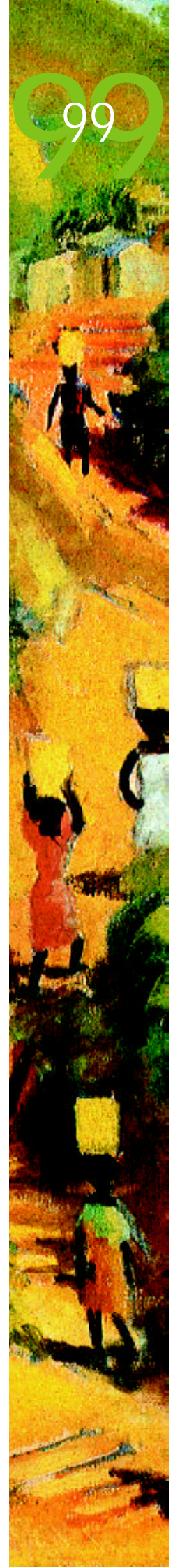
É certo que, reconhecida a capacidade laboral do trabalhador, é necessário manter certos cuidados. Sobretudo, quando sua ocupação oferece risco de contaminação, como é o caso de enfermeiros, dentistas e cirurgiões, que se encontram em contato permanente com sangue humano e fluido corpóreo. Nessas circunstâncias, deve-se adotar medidas adicionais de proteção contra incidentes ocupacionais, de modo a garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável, por meio da aplicação das Precauções Universais, como recomenda a OIT.

A discriminação do empregado soropositivo levada ao extremo, não só pelo estigma que acompanha a doença, quanto pela desinformação sobre sua transmissão e contágio, além de impedir ou limitar seu acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, é um obstáculo à adoção de políticas de prevenção e assistência, no local de trabalho. Tais políticas objetivam, por meio do apoio ao empregado contaminado, a eliminação de condutas discriminatórias e a adoção de medidas de proteção contra incidentes ocupacionais, que vêm garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável.

É preciso evitar que o fenômeno da discriminação seja mais um fator de exclusão do trabalhador do mercado de trabalho, onde já se encontra marginalizado pelo desemprego. Não se deve admitir que o trabalhador também seja excluído em face de seu estado de saúde, notadamente o portador do vírus HIV/AIDS, pois os riscos de contágio são perfeitamente controláveis, e inúmeras as atividades podem ser exercidas por ele.

O trabalhador soropositivo, desde que esteja apto para o trabalho, não deve sofrer qualquer impedimento ao acesso ou à continuidade da relação de emprego. O empregador que age com preconceito, discriminação, ou desinformação, em relação ao empregado portador do vírus HIV/AIDS pratica conduta discriminatória. Se da conduta resultar a rescisão do contrato de trabalho, tal ato se constitui em dispensa arbitrária, mesmo que se reconheça o poder do empregador de rescindir o contrato de trabalho.

O Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho (Brasília: OIT, 2001) expõe como dever dos



empregadores implementar medidas de proteção à discriminação em relação ao HIV/Aids, e não permitir qualquer política de pessoal, ou qualquer outra prática que discrimine os empregados infectados ou afetados pelo HIV/Aids. Segundo tais recomendações, os empregadores não devem “exigir estudos ou testagem de HIV/Aids (...), cabendo-lhes “assegurar que o trabalho seja desempenhado livre de discriminação ou estigmatização por situações reais ou supostas de HIV (...), e estimular as pessoas com doenças relacionadas ao HIV e Aids a trabalhar enquanto forem clinicamente aptas para o trabalho”.¹⁵⁷

Traz, ainda, o Repertório de Recomendações, um elenco de “princípios-chave” que devem ser observados no trabalho em relação aos portadores do vírus HIV/AIDS, a saber: princípio da não-discriminação, da igualdade de gênero, do ambiente de trabalho saudável, da confidencialidade, da prevenção, assistência e apoio, e da continuidade da relação de trabalho. Conforme o Repertório, a infecção pelo vírus HIV não deve ser motivo para o término do contrato de trabalho. As pessoas com doenças relacionadas ao vírus HIV devem poder trabalhar, desde que sejam clinicamente aptas para o trabalho adequado.

A LER/DORT, ao contrário da Aids e da Hanseníase, não é uma doença contagiosa, mas uma doença ocupacional, adquirida em face das condições de trabalho. Mesmo assim, ela traz ao empregado acometido grande sofrimento, pela dificuldade em fazer ouvir suas queixas que, se atendidas, poderiam resultar em diagnóstico inicial, ou em condutas preventivas e curativas, sob a recomendação e orientação de um tratamento adequado.¹⁵⁸ No entanto, em regra, a empresa prefere negar a situação de doença do empregado, ao insinuar que ele está simulando os sintomas, ou que estes não têm relação com o trabalho realizado.

Desse modo, o empregado acometido de LER/DORT vê-se vítima de discriminação, ao ser submetido a tratamento desigual no trabalho,

¹⁵⁷ Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho, Oficina Internacional del Trabajo, Secretaria Internacional do Trabalho, Brasília, 2001.

¹⁵⁸ A maioria dos casos teria bom prognóstico, caso o diagnóstico fosse realizado precocemente, o tratamento iniciado de imediato e houvesse modificação no posto de trabalho/atividade e/ou função, desde as fases iniciais da doença, evitando-se a cronificação (Carvalho Neto e Amorim Salim. 2001: 134).



em virtude de ser visto, de início, como dissimulado, mais tarde, como improdutivo e, muitas vezes, como culpado em desenvolver sua própria doença. Com efeito, a empresa, ao procurar desviar a questão de suas verdadeiras causas, tem a pretensão de negar que a gênese das doenças configuradas como LER/DORT encontra-se no modo como se organiza o trabalho. Isto é, decorre das condições especiais em que o trabalho é realizado, as quais contêm riscos elevados de provocar o seu surgimento.¹⁵⁹

O trabalhador acometido de LER, que é afastado do emprego para tratamento, enfrenta grandes dificuldades na busca de seus benefícios previdenciários. Estes estão vinculados à confirmação do nexos causal (doença relacionada com as condições do trabalho), do nexos técnico¹⁶⁰ (se a doença foi adquirida na empresa) e, ainda, à verificação do dano à saúde. Esse empregado incapacitado para o trabalho, se após reconhecida sua doença, passar por processo de reabilitação, ao retornar à empresa é excluído do trabalho, sob o argumento de que não existe na organização uma atividade compatível com sua capacidade residual, a despeito de sua estabilidade.

Esse quadro nebuloso segregava o trabalhador vitimado pela LER, sob o estigma de ser um incapacitado para o trabalho, e para as mais mezinhas atividades da vida cotidiana.¹⁶¹ É comum o trabalhador que adquiriu LER, ao ser excluído do trabalho, não contar com qualquer benefício, visto as dificuldades enfrentadas na obtenção do diagnóstico,¹⁶² que necessita estar associado ao nexos causal da doença, relacionada às condições ocupacionais.

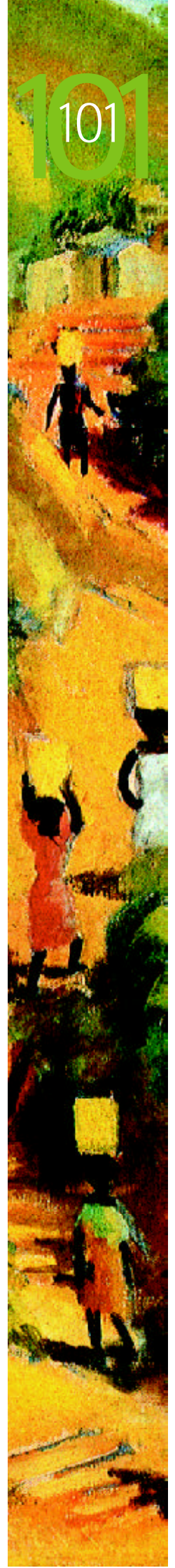
Ao esvaziar a relação existente entre essas patologias e as condições do trabalho, procurando atribuí-las a manifestações

¹⁵⁹ Referente às LER existe um “esforço” claramente ideológico, no sentido de mascarar o nexos dessas doenças com certas atividades profissionais, através da tentativa de culpar o próprio doente e de desviar a discussão das verdadeiras causas: as transformações impostas no mundo do trabalho, no decorrer dos últimos anos (Viana e Renault. 2000: 117)

¹⁶⁰ Nexos técnico é a relação do atual posto de trabalho com a etiologia da doença, ou seja, a relação entre o atual ambiente de trabalho e o surgimento da doença.

¹⁶¹ Essa patologia incapacita a pessoa não apenas para o trabalho. Mas para as mais diversas atividades, no cotidiano de sua vida privada (Carvalho Neto e Amorim Salim. 2001: 129).

¹⁶² ...as LER são diagnosticadas, principalmente através de evidências clínicas e não atingem de forma homogênea os indivíduos expostos aos fatores de risco (Viana e Renault. 2000: 117).



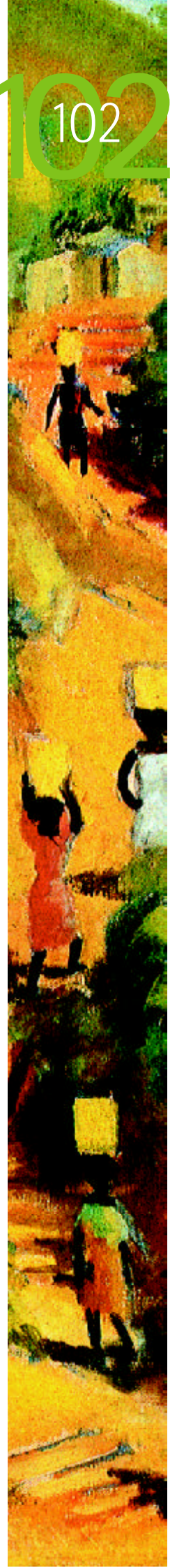
psicossomáticos (histeria), reumatológicas e, até mesmo, à simulação, o empregador faz que a doença assuma dimensões pessoais e, desse modo, procura desvinculá-la do mundo do trabalho.¹⁶³ O trabalhador, ao se ver responsabilizado por sua própria doença, sente-se isolado, sem forças para a defesa de seus direitos, e acaba por apresentar quadros graves de depressão.

O trabalhador também passa a enfrentar discriminação quando apresenta um quadro de surdez ocupacional decorrente do ruído ambiental no trabalho. Esta embora admitida, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, o atestado de saúde ocupacional, em regra, indicará que o empregado com perda auditiva, encontra-se apto para função que exerceu. Considera-se onexo causal, mas atesta-se que o trabalhador tem condições de realizar sua tarefa e encontra-se apto ao trabalho. Acontece que, ao retornar ao mercado de trabalho na busca de um novo emprego, esse trabalhador, que não é considerado doente, para efeito de benefícios previdenciários, por lhe restar capacidade laborativa, vê-se alijado do mercado de trabalho, sob alegação de inapto, em razão da perda auditiva adquirida, começando, daí, a ser vítima da discriminação.

2.6.1 Aspectos jurídicos

Devido à inexistência na legislação trabalhista de norma que assegure estabilidade ao trabalhador acometido de doença, a dispensa imotivada sofrida por ele, quando levada a juízo, tem sido submetida a decisões que indicam posições doutrinárias contrárias, quanto ao direito à reintegração. Essa situação é fartamente observada nas decisões dos tribunais, quando do questionamento em juízo das demissões sem justa causa do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS, e algumas dessas firmam o entendimento de que:

¹⁶³ É interessante observar que essas tentativas de esvaziamento do conteúdo ocupacional dessas patologias preenchem um amplo leque que vai da identificação das LER com doenças reumáticas (sem qualquer nexocomo o trabalho), passando pela sua vinculação à fenômeno puramente históricos até chegarmos aos discursos mais sofisticados que tentam associá-las com processos psicossomáticos (Viana e Renault. 2000: 118).



Nem a Constituição Federal, nem a Lei Ordinária (Lei n. 9.029/95) contemplam o empregado portador do vírus HIV com qualquer garantia de emprego ou estabilidade. Assim a constatação de eventual prática discriminatória no despedimento autoriza a compensação com indenização em razão do dano moral, mas jamais a reintegração (TRT 2º R. Ac. 10ª T, n. 7.185/96, 15.01.96, Rel. Juíza Maria Inês Santos Alves da Cunha).

Carece de ação reclamante que pretende sua reintegração no emprego alegando ser portador do vírus da AIDS, por impossibilidade jurídica do pedido (TRT 2ª Reg., no RO n. 02950400757, Ac. Da 1ª T n. 02970090370, Rel. Braz José Mollica).

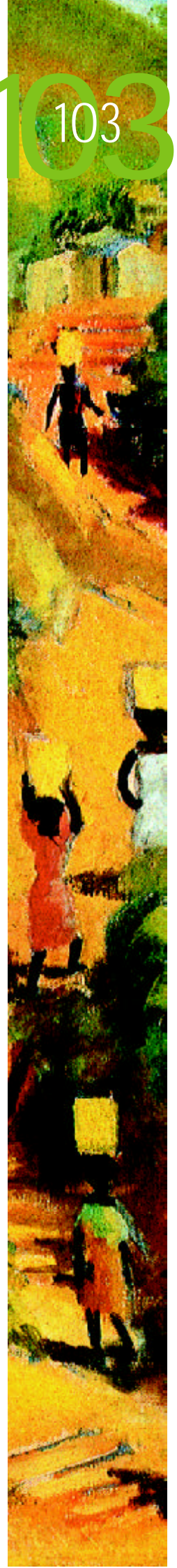
Fundam-se, tais decisões, na alegativa de que não existe no ordenamento jurídico legislação específica que garanta estabilidade ao trabalhador doente.¹⁶⁴ Nesses casos, entendem os doutos julgadores que, concedendo estabilidade no emprego ao portador do vírus HIV/AIDS, teriam de reconhecer,

... por questão de pura justiça, idêntica estabilidade a todos os portadores de outras doenças infecto-contagiosas que ainda hoje são consideradas infamantes, isto é, enfermidades cujos portadores dos vírus são segregados e discriminados pela humanidade... (TST, no RR n. 287010/1996, Ac. da 5ª T., Rel. Min. Nelson Antônio Daiha)

Contudo, outras posições, por vezes mais numerosas, têm considerado, ainda que referentes aos trabalhadores soropositivos, que a discriminação, no caso de demissão sem justa causa, é presumida, quando da dispensa o empregador conhecia da contaminação. Havendo prova, portanto, de que o empregador tinha ciência da doença, o empregado não deve ser dispensado imotivadamente, sob pena de se ter por confirmada a conduta discriminatória.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Art.5o, II, da CF/88. "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

¹⁶⁵ Os direitos à vida, à dignidade e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhador contaminado com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais... (Martins de Souza. Justiça do Trabalho, n. 212, 08/01: 19).



O que vai proibir essa prática discriminatória e limitativa à manutenção da relação de trabalho são os preceitos constitucionais (art. 1º, incs. III e IV, 3º, inc. IV, 5º, caput e inc XLI, da CF/88), enquanto o direito a reintegração está garantido pela Lei 9029/95 (art. 4º), embora essa não faça referência explícita ao estado de saúde do trabalhador como critério discriminativo. Também é nessa norma que se busca a sanção imposta ao empregador em razão do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, ou seja, a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas ao trabalhador, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (art. 4º, I e II).

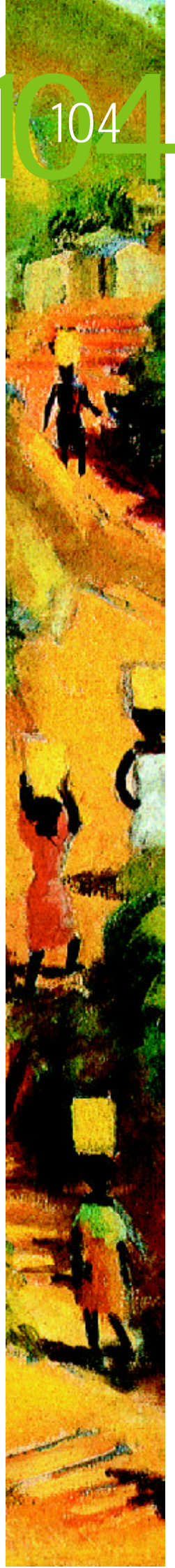
Nesse sentido, tem-se a decisão:

Aids - Portador de HIV tem Direito à Estabilidade no Emprego - Dispensa Imotivada Presumida Discriminatória - Reintegração Determinada - Os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais insculpidos nos arts. 1º, incs. III e IV, 3º, inc. IV, 5º caput e inc. XLI, 170, e 193. A obreira faz jus a estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada a despedida arbitrária (art. 7º, inc. I, da Constituição Federal). Reintegração determinada enquanto apta para trabalhar. Aplicação dos art. 1º e 4º, inc. I, da Lei 9.029/95... (TRT, 15ª R., RO n. 4.205/1999-9, Acórdão n. 29.060/2000 da 3ª T, Rel. Juiz Mauro Cesar Martins de Sousa).

As decisões, nesse sentido, envolvendo o empregado portador de HIV/Aids são várias, a saber:

Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 a proíbe. A saúde, também por força constitucional, é direito de todos. Assim, a dispensa imotivada do aidético (...) constitui triste exemplo de discriminação (TRT 3º Reg. /MS 76/93).

Nessa mesma direção, nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, encontram-se acórdãos que reconhecem ser arbitrária e



discriminatória a despedida do empregado soropositivo, muito embora considerem a inexistência de preceito legal que garanta a estabilidade do empregado portador da síndrome da Aids.

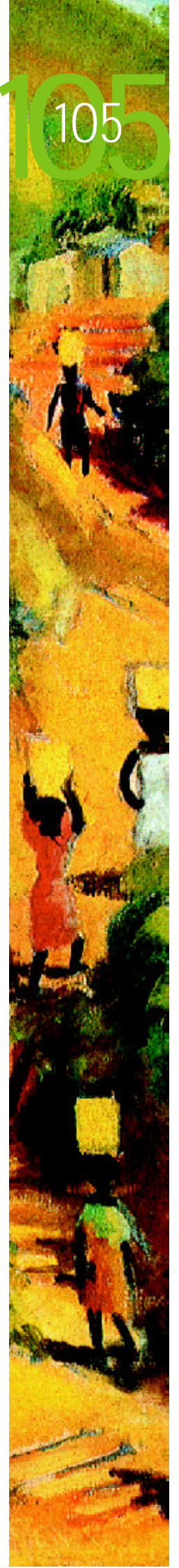
São exemplos:

Reintegração - Empregado Portador do Vírus da Aids - Não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV - Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do art. quinto da Constituição Federal (TST, nos ERR n. 205359/1995, Ac. da SBDI 1, Rel. Min. Leonardo Silva).

Reintegração - Empregado Portador do Vírus da Aids - Caracterização de Despedida Arbitrária - Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome de imunodeficiência adquirida, ao Magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetido. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil (TST/RR 21.7791/95, Ac. n., 3.473/97, 2T., Min. Rel. Valdir Righetto).

De tal modo, os tribunais assumem, com decisões desse teor, a presunção de que o empregador, ao dispensar o empregado portador do vírus HIV/Aids, sabendo dessa circunstância, praticou ato discriminatório.

Entende-se, ademais, que a dispensa imotivada do trabalhador acometido de Aids constitui-se impedimento ao gozo dos direitos previdenciários (aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença, dispostos na Lei 7.670/88). Também se pode deduzir dessas decisões que, enquanto apto para o trabalho, o empregado faz jus à estabilidade no



emprego, uma vez que se encontra vedada a despedida arbitrária (art. 7º, I, da CF) e discriminatória. Observadas essas condições, deve ser mantida a relação de emprego até que, na impossibilidade de desempenho de suas tarefas, o empregado seja considerado inapto e, a partir de então, possa contar com os benefícios previdenciários.

Usando desse argumento, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu, em dissídio coletivo, sobre a juridicidade de cláusula que garante a estabilidade provisória no emprego ao empregado soropositivo.

Dissídio Coletivo - (...) Jurídica a cláusula de estabilidade provisória no emprego ao empregado portador do vírus da Aids até seu afastamento pelo INSS, salvo na hipótese de falta grave ou mútuo acordo entre empregado e empregador, com assistência do sindicato da categoria profissional. (TST, RODC n. 113850/1994, ac. da SDC, Rel. Min. Almir Pazzianoto Pinto).

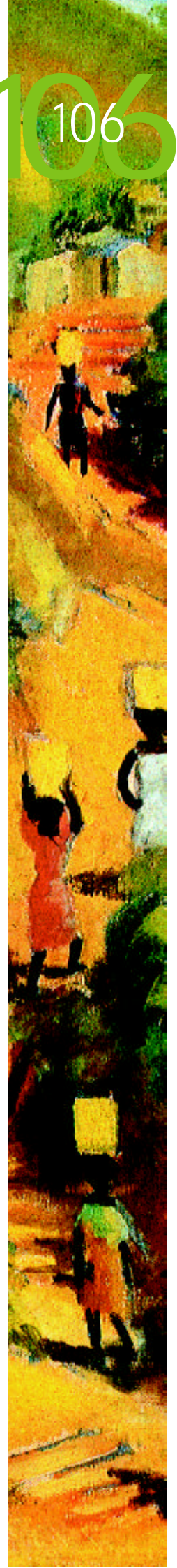
Acredita-se que argumentos análogos, fundamentados no princípio da igualdade, possam ser usados para afastar a discriminação em razão da saúde do trabalhador,¹⁶⁶ qualquer que seja a doença que o tenha acometido. Desde que esteja apto para o desempenho de suas funções laborais, o trabalhador não poderá sofrer discriminação que tenha como efeito impedir ou limitar o acesso à relação de emprego ou sua manutenção.¹⁶⁷ “Salvo justo motivo, o emprego ficará assegurado enquanto o trabalhador estiver habilitado para tanto”.¹⁶⁸

Sob essa compreensão, a reintegração do trabalhador doente tem sido admitida, em muitos casos, via liminar em reclamações, com antecipação de tutela, que objetiva “*conjurar o perigo de dano irreparável advindo do retardamento da solução definitiva da reclamação*” (TST, no ROMS n. 458240, Ac. da SBDI 2, Rel. Min. João Oreste Dalazen).

¹⁶⁶ A regra da igualdade formal condena a discriminação baseada nas condições de saúde do trabalhador, objetivando valorizar o ser humano, em respeito aos seus direitos fundamentais. (...) O trabalhador, desde que em condições de suportar as tarefas relacionadas a sua função, não pode sofrer discriminação... (Souza, op. cit., p. 19)

¹⁶⁷ art. 1o , da Lei 9029/95.

¹⁶⁸ Souza. Op. cit., p. 19.



Considera, eminente julgador, que:

(...) Entre o constrangimento de uma reintegração forçada liminar e sua possível reversão posterior, deve-se prestigiar a primeira, seja porque atende à finalidade de sobrevivência do trabalhador, de sua família e de sua dignidade, seja porque é moralmente mais justo trabalhar e ganhar do que só auferir a indenização compensatória, exclusivamente monetarista... (TRT 15ª Reg., no MS n. 356/1999, ac. 113/2000-A da Seção Especializada, Rel. Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Sousa).

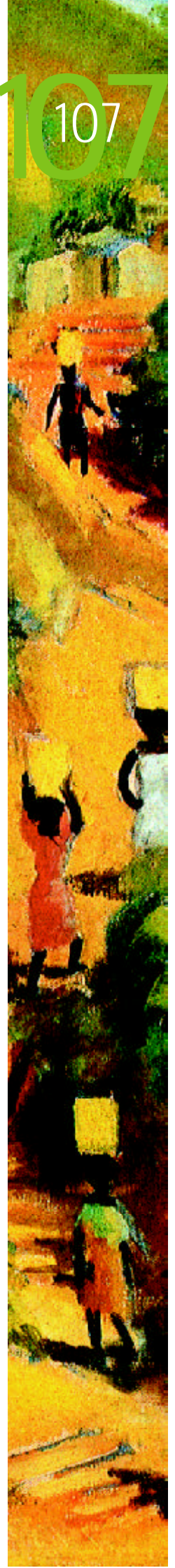
Quanto aos aspectos jurídicos da proteção à intimidade do trabalhador, o empregador não deve, por ocasião do exame admissional e periódico, pretender seja investigada sua possível qualidade de enfermo. Esse procedimento tem em vista apenas avaliar a “capacidade ou aptidão física e mental do empregado para função que deva exercer” (d 2º, do art. 168, da CLT), e não deve servir de instrumento para práticas discriminatórias e limitativas do acesso ao emprego, ou sua manutenção.

O empregado tem o direito de não revelar sua condição de saúde, e o médico que presta serviço à empresa está proibido, por norma ética do Conselho Nacional de Medicina, de fazer conhecer o diagnóstico do empregado, ou trabalhador em processo seletivo, inclusive ao empregador, cabendo-lhe, tão somente, informar sobre a capacidade laborativa do mesmo.¹⁶⁹ O trabalhador encontra-se protegido pelo direito à intimidade, garantido pela Constituição Federal, que também fundamenta a vedação de teste anti-HIV, exigido pelas empresas, em flagrante descumprimento à ordem jurídica.¹⁷⁰

O teste sorológico é apontado pelo Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre HIV/Aids como uma conduta que lesa os “direitos humanos e a dignidade dos empregados”. Esse documento ainda insiste que a confidencialidade da informação “deve ser mantida”, só podendo ser revelada “se legalmente solicitada, ou com o consentimento da pessoa em questão”.

¹⁶⁹ O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica (art. 168, d 5º, da CLT).

¹⁷⁰ É sabido que algumas empresas durante o processo seletivo exigem do candidato carteira de doador de sangue a partir do que eliminam trabalhadores enfermos.



Considerando-se o exposto, parece não haver dúvida de que a discriminação em razão do estado de saúde do trabalhador faz com que ele experimente desvantagens sociais e ocupacionais relevantes. No caso específico do trabalhador soropositivo, hanseniano ou portador de LER/DORT, a informação sobre a doença e seus diversos estágios é um instrumento valioso no combate ao estigma e ao preconceito, que associado ao implemento de medidas que visem eliminar a discriminação, poderá resultar no reconhecimento de direitos ao trabalhador acometido de doença.¹⁷¹

2.7 Discriminação em razão do acidente do trabalho

O acidente de trabalho ocorre quando, pelo exercício do trabalho, a serviço da empresa, o empregado sofre lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte, perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho (art. 19, da Lei 8.213/91).

É considerada acidente do trabalho a doença profissional, assim entendida como a doença produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho, peculiar a determinada atividade, e ainda a doença do trabalho (ocupacional), que seria a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado, e que com ele se relacione diretamente (art. 20, I e II, da Lei 8.213/91).

Também se equiparam ao acidente do trabalho aqueles acidentes ligados ao trabalho (embora este não seja a única causa), os ocorridos no local e horário de trabalho, a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade, e o sofrido fora do local e horário de trabalho, na execução de ordem ou serviço, em viagem a serviço da empresa, ou no percurso da residência para o local de trabalho, ou deste para aquela (art. 21, da Lei 8.213/91).

As situações entendidas como acidente do trabalho, portanto, deverão estar relacionadas com o trabalho, ocorrendo ou não no local ou no horário de trabalho, ou serem decorrentes das características da

¹⁷¹No espírito do trabalho decente e em respeito aos direitos humanos e à dignidade das pessoas infectadas ou afetadas pelo HIV/Aids, não deve haver discriminação contra empregados com base em situação real ou presumida de HIV. A discriminação e a estigmatização das pessoas que vivem com HIV/Aids inibem os esforços para a promoção da prevenção contra HIV/Aids (Brasília: OIT, 2004).

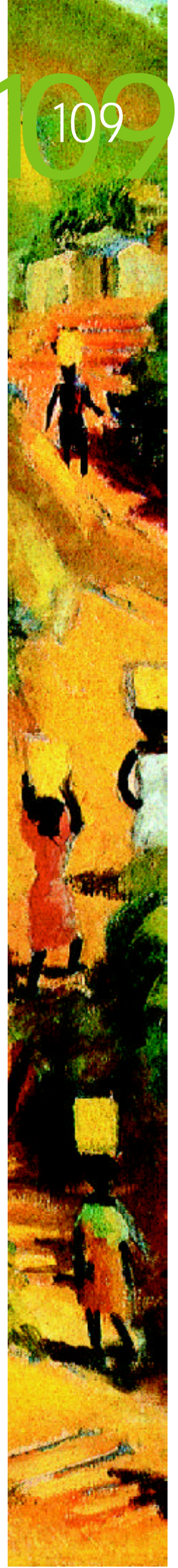


própria atividade profissional ou, ainda, de doença profissional ou do trabalho, na qual o risco ocupacional não está implícito, sendo, portanto, produzidas, adquiridas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade, ou em função de condições específicas em que o trabalho estaria sendo realizado.

Quando ocorre de o empregado sofrer uma lesão grave que elimine totalmente sua capacidade laborativa, este, por orientação de uma equipe multidisciplinar que atestará sua incapacidade para qualquer trabalho, irá requerer sua aposentadoria por invalidez. Se, no entanto, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela, manifestada em uma redução da capacidade laborativa, o empregado terá direito a receber auxílio-acidente (art. 86, da Lei 8.213/91), durante toda a sua vida, cessando apenas diante de sua morte, ou por ocasião de sua aposentadoria, sendo devido a partir do término do auxílio doença acidentário (d 2º, do art. 86, da Lei 8.213/91).

É justamente esse trabalhador, vítima de acidente do trabalho, a quem restou capacidade laboral reduzida, que se torna objeto de condutas discriminatórias, manifestadas por ocasião da busca de seus direitos trabalhistas ou previdenciários. A despeito de ter reconhecido sua estabilidade pelo prazo mínimo de 12 meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário (art.118, da Lei 8.213/91), independentemente de percepção de auxílio-acidente, o empregado contará com inúmeras dificuldades, quando do retorno ao trabalho. Será visto como improdutivo, se para exercer a mesma atividade que antes o fizer com maior esforço, ou com adaptações que acarretem custos para a empresa, ou apresentar queda de produtividade.

Se, contudo, a redução de sua capacidade de trabalho impedir o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, quando do retorno à empresa, após reabilitação profissional, dificilmente lhe será ofertada uma função compatível com sua capacidade residual. O empregador, em regra, costuma *devolvê-lo* para Previdência sob a alegativa de que não existe na sua empresa uma atividade para o qual foi reabilitado. Observa-se, nessa situação, que o empregador tenta impedir a manutenção da relação de emprego, em face do acidente do trabalho, que fez por reduzir a capacidade laborativa do empregado, agora visto como um ser incompatível com os objetivos da organização.



No caso em que o acidentado do trabalho é um empregado acometido de LER, as discriminações se tornam mais visíveis, diante da dificuldade que ele encontra em ver reconhecida sua doença, que o faz passar muitas vezes por histérico, ou alguém que está simulando sintomas, atribuindo-se a origem de suas queixas a “processos psicológicos”. Isso porque o diagnóstico das LERs tem se mostrado de significativa complexidade para os profissionais que lidam com saúde ocupacional. Esse, quando no estágio inicial da doença, torna-se essencialmente clínico baseado nas queixas do empregado, pois nem sempre é possível sua confirmação através de exames complementares.

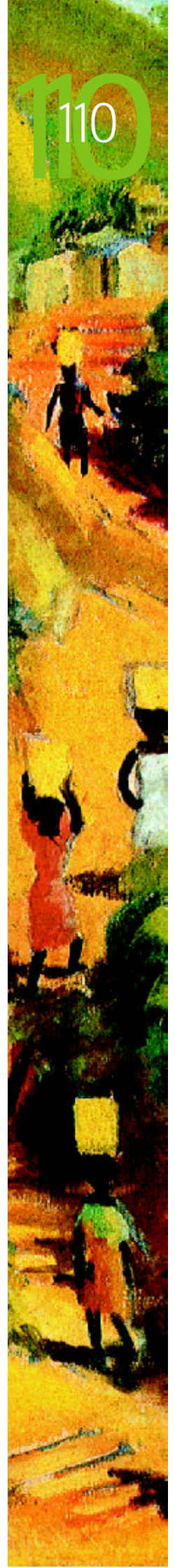
Tampouco, as observações clínicas dos outros empregados, expostos às mesmas condições de trabalho, podem ajudar na confirmação do diagnóstico, já que esses não serão necessariamente afetados da mesma maneira, uma vez que a LER não atinge de modo uniforme os que trabalham sob os mesmos fatores de risco. Daí a tentativa, sempre presente, de descaracterizar a LER como doença ocupacional, apresentando-se sempre um outro quadro clínico para ocupar o seu lugar.

A essas circunstâncias, some-se a dificuldade de estabelecer o nexo causal entre os sintomas apresentados pelo empregado e as condições em que são exercidas as atividades laborais. Registre-se, ainda, a necessidade de se afirmar o nexo técnico, do qual depende a avaliação de incapacidade do empregado, submetida além disso ao fato da doença registrar ou não dano à saúde.

A dificuldade em reunir essas evidências acaba por favorecer a negativa de que tais condições do trabalho tenham produzido a doença ocupacional, o que resulta em reforçar a idéia de dimensão pessoal que se pretende ver atribuída às enfermidades diagnosticadas.¹⁷² Por não se reconhecer no trabalho as causas da doença, o trabalhador acometido de LER passa a ser vítima de discriminações.¹⁷³

¹⁷² ...o caminho mais cômodo tem sido o de atribuir o problema às características (ou às estruturas) de personalidade, desvinculando-o, em maior ou menor grau, da situação de trabalho (Viana e Renault. 2000: 119).

¹⁷³ ... a discriminação de que tem sido vítimas os portadores de LER, ocorre sempre em um contexto onde persiste a recusa (explícita ou não) de se considerar a real importância da situação de trabalho vivida pelo indivíduo (Viana e Renault. op. cit., p. 125).



Contudo, as práticas discriminatórias em razão do acidente de trabalho, especificamente no que se refere ao trabalhador reabilitado, foram arrefecidas com a implementação da obrigação das empresas com cem ou mais empregados manterem, em seus cargos, trabalhadores reabilitados ou portadores de deficiência. Era usual a empresa colocar toda sorte de dificuldades para impedir o retorno ao trabalho do reabilitado, negando-lhe a garantia à estabilidade provisória.

Nos casos em que o reabilitado era aceito, sua permanência no trabalho, em regra, não ultrapassava o período de 12 meses. Hoje, esse quadro mudou. Com o trabalho realizado pelos NÚCLEOS de combate à discriminação e promoção da igualdade de oportunidades e tratamento no emprego, que atuam nas Delegacias Regionais do Trabalho, o que se observa é a procura pelo reabilitado, promovida por empresas obrigadas à reserva legal de postos de trabalho à pessoa portadora de deficiência ou reabilitada, conforme os termos do artigo 93, da L. 8.213/91.



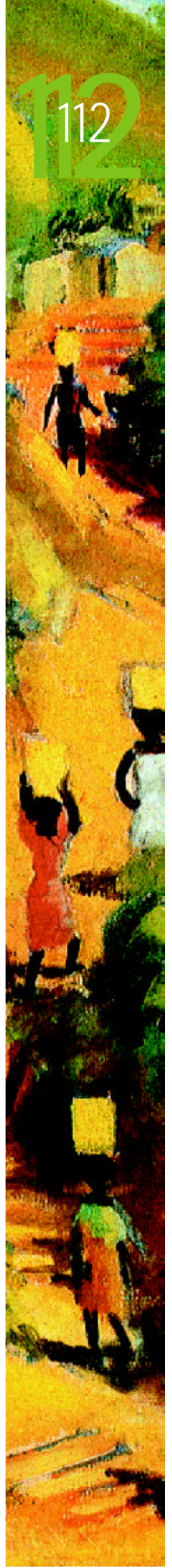
Parte 3

Discriminação na relação de trabalho

O Direito, como um conjunto de normas com a função de regular a vida social, atua com regras de caráter positivo, que atribuem vantagens jurídicas em favor de seus titulares, e com regras de caráter negativo, que proíbem condutas agressoras sobre o patrimônio moral e material dos indivíduos. No conjunto das regras de caráter negativo, aquelas que proíbem a discriminação parecem ser hoje as mais significativas no universo jurídico.¹

O Direito do Trabalho, notadamente após a Constituição de 1988, tem absorvido as proteções jurídicas contra a discriminação em decorrência da relação de trabalho. A relação de trabalho, e mais estritamente a relação de emprego, devido à sua natureza de relação de poder, em que o empregado encontra-se subordinado aos poderes do empregador, constitui-se em fonte de discriminação, que afeta sobremaneira o ambiente de trabalho, bem como a vida do trabalhador e de sua família. Isso devido às desigualdades fáticas entre as partes do contrato de trabalho, além do estado de submissão em que se encontra o empregado frente ao comando, controle e fiscalização da prestação de serviço, realizados pelo empregador.

¹ Viana e Renault. 2000: 97.



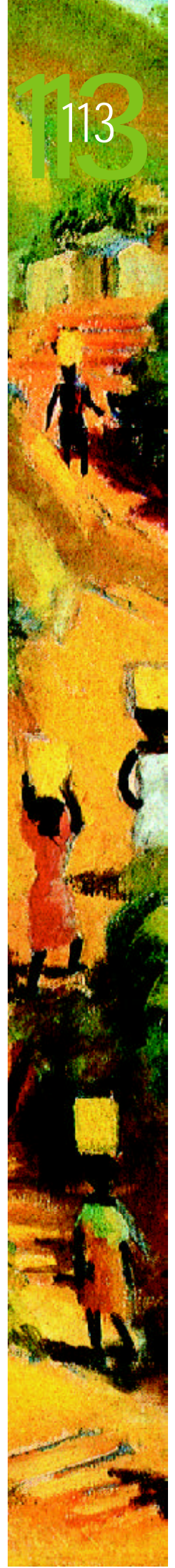
Esse estado permanente de subordinação, somado às características do contrato de trabalho (pessoal e de trato sucessivo), acaba por criar situações propícias à ocorrência de práticas discriminatórias, ofensivas aos direitos de igualdade e à dignidade da pessoa do empregado. Assim, o empregador que dispensa o empregado, seja na fase pré-contratual, contratual, da extinção do contrato de trabalho, ou pós-contratual, tratamento discriminatório incompatível com o padrão jurídico, assentado para o caso concreto, está a praticar discriminação, conduta proibida pelo ordenamento jurídico.

3.1 Discriminação na fase pré-contratual

A fase pré-contratual é aquela que antecede a assinatura do contrato de trabalho. É o momento em que, embora não exista formalmente uma relação de emprego, várias práticas adotadas no processo de seleção do trabalhador podem configurar condutas discriminatórias. Daí, a atenção do legislador para coibi-las, ao estabelecer a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego (Lei n. 9.029/95), por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade do trabalhador, ressalvadas, apenas, as hipóteses de proteção ao menor (art. 7º, XXXIII, da CF/88).

No caso específico da mulher trabalhadora, a lei veda (Lei n. 9.029/95), quando de sua admissão ao emprego, a exigência de teste, exame, perícias, laudo, atestado, declarações, ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez. Esses atos, levados a efeito pelo empregador, constituem-se crimes, aos quais são cominados pena de detenção ou reclusão, sem prejuízo das sanções de natureza administrativa e da obrigação de indenizar o dano causado pelo ilícito penal. Tais atos são considerados discriminatórios, como se observa do julgado:

“Prática discriminatória contra a mulher. Lei n. 9029/95. Indenização. A Lei Federal n. 9029/95, proíbe a exigência de atestados de gravidez e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação de emprego.



Comprovado nos autos, que constituía exigência do empregador à realização de testes de gravidez para admissão e despedida de empregada, faz jus a reclamante à indenização correspondente ao período de afastamento, em dobro, corrigida monetariamente, acrescida de juros legais, na forma do art. 4º, da referida norma". (TRT 12ª Reg., 2ª T., Ro 3862/96, BJ 04/97, Rel. Juiz João Cardoso).

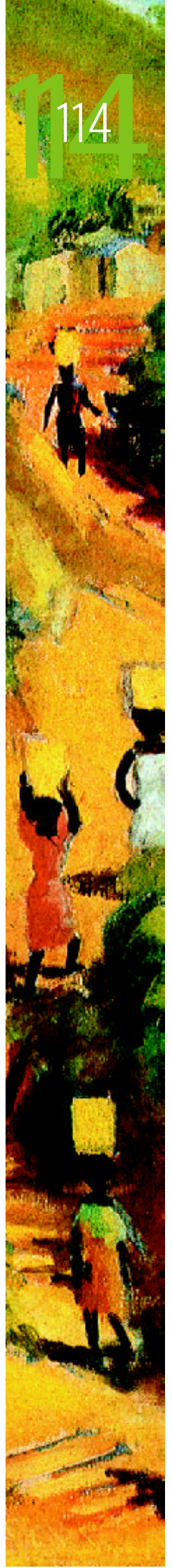
Ainda na fase pré-contratual, podem-se apontar outras condutas discriminatórias. É o caso das arguições pessoais, passagem por detector de mentiras, exames grafológicos e aplicação de questionários, durante o processo seletivo, com o objetivo de obter informações sobre crenças religiosas,² opiniões políticas, orientação sexual, estado de saúde, situação familiar, ou apurar traços do caráter e da personalidade do trabalhador, candidato à vaga de emprego. Estes procedimentos invadem a esfera pessoal do trabalhador, e lesam seu direito à intimidade, à liberdade, à igualdade e à não-discriminação, assegurados pela Constituição.³

A despeito de todo o aparato de proteção e do que dispõem as normas internacionais, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, os direitos do trabalhador não se têm afirmado. Em face das dificuldades encontradas pelo trabalhador que procura uma colocação no mercado de trabalho, surgem as oportunidades de o empregador, movido pelo preconceito ou discriminação, violar, no ato do processo seletivo, seu direito à intimidade e à privacidade. Muito embora o que deva interessar ao empregador seja a prova de aptidão do trabalhador para o cargo ofertado, quase sempre aquele ultrapassa seus direitos, e investe contra os direitos fundamentais daquele que se candidata a uma vaga de trabalho.

Com a finalidade de buscar o *trabalhador ideal* e ter um conhecimento *multidimensional* do candidato, os departamentos de recursos humanos procedem, cada vez mais, por meios de uma seleção invasiva, que vai desde o levantamento de dados pessoais e curriculares

² Art. 5º, inc. VIII, da CF/88 : ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (...).

³ (...) processos de escolha devem cingir-se às informações necessárias, com razoabilidade e pertinência ao fim colimado: a contratação do empregado ou sua promoção (Santos. 2000: 124-125)



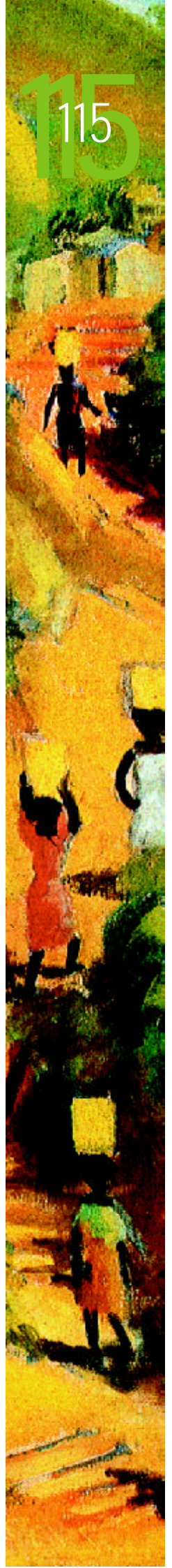
até as pesquisas nos serviços de proteção ao crédito (SPC e SERASA), o que poderá resultar na eliminação do candidato em virtude de seu endividamento pessoal, ou por outras questões que nada tenham a ver com as competências exigidas para o cargo.

Nessa busca por informação, as perguntas pessoais, as insinuações sexistas que denotam preconceito, as investigações para aferir traços da personalidade, são condutas verificadas por ocasião da seleção à vaga de trabalho que se mostram francamente lesivas aos direitos do trabalhador. É preciso considerar que as informações buscadas no processo seletivo devem guardar razoabilidade, proporcionalidade e pertinência com o cargo oferecido e podem, apenas, referir-se às capacidades ou aptidões do candidato para a função que deva exercer; do contrário, serão tomadas como práticas discriminatórias.

No processo seletivo do candidato ao emprego, é comum, ainda, a consulta às famigeradas "listas negras" nas quais as empresas, geralmente do mesmo ramo de atividade econômica, inscrevem seus ex-empregados que, por suas exclusivas avaliações e juízos arbitrários, não se houveram bem em suas funções e, em razão de esses fatos, são emitidas informações desabonadoras de suas pessoas, que resultam alijadas do mercado de trabalho.

Constam também dessas "listas", informações sobre trabalhadores que pleiteiam, junto à Justiça do Trabalho, direitos que lhes são devidos, e que não foram cumpridos por ocasião da rescisão de seus contratos de trabalho. Tais informações são empecilhos na busca de nova colocação no mercado, que passa a vê-los como trabalhadores litigantes, criando-se, assim, obstáculos ao seu retorno ao mundo do trabalho. O trabalhador, desse modo, é punido pelo exercício do direito de ação, consubstanciado no livre acesso à justiça, em busca de ver afirmado seus direitos.

Todos esses atos, lesivos à pessoa do trabalhador, são fundados em condutas ilícitas que configuram discriminação, uma vez que, ao dificultar o acesso ao mercado de trabalho, se mostram impeditivos da igualdade de oportunidades que deve ser garantida a todos. Quando desses atos sobrevier dano moral à pessoa do trabalhador, surge o direito à reparação, justificado pela ofensa à liberdade, intimidade, vida privada, ou honra (art.5º, X, da CF/88). É o que se deduz dos Acordãos:



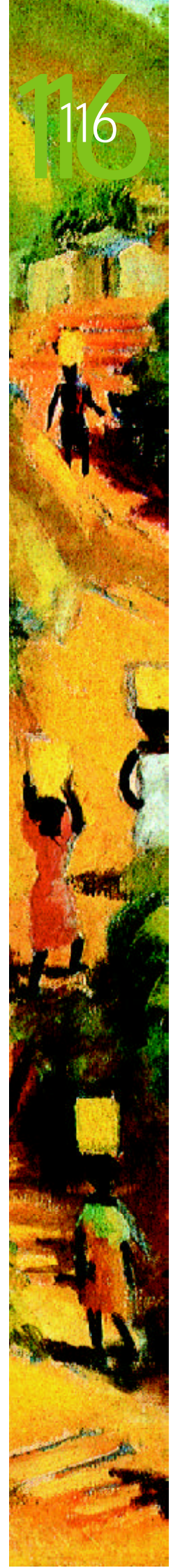
Indenização por Ato Ilícito. Quando se Justifica o seu Deferimento - Caso em que o empregado, rescindido o seu contrato, encontra dificuldade em obtenção de novo emprego em virtude das informações desabonadoras fornecidas por escrito pela reclamada à empresa na qual o reclamante buscou nova colocação no mercado de trabalho. Hipótese em que a reclamada, questionada a veracidade de suas informações, nada comprova a respeito. Quando tem incidência a regra do art. 159 do Código Civil. Pretensão do empregado que se dá acolhida (Ac. TRT da 4ª Região, 1ª T., Rel.: Juiz Antônio Salgado Martins).

Dano Moral. Violação da Intimidade - Responde por danos morais a empresa cujo sócio viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de ex-empregada e frustra-lhe o acesso ao mercado de trabalho (TRT 8ª Região, RO 7143/95, Ac. 3ª T., 1148/95, Rel.: Juiz José Maria Quadros de Alencar).

Dano Moral. Abuso Patronal Caracterizado pelas Anotações Ilícitas, Desabonadoras e Desnecessárias na Carteira de Trabalho - As anotações na Carteira do Trabalho e Previdência Social devem limitar-se aos dados exigidos por lei (art. 29, da CLT). Qualquer registro que desabone a conduta do empregado, dificultando a obtenção de novo emprego, caracteriza ato ilícito do qual decorre prejuízo por dano moral, sendo, destarte, devida a indenização prevista nos arts. 159 e 1518 do CC e no art. 5º, inciso V e X, da CF. (TRT 12ª Região, RO-Voluntário - 7104/97, Ac. 1ª T., 02240/98, 09/03/98, Rel.: Juiz Dilnei Ângelo Bilésimo).

O empregador também não deve investigar, através de exames, como etapa do processo seletivo, a condição de soropositivo do trabalhador a ser contratado. O próprio Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.359/92, estabelece que os médicos que prestam serviços às empresas estão proibidos de revelar ao empregador o diagnóstico do empregado, ou candidato ao emprego, devendo apenas se limitar a informar se este tem condições ou não de iniciar ou dar continuidade ao trabalho.

Os exames médicos a serem realizados obrigatoriamente no ato da admissão, demissão, ou mesmo periodicamente, devem apenas apurar a capacidade ou aptidão física ou mental do trabalhador, para a



função que deve exercer (art. 168, d 2º, da CLT). Portanto, tais exames não podem chegar a investigar a condição de soropositivo do trabalhador, por ser essa uma prática discriminatória que atenta contra os direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Quando o trabalhador portador do vírus HIV/AIDS encontra-se na fase assintomática, suas condições de saúde não estão diminuídas. Portanto, as pretensões do empregador de investigar a condição de soropositividade do trabalhador não se justificam para o fim de avaliar a sua capacidade física e mental para o trabalho, o que vem torná-las desproporcionais e impertinentes para o fim proposto. Tal investigação traz conseqüências danosas ao trabalhador, uma vez que ele passa a sofrer todo tipo de discriminação. O teste de HIV/AIDS, quando feito sem o consentimento do trabalhador, ofende seu direito à intimidade e à vida privada e, se lhe causar dano, cabe reparação (art. 5º, X, da CF/88).

Também é freqüente, no ato da contratação, a discriminação do trabalhador por motivo de idade. Contudo, a conduta discriminatória em face da idade significa o impedimento do trabalhador ao acesso ou manutenção da relação de emprego por razão da idade, e não aquela discriminação que atinge o menor. Esta, em muitos casos, é permitida (art. 7º, XXXIII, da CF), como uma proteção à educação, à profissionalização, à dignidade e ao respeito do menor, com o objetivo de colocá-lo a salvo da exploração, violência, crueldade e opressão (227, da CF).

O tratamento isonômico em razão da idade é objetivo fundamental da República brasileira, como condição para a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação (art. 3º, IV, da CF). Portanto, é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa, para efeito de acesso ao emprego por motivo de idade (art. 1º, da Lei n. 9.029/95). Entretanto, apesar das proibições legais, a seleção do empregado pelo critério de idade é prática amplamente adotada pelos processos de contratação. É notória a preferência pelo trabalhador jovem, percebida até nos anúncios de emprego, que, embora não se referiram à idade, deixam claro, pelos atributos exigidos, que procuram por candidatos jovens.

Observa-se que não é o trabalhador idoso que tem sido discriminado; este até tem encontrado oportunidades de emprego (art.



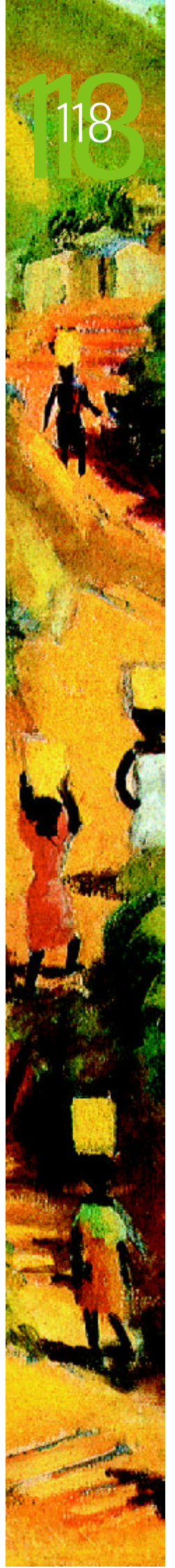
27, da Lei n. 10.741/03). É o trabalhador a partir de 35 anos de idade que tem enfrentado dificuldades na recolocação no mercado de trabalho. Esse trabalhador é preterido em favor do *trabalhador jovem*, talvez pela noção de que este se *enquadra* mais facilmente aos novos métodos de organização do trabalho, adotados pelas empresas, ou porque se mostra menos exigente quanto ao cumprimento de seus direitos trabalhistas, ou ainda porque se submete a salários menores, hoje aviltados em face do desemprego.

O que se deve ressaltar, quanto às condutas assumidas no ato da contratação do trabalhador para o posto de trabalho, é que, a despeito da lei conceder ao empregador o poder de selecionar ou escolher quem deverá lhe prestar serviço, ele não deve se valer dessa faculdade para dar vazão aos seus preconceitos, sob pena de descumprimento do princípio da não-discriminação. Se todos são iguais perante a lei, quem escolhe um trabalhador, e não outro, sem motivo razoável que possa justificar tal decisão, possivelmente age movido pela discriminação.

3.2 Discriminação na fase contratual

A fase contratual da relação de trabalho compreende o período que decorre do termo de início do contrato de trabalho até o momento anterior à sua extinção. O empregador, durante essa fase, tem o dever de respeitar a dignidade de pessoa do empregado (art. 1º, incs. III, da CF/88) e as condições de realização do trabalho, que atinem ao princípio da boa-fé contratual. No entanto, observa-se que, na execução do contrato de trabalho, são muitas as situações que constituem descumprimento das obrigações emergentes da relação trabalhista, sobretudo, em decorrência do exercício abusivo do poder do empregador.

São criadas, assim, circunstâncias propícias à discriminação, durante a execução do contrato de trabalho, que vão se manifestar diante do fato da gravidez da empregada, do estado de saúde do trabalhador, da situação do acidentado do trabalho, ou da orientação sexual do empregado. Essa ocorrência é percebida no rebaixamento do empregado de seu cargo ou função, nos meios abusivos de controle e fiscalização da atividade de serviço, e nas condutas de assédio sexual e



moral, observadas no ambiente de trabalho. Todas essas são situações que resultam por provocar alterações no contrato de trabalho, ou rompimento *arbitrário* da relação de emprego.

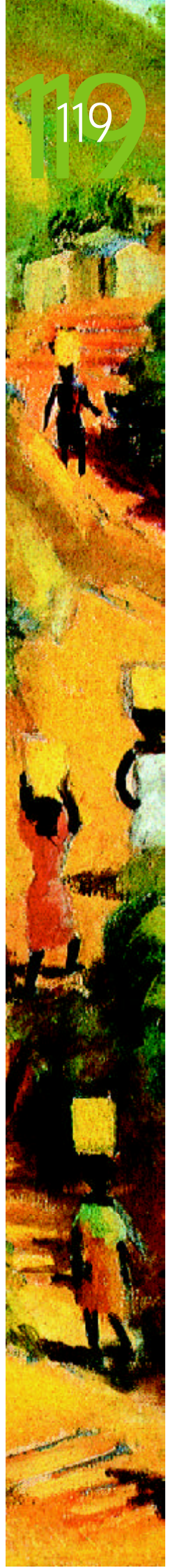
3.2.1 Estado de gravidez

A empregada grávida muitas vezes é colocada frente a situações constrangedoras, vexatórias ou humilhantes (exigência de horas extras, não aceitação de atestado médico pré-natal, recusa em fornecer-lhe uniforme adequado a seu estado de gravidez, desvio de função, rebaixamento de cargo, mudança de horário, exigência de desempenho em atividade incompatível com a gravidez, impedimento de contato com o público, fraude do contrato de experiência), que visam provocar condições de trabalho insuportáveis, capazes de levá-la ao pedido de demissão, com a resultante perda do direito à estabilidade.

Sofre, ainda, a empregada grávida, com o exercício abusivo do poder disciplinar do empregador, que passa a adverti-la, ou suspendê-la, sob a alegativa de indisciplinada, desidiosa e insubordinada, no intuito de preparar a justa causa, impeditiva da estabilidade da gestante. Em casos extremos, aquele nem mesmo respeita tal direito e, ao tomar conhecimento do estado de gravidez da empregada, arbitrariamente a demite.

De tal modo, as trabalhadoras grávidas são vítimas preferenciais do assédio moral, visto como uma violência moral, decorrente, em regra, do uso abusivo de poder por parte do empregador, ou seus prepostos, e que se manifesta, nesses casos, por meio de constrangimentos e pressões psicológicas, acompanhadas de violações do contrato de trabalho. Tais meios são usados, pelo empregador ou seus prepostos, como intimidação, que tem o objetivo de afastar da empresa as empregadas grávidas, porque entendidas como pessoas *inadaptáveis* à organização laboral.

Essa, estruturada sob a busca incessante da produtividade e do lucro imediato, e submetida à situação de forte competição, vê na empregada grávida um empecilho à consecução de seus objetivos, e a partir dessa circunstância a vítima, por meio de tratamento humilhante



e vexatório, do qual sobrevêm infrações contratuais, e lesões ao patrimônio moral, por desrespeito à sua dignidade de pessoa humana.⁴

A conduta de assédio moral, em tais termos, autoriza a empregada a postular em juízo a rescisão do contrato de trabalho por inadimplemento de suas obrigações por parte do empregador (art.483, “d”, da CLT), e a indenização devida pelo dano moral sofrido.

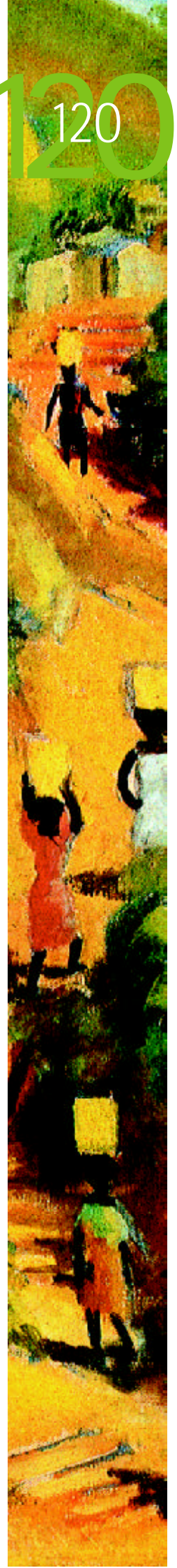
3.2.2 Estado de saúde do empregado

As doenças do empregado, principalmente as incuráveis, ou aquelas estigmatizadas, que são vistas como infamantes pela sociedade, sempre serviram para motivar práticas discriminatórias e segregativas. Não obstante todo sistema protetivo em vigência, o estado de saúde do trabalhador é, sem dúvida, fator de discriminação de significativa repercussão no contrato de trabalho. Com efeito, o empregado acometido de doença é freqüentemente vítima de práticas discriminatórias, mesmo que seu quadro clínico não afete sua capacidade laboral, nem resulte em riscos à integridade de seus colegas de trabalho.

É o que acontece, com maior gravidade, aos empregados hansenianos, portadores do vírus HIV/Aids,⁵ ou de doenças do trabalho (LER). Estes passam a sofrer constrangimentos no ambiente de trabalho, diante da revelação de seus diagnósticos, que deveriam estar protegidos pelo direito à intimidade, que também vai servir de fundamento para a vedação de teste e exames, exigidos pelas empresas, em flagrante violação às normas legais. Os empregados com essas enfermidades, quase sempre, se vêem deslocados de suas funções contratuais e submetidos a atividades laborais inferiores, com o intuito de colocá-los em situação vexatória, que cria condições de trabalho insuportáveis.

⁴ O empregador tem a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado, na sua dignidade absoluta de pessoa humana. É isto que se depreende do art. 1º da Constituição Federal de 1988, nos incisos III, que se refere à dignidade da pessoa humana e IV, atinente aos valores sociais do trabalho. Essas obrigações decorrem do princípio geral da execução de boa fé do contrato, que está na base da disciplina contratual (Santos. 2000: 230).

⁵ "AIDS. Discriminação. Danos Morais - O trabalhador, portador do vírus HIV, que passou a ser tratado pelo superior hierárquico de "a coisa" e "estorvo", em virtude de doença de que padece, faz jus à indenização por danos morais sem qualquer margem de dúvida. (...)". (TRT 24ª Reg. , RO 1594/97, Ac. TP 214/98, 04/02/98 Rel. Juíza Geralda Pedroso).



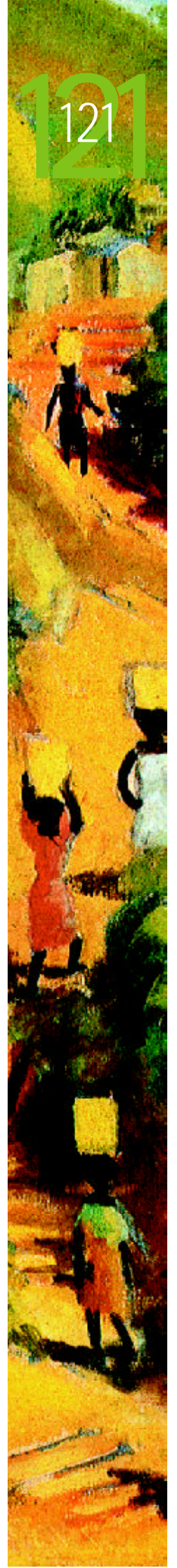
No caso das doenças do trabalho, principalmente LER/DORT, a discriminação sofrida pelos empregados se torna bem mais visível. Frente à dificuldade de fazer o diagnóstico, os acometidos por essas doenças ocupacionais são vistos, muitas vezes, como pessoas que simulam sintomas, ou que são histéricas, o que dá uma dimensão pessoal à enfermidade. Em regra, essas situações verificadas durante a execução do contrato de trabalho, resultam em rescisões *arbitrárias* da relação trabalhista, ou na dificuldade de ter garantidos os direitos trabalhistas e previdenciários.

Contudo, tais atos, quando levados à apreciação dos tribunais, notadamente aqueles envolvendo empregados portadores de HIV/Aids, são entendidos como motivados por discriminação. A presunção assumida nessas decisões é de que o empregador, ciente do estado de saúde do empregado, ao dispensá-lo, estaria a agir por motivo de discriminação, e não simplesmente exercendo seu direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho.

3.2.3 Assédio sexual

O assédio sexual, juntamente com o assédio moral, tem, na atualidade, se tornado um dos temas mais debatidos, quando decorre da relação de emprego. O ambiente de trabalho parece favorecer sobremaneira a ocorrência do assédio sexual, seja pela relação de poder a qual se encontra submetido o empregado, ou pelas próprias condições em se desenvolvem as atividades laborais. O certo é que a conduta discriminatória de cunho sexual se mostra como muita frequência no ambiente de trabalho, degradando-o, além de ser atentatória contra os direitos de personalidade da pessoa do empregado.

Assédio sexual implica em conduta ofensiva, atentatória à disponibilidade sexual da pessoa, ao direito à liberdade sexual, isto é, o direito de dispor do próprio corpo. Sua prática é considerada discriminação, uma vez que, por motivo de sexo, altera a igualdade de oportunidades no emprego. Quando levada a efeito por colega de trabalho (assédio sexual ambiental), poderá resultar na despedida por justa causa do empregado assediante, motivada por mau procedimento ou incontinência de conduta (art.482, b, da CLT).



Se o assédio sexual, todavia, for praticado pelo empregador ou outro superior hierárquico, a vítima poderá pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, por ato lesivo à honra e à boa fama, nos termos do artigo 483, e, da CLT. Em ambos os casos, podem resultar a obrigação de reparar o dano moral causado pelo ato discriminatório, sem prejuízo das demais cominações legais, para o caso em que a conduta configura-se em crime típico.

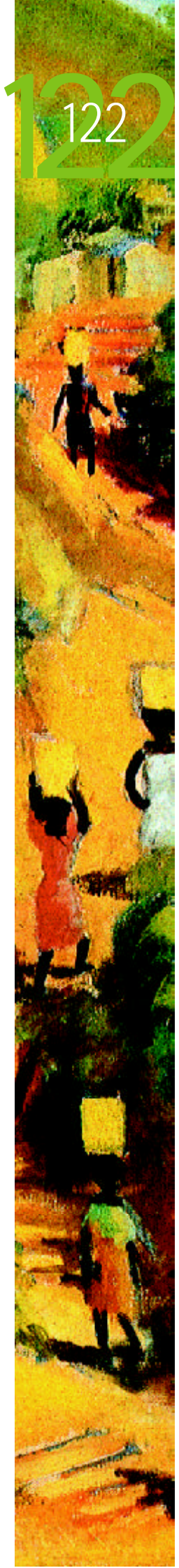
Assédio Sexual. Justa Causa. Mau Procedimento - Constitui justa causa para a dissolução do contrato laboral a violação não consentida da privacidade de uma colega de trabalho. (Ac. TRT 12ª Reg., Proc. RO 596/85, Rel. Juiz Câmara Rufino).

Também o empregado homossexual se vê discriminado em razão de sua orientação sexual. É comum, portanto que, devido à identidade sexual, este se torne objeto de toda sorte de preconceitos e discriminações. Nesse caso, também ocorre ofensa à liberdade sexual do trabalhador, que compõe o campo das liberdades individuais, e por isso encontra-se imune à intromissão de qualquer poder. Portanto, não deve o empregador usar de chacotas, gracejos ou deboches, que constrangem e humilham o empregado homossexual, sob pena de responder por danos morais decorrentes das práticas discriminatórias (art. 5º, X, da CF/88).⁶

3.2.4 Revista pessoal

Fenômeno também relevante, que se observa durante a execução do contrato de trabalho, porque se mostra fonte de discriminação, é aquele que diz respeito à *revista* do empregado, tida como um direito decorrente do poder de controle e fiscalização do empregador, que deve buscar salvaguardar seu patrimônio. Porém, mesmo permitida, a revista pessoal não deve ultrapassar certos limites. Desse modo, para que possa ocorrer, não deve ser íntima, e terá que guardar o caráter de impessoalidade, de forma a abranger a totalidade dos empregados, para que se evitem perseguições, motivadas pelo preconceito ou discriminação.

⁶ (...) a prática persistente e contumaz do empregador de chacotear a pessoa do empregado, de fazer deboche, gracejos, (...) macula a imagem do ofendido no meio em que convive (Santos. 2000: 134)..



Esse procedimento de fiscalização da conduta do empregado necessita ser de seu conhecimento, e não deverá afrontar sua honra, vida privada e intimidade (art.373 A, VI, da CLT). O caráter vexatório, discriminativo e invasivo à intimidade, decorrente da *revista*, capaz de ferir a dignidade do trabalhador, seria ensejador do dano moral.

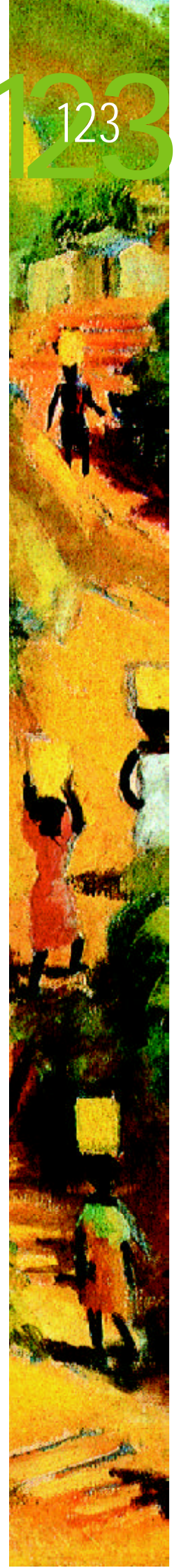
Dano Moral. Revista Vexatória - Cabe acolher pleito de indenização por danos morais quando, por excessiva fiscalização empresária, exorbitando do exercício regular de poder disciplinar, submete-se o obreiro ao constrangimento de despir-se diante de encarregados da empresa com a finalidade de "revista" (Ac. TRT 3ª Região, 3ª T., RO 3275/97, Rel.: Juiz Maurício José Godinho Delgado).

Para a doutrina trabalhista, a *revista* deverá ser adotada como *última medida* para salvaguardar o patrimônio da empresa, à falta de outras.⁷ Quando utilizada nestes termos, zelará pelo dever de confiança recíproca que alicerça o contrato de trabalho e pelo respeito à dignidade da pessoa do empregado, ao procurar não lhe ofender a honra, vida privada e intimidade. Desse modo, o limite da *revista* é a dignidade e a intimidade do trabalhador, as quais devem, por tudo, ser preservadas. Conforme o julgado:

Dano Moral -...a rigorosa fiscalização de empregados perpetrada pela reclamada, em que pese justificar-se em face da natureza dos produtos comercializados, (...) jamais pode ser realizada de molde a impor esses mesmos empregados a situações vexatórias, de molde a abalar a dignidade, as crenças íntimas de cada qual, sob pena de ensejar o deferimento de indenização por dano moral (Ac. TRT 3ª Região, 5ª T.: RO 16418/97, Rel.: Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa).

O poder disciplinar inerente ao empregador não legitima os mecanismos de fiscalização da atividade do empregado, tais como os controles visuais e auditivos e a *revista* pessoal e de pacotes, bolsas ou sacolas quando, por meio de práticas preconceituosas ou discriminatórias, ofende-se sua privacidade, intimidade ou honra. Todos esses instrumentos de controle e fiscalização encontram-se vedados, sempre que atinjam a dignidade de pessoa humana do empregado.

⁷ Almeida. 1999: 91.



Configura-se dano moral a submissão do empregado à vistoria constrangedora, quando é possível o controle da segurança de terceiros e do patrimônio da empresa por meios diversos. Dá-se o abuso do poder diretivo e a violação do direito à privacidade (art. 5º, X, da Constituição Federal), o que acarreta a obrigação de indenizar o dano moral sofrido pelo empregado, nos termos do art. 159 do Código Civil, subsidiariamente aplicável ao Direito do Trabalho (TRT 3ª Reg. 4ª T., RO 634/97, Rel. Juiz Fernando Gonçalves).

Do exposto, vê-se que o exercício do poder de controle e fiscalização do empregador encontra limites na dignidade, intimidade ou honra do trabalhador. Os meios de controle e fiscalização da atividade de trabalho, como as câmaras e os circuitos fechados de televisão, são instrumentos que não podem ser usados em vestiários ou banheiros.

A revista pessoal, que tem como finalidade evitar a subtração de bens, tem de ser cercada de discrição; deve abranger a totalidade dos trabalhadores e não transparecer uma denúncia contra o revistado, para evitar o caráter discriminatório. As formas de controles auditivos, visuais ou de correspondência (por meios informatizados), e a revista não devem ferir a proteção à vida privada do trabalhador, nem tampouco serem motivadas pelo preconceito ou discriminação.

Aponta-se, ainda, como conduta discriminatória observada durante a fase de execução do contrato de trabalho o deslocamento do empregado para cargos ou funções menos prestigiosas do que as exercidas anteriormente, com o propósito de humilhá-lo ou de colocá-lo em situação vexatória. Considera-se, pois, o rebaixamento funcional do empregado um ato ilegal praticado pelo empregador, muitas vezes instrumentalizado por condutas de assédio moral, que o constrangem e o ridiculizam perante seus colegas de trabalho, e que resultam por alterar a igualdade de oportunidades no emprego.

3.3 Discriminação na extinção do contrato de trabalho

A rescisão do contrato de trabalho sempre suscitou cuidadosa regulamentação jurídica. Esta visa atribuir, ao fim da relação de emprego, diversas conseqüências, dependentes das causas que o tiverem motivado. Por isso, em regra, esse momento se mostra de grande



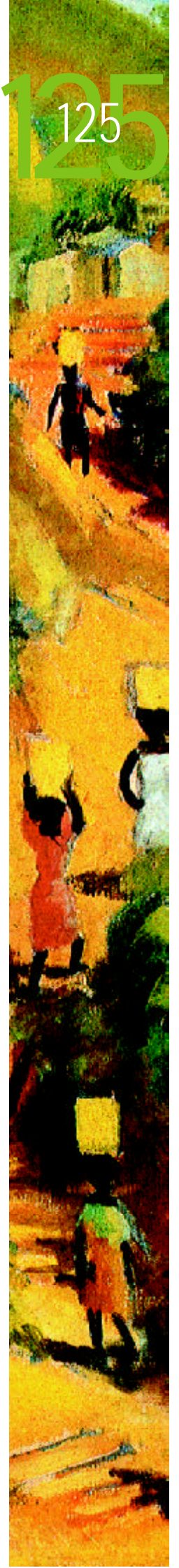
tensão, notadamente quando a rescisão do contrato de trabalho for provocada pela vontade unilateral do empregador, que pode se justificar por motivos de justa causa, ou ainda, configurar-se em despedida injustificada. Em ambos os casos, a dispensa do empregado poderá decorrer de circunstâncias fundadas em condutas discriminatórias que violem direitos e causem dano ao empregado, sobrevivendo ao empregador o dever de repará-lo.

3.3.1 Discriminação em razão do sexo, origem, raça, cor, estado civil...

A decisão unilateral do empregador de extinguir a relação de emprego, ocorre muitas vezes por ato discriminatório em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. As práticas discriminatórias pelos motivos expostos, quando informam a demissão imotivada do empregado, estão proibidas, e encontram sanções nos termos do disposto no art. 4º, da Lei 9.029/95. Cabe, nesses casos, a readmissão do empregado na empresa, com ressarcimento integral de todo período de afastamento, ou, ainda, a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento, para os casos em que a relação de trabalho, deteriorada frente à situação vivida pelas partes, não mais se apresenta em condições de ser restabelecida.

Também pode ser entendida como discriminatória a despedida do empregado acometido de doença (portadores de hanseníase, do vírus HIV e de LER/DORT), quando o empregador tem ciência de seu estado de saúde. Nos casos envolvendo empregados infectados pelo vírus HIV, observa-se que decisões de primeira instância da Justiça do Trabalho vêm determinando suas imediatas reintegrações (tutela antecipada), independentemente do trânsito em julgado da decisão. Observa-se, ainda, das decisões dos tribunais, a tendência de se firmar jurisprudência no sentido de que a:

Reintegração - (...) simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra



de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição... (TST/RR 21.7791/95.3-AC. 2º T., 3.473/97).

A reintegração do empregado acometido de AIDS, todavia, é uma reparação de natureza material, mas que não impede ser cumulada com o pedido de indenização por dano moral, caso o empregado se sinta atingido em sua intimidade, vida privada, honra ou imagem (art.5º, V e X, da CF/88), pela conduta discriminatória que provocou o ato de demissão.

Do exposto, pode-se deduzir que, mesmo quando o empregador, na despedida imotivada, usa de seu poder potestativo, poderá ser argüida a presunção, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, de que o ato de demissão se deu por motivo discriminatório, que pode ser o móvel de um prejuízo moral contra a pessoa do empregado. Nesse caso, cabe reparação do dano como uma decorrência do princípio de que a ninguém se deve lesar, sobre o qual está centrada a teoria da responsabilidade, que diz do dever jurídico de ressarcir o dano causado a outrem.⁸

3.3.2 Estado de gravidez

Também o estado de gravidez é motivo de discriminação contra a mulher trabalhadora, no momento da rescisão do contrato de trabalho. Esta, muitas vezes, se vê objeto de dispensa arbitrária, em flagrante impedimento ao gozo de sua estabilidade de gestante, o que elimina o direito à manutenção do emprego.

O rompimento da relação de trabalho por discriminação em virtude do estado de gravidez da empregada submete o empregador às sanções estabelecidas no art. 4º, da Lei 9.029/95, sem prejuízo da indenização pelo dano moral sofrido, cujo pedido poderá vir cumulado com o pleito de reparação do dano material.

A discriminação sofrida pela trabalhadora grávida é fartamente verificada no mundo do trabalho, notadamente quando ela está a prestar

⁸ Art. 927, do novo Código Civil.



serviços sem que estes sejam objeto de um contrato de trabalho formal, firmado com o empregador. A circunstância de precariedade da prestação de serviço a coloca em posição de ter de demonstrar o vínculo empregatício, para que possa fazer valer seus direitos trabalhistas e previdenciários. Daí resulta sua vulnerabilidade às ofensas morais, consubstanciadas no que hoje se denomina assédio moral laboral.

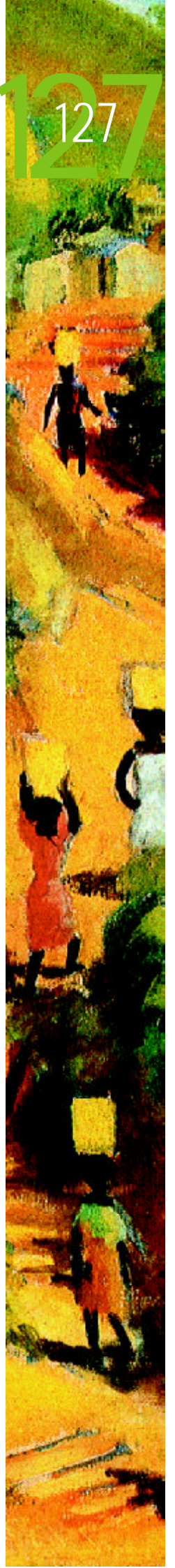
Essa é uma situação que afeta sobremaneira a trabalhadora que presta serviço doméstico. Com efeito, a empregada doméstica é a mais afetada pela precariedade de direitos, que se observa quando da prestação de serviço subordinado, pois, sabe-se ser o setor doméstico aquele que apresenta uma expressiva proporção de trabalhadores sem vínculo formal de emprego, isto é, sem registro na carteira de trabalho.

3.3.3 Motivo infamante

No decorrer da relação de trabalho, existem situações em que o empregador, por razões de discriminação, infama o empregado, imputando-lhe falsamente um crime, um fato ofensivo à sua reputação, ou ofendendo-lhe a dignidade e o decorro, em face de sua raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual, ou qualquer outro critério de natureza discriminatória. Das decisões dos tribunais, infere-se que essas condutas discriminatórias podem provocar um dano moral à pessoa do empregado. É o que se observa das decisões abaixo:

Danos Morais. Honra e Imagem da Pessoa. Violação - Se a empresa viola a honra e a imagem pessoal de seu empregado, acusando-o levemente de crime que não cometeu e deflagrando os procedimentos policiais correlatos, causa-lhe danos morais que ensejam adequada indenização pecuniária (Ac. TRT 8ª Reg. , 3ª T., RO 3.578/96).

Dano Moral. Indenização - Viola direito do empregado e se obriga a indenizá-lo, o empregador que o constrange perante os clientes e colegas de trabalho, com imputação de crime de furto que vem a se revelar inexistente (CC, art. 159). (TRT-RO 10982/96, 3ª T., Rel. Juiz Álvares da Silva).



Tais situações são motivadoras de rescisões do contrato de trabalho, baseadas em acusações infundadas, em regra, fruto de preconceito ou discriminação (furto, má conduta, ato de improbidade, insubordinação, desídia), que são argüidas como justa causa, mas que, sem demonstração cabal dos fatos perante a Justiça, e com a agravante de ter o empregador se utilizado de meios vexatórios e ofensivos à pessoa do empregado, assumem-se como condutas discriminatórias que, se causam dano, devem ser reparadas.⁹

Dano Moral. Acusação Infundada. Ausência de Prova. Indenização - Imputada à vítima a prática de furto, não sobejamente demonstrado, tanto que o Colegiado a quo, em decisão transitada, afastou a justa causa (ato de improbidade), motivação da dispensa do empregado. Tipificou-se o dano moral e material pela pecha infamante, bem como a dificuldade em conseguir novo emprego que implique confiança. (...) impõe-se indenização compatível com os prejuízos imediato e mediato (TRT-RO 08901/96, 2ª T., Rel. Juiz Michelangelo Liotti Raphael).

Pode ocorrer também que, no exato momento da despedida, o empregador desacate o trabalhador na frente de colegas de trabalho, ou de terceiros, com frases, palavras, gestos, insultos e acusações infundadas, apenas por discriminação. Tal situação poderá acarretar, ao empregado, dificuldades em suas futuras colocações no mercado de trabalho, o que virá a afetar a igualdade de oportunidades no acesso ao emprego.

3.3.4 Despedida arbitrária do portador do vírus HIV/AIDS

Reconhece-se que o empregador tem o poder de despedir o empregado, mediante o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do ato de rescisão do contrato de trabalho. Mas aquele está proibido de exercer o ato de despedimento se for motivado por preconceito ou discriminação. Assim, se o empregador despede o empregado sem que tenha conhecimento de que este é portador do

⁹ (...) o empregado terá o direito de indenização por Dano Moral, quando vier a ser cometido por ato ilícito do empregador, no momento da rescisão do contrato de trabalho, e especialmente, quando lhe for assacada acusação infundada, que propicie sua dispensa por justa causa, sendo esta posteriormente descaracterizada em juízo, como inexistente (Santos. 2000: 137).



vírus HIV/AIDS, tal ato está em conformidade com seus poderes. Mas, se diversa é a situação, isto é, se o empregador é conhecedor do estado de soropositividade do empregado, mesmo que este seja assintomático e, ainda assim, o despede, exatamente por essa circunstância, a dispensa é discriminatória. Por violar o ordenamento jurídico, o ato da rescisão do contrato de trabalho deve ser anulado, reintegrando-se o trabalhador ao emprego (art. 4º, da Lei 9.029/95).

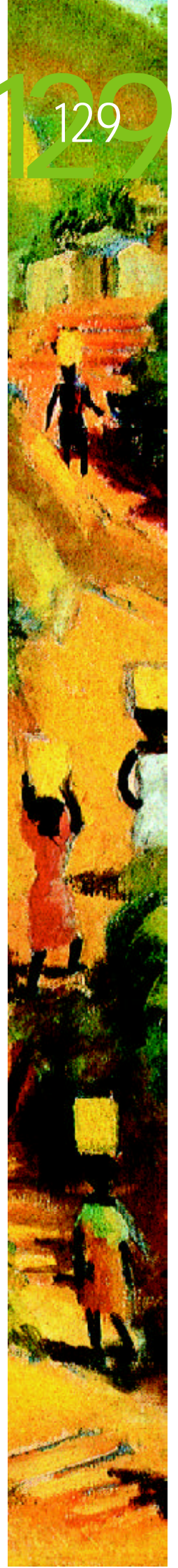
De tal modo, a despedida do empregado portador do vírus HIV/AIDS, em razão do preconceito e da discriminação, deixa de ser uma despedida sem justa causa, que atende a faculdade de despedir do empregador, para ser considerada arbitrária, ao se configurar em abuso de direito do empregador.¹⁰ Portanto, a despedida do empregado motivada por sua situação de portador do vírus HIV/AIDS é discriminatória (art. 4º, da Lei n. 9029/95). Esta atenta contra o princípio constitucional da igualdade.

A situação se agrava quando o trabalhador já tem desenvolvido a doença, e apresenta sintomas e sinais exteriores da contaminação. Nesse caso, a dispensa do empregado, além de arbitrária, se torna impeditiva da obtenção dos benefícios previdenciários a que tem direito (Lei n. 7.670/88). Nesse contexto, o empregado portador do vírus HIV/AIDS tem assegurado o direito de permanecer no emprego até que seu estado de saúde o impossibilite para o desempenho de suas funções e o torne apto a gozar de seus direitos previdenciários.

3.4 Discriminação na fase pós-contratual

Após a cessação do contrato de trabalho, é possível, ainda, verificar situações em que o empregado se vê ofendido em sua dignidade de pessoa, por ato discriminatório de seus ex-empregadores ou prepostos. Não é incomum o caso em que o trabalhador, ao procurar nova colocação no mercado de trabalho, tenha impedido o acesso à relação de emprego, devido a informações que o desabonam.

¹⁰ Khamis. 2002: 83.



3.4.1 informações desabonadoras

Com frequência significativa, ocorre de os ex-empregadores prestarem informações desabonadoras da conduta de seus antigos empregados, quando procurados pelas empresas, por ocasião de suas novas contratações. É comum os ex-empregadores, ou seus prepostos, ao serem procurados para dar informações sobre trabalhador que já lhes prestou serviços, não se aterem apenas aos aspectos profissionais do contrato de trabalho, e fazerem, quase sempre, referência à circunstância desabonadora de sua pessoa, que não pode, naquela ocasião, ser objeto de contra prova.¹¹

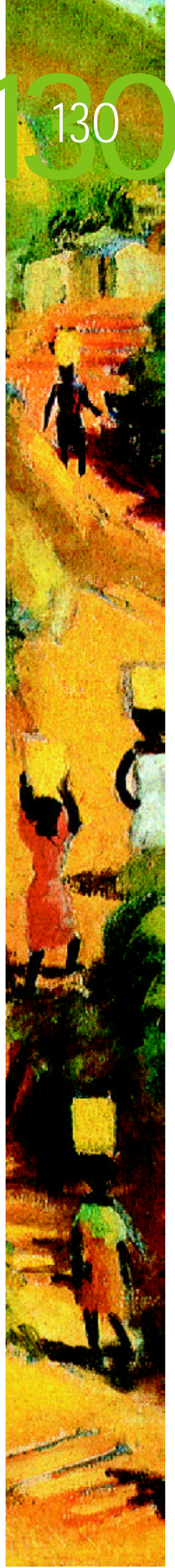
Essas informações desabonadoras têm o nítido propósito de prejudicar o trabalhador, ao denegrir sua imagem ou ofender-lhe a honra, com o objetivo de impedir seu reingresso ao mercado de trabalho.¹² Com frequência, a fonte dessa animosidade é a demanda por direitos trabalhistas, levada a efeito por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, como se a ação trabalhista não fosse um direito que faz parte da esfera jurídica do trabalhador.

Os empregadores procuram passar uma imagem do trabalhador, de litigante de má-fé, que costuma pleitear na Justiça do Trabalho pretensões absurdas. Têm-se notícias de que certos setores da atividade econômica chegam até a elaborar uma *lista negra*. Esta conteria o nome de trabalhadores considerados *indesejados*, seja porque demandam seus direitos na Justiça trabalhista, ou seja por comportamentos outros, sempre avaliados de forma preconceituosa ou discriminatória, de modo a causar empecilhos à suas contratações futuras.

Essas práticas, de cunho altamente discriminatório, observadas nas empresas quando solicitadas a dar informações sobre trabalhadores que já não lhes prestam serviços, causam danos morais e materiais irreversíveis, por atingirem a dignidade de pessoa humana desses

¹¹ ...as informações prestadas pelo ex-empregador devem buscar refletir somente aspectos profissionais do trabalhador, sem elucubrações acerca de aspectos pessoais ou íntimo do ex-empregado, notadamente no que concerne a aspectos supostamente desabonadores... (Pamplona Filho. 1999: 99)

¹² ...o ex-empregador incide em dano moral, passível de reparação devida, se persiste em dar más informações do ex-empregado, dificultando-lhe obter novo emprego que implique confiança (Almeida. 1999: 89).



trabalhadores, e criarem obstáculos às suas futuras colocações no mercado de trabalho. Assim, o fato da informação desabonadora destrói e altera a igualdade de oportunidades no acesso ao emprego.

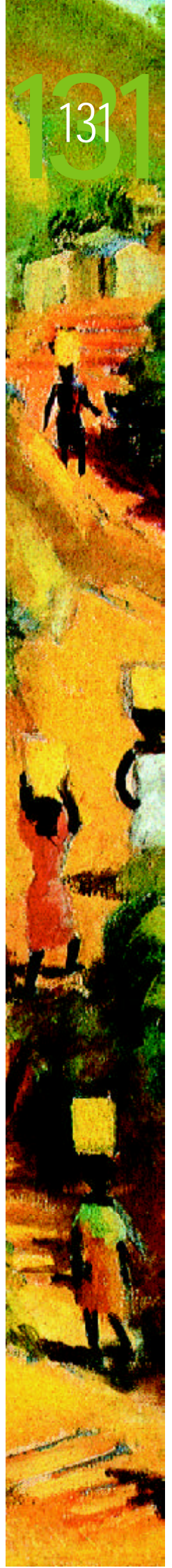
Nos tribunais, tais práticas têm gerado pedidos por indenização de dano moral. É o que se observa da decisão:

Dano Moral. Todo ato que for comprovadamente lesivo à vida funcional do empregado deverá ser indenizado. O fato de informações desabonadoras sobre a pessoa de funcionários, (...) têm cunho de prejuízo dificultando, inclusive, a que este venha a conseguir um novo emprego (TRT 6ª Região, 2ª T., RO 1590/97, Rel.: Juíza Carmem Lapenda).

Outra situação ensejadora de desigualdades decorrentes de discriminação no ambiente de trabalho que cabe ser ressaltada é a experimentada pelo empregado em situação precária, irregular; aquele que não tem seu contrato de trabalho formalmente registrado.

Não resta dúvida de que o trabalhador em situação irregular, isto é, sem vínculo empregatício formal, ao exercer suas atividades ao lado de outros trabalhadores perfeitamente regularizados, encontra-se em desvantagem em relação aos direitos trabalhistas, previdenciários e fundiários (FGTS). A situação de precariedade o coloca como vítima de tratamento discriminatório.

Para a doutrina trabalhista, a situação de precariedade em que se encontra o trabalhador sem vínculo de emprego constitui também uma violação de direitos extrapatrimoniais (direitos de personalidade), visto que o convívio com outros trabalhadores no mesmo ambiente laboral, porém em condições diferenciadas, o inferioriza e humilha. Tal situação, tida como vexatória, humilhante e constrangedora, porque decorrente de discriminação na relação de trabalho, poderá causar significativa dor moral, além de alterar ou impedir a igualdade de oportunidades no emprego, que deve ser assegurado a todos os trabalhadores.



Parte 4

Mecanismos de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades

4.1 Conceito de igualdade

A igualdade não deve ser assumida como uma identidade matemática; também não se altera por pequenas diferenças. Essa noção de igualdade indica sua concepção como semelhança de características, ou de elementos componentes de duas coisas ou pessoas. Portanto, igualdade não significa identidade, uma vez que as coisas iguais não se confundem; cada uma, de *per si*, mostra apenas uniformidade com a outra.

Quando se diz que duas pessoas são iguais, isto não significa que elas são idênticas, e sim que possuem características comuns, ou que são semelhantes sob vários aspectos. Pode-se dizer, assim, que os seres humanos só são iguais ou desiguais em relação a determinadas características, que necessitam ser especificadas, não fazendo sentido dizer que todos os homens são iguais. O único traço característico comum a todos os homens é a *natureza humana*.



Segundo a filósofa HANNAH ARENDT, os homens não nascem iguais; estes se tornam iguais, em virtude de uma convenção que garante a todos direitos iguais.¹ É a norma jurídica que torna todos iguais, reconhecendo-lhes os mesmos direitos fundamentais. É ela que dispõe serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Para ARENDT, a igualdade está relacionada com a justiça, sendo construída por meio das instituições, com o objetivo de tornar todos os homens iguais. Isso porque, “os homens são por natureza desiguais e apenas a sociedade (...) tornou-os iguais”,² o que significa ser a igualdade entre eles uma construção, já que foi a sociedade que os tornou iguais.

A dificuldade de se estabelecer a noção de igualdade reside em sua indeterminação. Para se dizer que duas pessoas são iguais, é necessário que se estabeleça em relação a que elas são iguais. A igualdade é, portanto, uma relação formal, abstrata, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Quando se diz, portanto, que todos os homens são iguais, isso não quer dizer que são iguais em tudo; é preciso dizer em que eles são iguais. Por isso, a igualdade como um valor para o homem tal qual ser genérico, pertencente à humanidade, só pode ser entendida como uma relação na qual o homem, como ser social, está com os outros indivíduos.

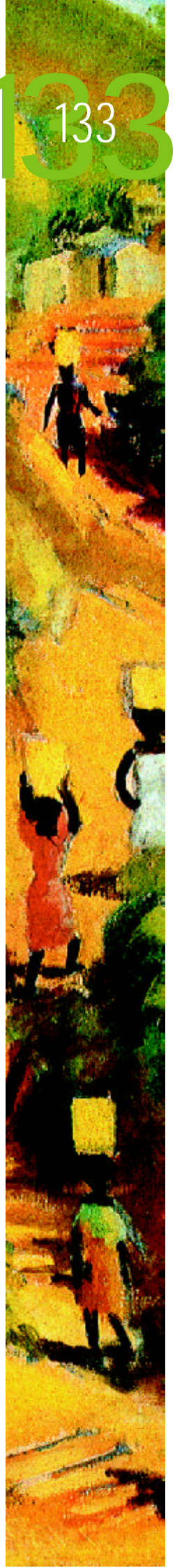
A igualdade como relação deve estar contida na regra (da igualdade), por meio da distribuição de benefícios ou de ônus, para que o ideal de justiça, contido na noção da igualdade, seja atingido. Sempre onde a regra é a igualdade, deve ser justificado o tratamento desigual.³ Isso significa dizer que, quando a regra é a igualdade, devem-se tratar todos os indivíduos equitativamente, o que implica em tratar os iguais como iguais, e os desiguais como desiguais.

Portanto, quando uma regra jurídica discrimina pessoas ou situações, característica esta que lhe é peculiar, ter-se-á que essa discriminação só é legítima se não afrontar o princípio da igualdade, que guarda a noção de isonomia. Este princípio, que informa todo

¹ Ver Arendt em “A Condição Humana”.

² Nietzsche in Bobbio. 2000: 304.

³ Bobbio. 2000: 7.



ordenamento jurídico, seria o garantidor da igualdade de oportunidades e tratamento, necessárias para que cada um busque seu desenvolvimento como indivíduo.

4.2 Princípio da igualdade

O pensamento liberal clássico defendia que a igualdade seria atingida mediante igual distribuição de direitos fundamentais *à vida, à liberdade e à propriedade*. Estabelecida a igualdade de direitos perante a lei, estariam dadas às condições para que cada um ocupasse posição na sociedade, conforme suas habilidades e capacidades. A igualdade aqui estabelecida é de natureza formal.

Reconheceu-se posteriormente que a igualdade de direitos, de natureza formal, seria insuficiente para tornar acessíveis a todos as oportunidades de desenvolvimento social. Haveria a necessidade de distribuições desiguais de bens sociais, para colocar os desfavorecidos em igualdade de oportunidades com os socialmente privilegiados. O princípio da igualdade, sob essa nova concepção, passou então a guardar um conteúdo de natureza material (substantiva) que exige da lei tratamento diferenciado às pessoas, ou grupos carentes de proteção, para que se atinja a justiça social.

De tal modo, o alcance do princípio da igualdade ampliou-se. Hoje, ele não se restringe apenas à igualdade formal, na qual os indivíduos são nivelados diante da norma jurídica, mas passou também a orientar a própria lei, no sentido de que esta seja conformada à isonomia.⁴ O enunciado de que “todos são iguais perante a lei” guarda então duas naturezas: uma formal e outra material.

O conteúdo formal contém a exigência de igualdade na aplicação da lei, que deverá ser de caráter geral, aplicada sem qualquer distinção com base nas pessoas por ela atingidas, quando da apreciação do caso concreto. A igualdade perante a lei é uma prescrição que reage contra a discriminação, ao igualar formalmente todas as pessoas em relação à

⁴ Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia (Bandeira de Melo, 2001: 9).



aplicação da lei, independente de qualquer circunstância pessoal e concreta. O conteúdo do princípio é genérico e abstrato; trata-se de uma igualdade formal, de direito.

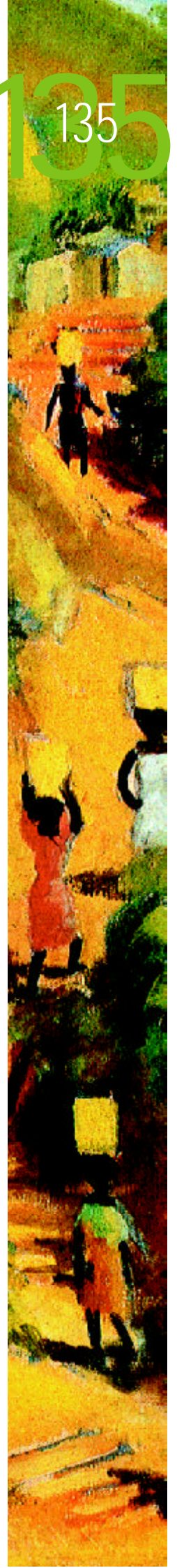
Já o conteúdo material, visto que a aplicação igual da lei, em caráter geral, se mostrou insuficiente para garantir a igualdade de todos em relação aos direitos fundamentais, constitui-se em um comando que limita a lei “ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”.⁵ Isso significa que a lei deve tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os casos desiguais. Observando esse comando, o legislador não poderá fazer da lei fonte de privilégios, mas considerá-la como instrumento regulador da vida social que terá de observar a vedação à discriminação não justificada. Desse modo, tanto o aplicador da lei, seu interprete, quanto o legislador, seu autor, são obrigados a observar o princípio da igualdade.

A doutrina do direito reconhece que o princípio da igualdade adquiriu um duplo enfoque, ou seja, é um princípio de conteúdo formal, como norma que iguala todos perante a lei, e de conteúdo material (substantivo), como norma que promove uma igualdade na lei, ao proibir apenas as discriminações arbitrárias. O princípio da igualdade em sua natureza material vincula o legislador ao conteúdo isonômico da norma, que terá de garantir a igualdade de tratamento pelo direito, nos casos iguais, bem como sua diferenciação nos casos desiguais. Desse modo, é a lei que serve de instrumento de igualação, tornando todos iguais em direitos, vez que, na realidade, as pessoas tendem a diferir, seja por suas capacidades físicas ou mentais, ou por razões sócio-econômicas. Por igualdade material entenda-se, portanto, a busca em propiciar iguais oportunidades a todos.

Nessa direção, a concepção do princípio da igualdade vence a abstração contida na prescrição de que todos são iguais perante a lei, e reconhece as desigualdades materiais, notadamente as de natureza sócio-econômica, que se encontravam ocultas no conteúdo genérico da igualdade perante a lei.⁶ O princípio da igualdade passou, assim, a garantir a realização dos direitos fundamentais, ficando evidente que a justiça social somente será possível através da busca constante de

⁵ Bandeira de Melo. 2001: 9.

⁶ Raupp Rios. 2002: 49.



mecanismos jurídico-políticos que protejam os indivíduos contra as discriminações injustificadas, e promovam a igualdade de oportunidades.

Entende-se que o princípio da isonomia, disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, contempla o conteúdo formal e material, na medida em que a busca pela igualdade implica que o tratamento jurídico há de ser igual entre iguais e diferenciado entre os desiguais, segundo as circunstâncias fáticas, observando-se critérios de razoabilidade e conforme os valores constitucionais.

Deduz-se do conteúdo do princípio da igualdade que as pessoas somente poderão ser juridicamente desequiparadas em razão da origem, raça, sexo, cor, idade, ou de quaisquer outros critérios distintivos, se existir uma correlação lógica entre o critério diferenciador residente nestas pessoas e a igualdade de tratamento pretendida; tem de haver uma justificativa lógica, fundada em razão valiosa, com vista ao bem público.

Quando a norma veda a publicação de anúncios de emprego nos quais haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, ela mesma ressalva que esse fato será legítimo se a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir. Isso quer dizer que é legítimo o anúncio discriminatório em razão de qualquer desses critérios, se tal distinção for justificada pelas condições inerentes à atividade ofertada.

Anunciar, portanto, a contratação de pessoas com idade entre 14 a 18 anos para atividade de aprendiz em metalúrgica não ofende o princípio da igualdade, visto tal contratação encontrar-se amparada pela proteção ao trabalho do menor, que tem garantido o direito à formação técnico-profissional em funções que demandem formação profissional. Entretanto, um anúncio contendo como critério seletivo a “boa aparência” seria francamente discriminatório, não apenas em vista de seu forte conteúdo racista, mas pelo fato do critério discriminativo não guardar pertinência lógica com qualquer atividade de trabalho que se possa ofertar.

A discriminação não se encontra nos critérios diferenciadores elegidos; estes em nada se chocam com a isonomia. Não se deve, portanto, buscar no traço diferenciador (sexo, cor, raça, idade) a afronta ao princípio da igualdade. O que se apreende do preceito

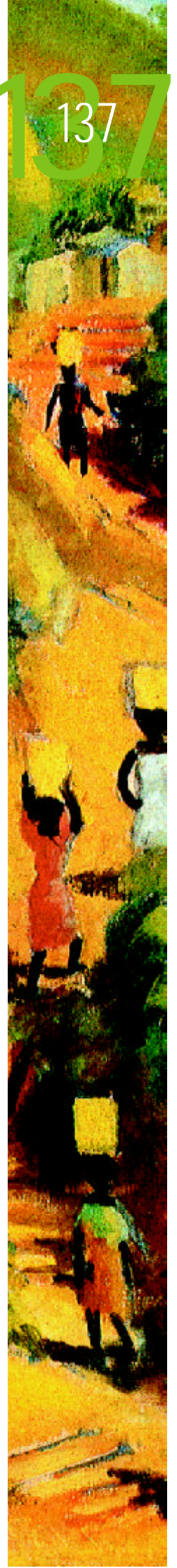


isonômico, ao exemplificar alguns critérios discriminatórios, é que objetiva colocar em evidência certas características encontradas nas pessoas, ou situações objetivas, que não podem, por razões de preconceitos ou discriminação, ser tomadas como traços distintivos entre elas. Essas características, quando consideradas como razão que fundamenta a diferença entre pessoas ou grupos sociais, são discriminatórias.

Somente quando existe uma razão suficiente que justifique um tratamento desigual é que não haverá violação ao princípio da igualdade. Se, contudo, não existir razão suficiente para o tratamento desigual, então deve ser dado um tratamento igual. O que a ordem jurídica pretende firmar, por via do princípio da igualdade, é a proibição de desequilíbrios fortuitos ou injustificados. Isso leva ao entendimento de que, diante de elemento discriminador, cabe investigar se há pertinência lógica que justifique o tratamento diferenciado e, ainda, se o fim almejado com a distinção está consoante com os objetivos fundamentais dispostos na norma constitucional (art. 3, III e IV, da CF/88).

Há, portanto, que se ressaltar, não ser qualquer diferença suficiente para justificar discriminações em conformidade com o princípio da igualdade. Para além de ser necessário fixar um nexos, uma correlação lógica, entre os fatores diferenciais e o tratamento desigual a ser amparado pelo regime jurídico, é preciso investigar se a correlação estabelecida é pertinente com os interesses constitucionalmente protegidos. Não é suficiente, pois, estabelecer racionalmente um nexos entre a diferença que se pretende acolher e o conseqüente tratamento desigual. É preciso, ainda, que o vínculo demonstrado esteja conformado aos valores constitucionais.

Toda regra que observar essas condições estará conformada ao princípio isonômico. É o que ocorre com a proteção jurídica oferecida à pessoa portadora de deficiência, que recebe amparo singular, necessário para igualá-la às demais pessoas. Sem dúvida, é o princípio da igualdade que a informa, em atendimento ao seu conteúdo material, que permite seja dispensado tratamento jurídico diferenciado entre os desiguais, segundo os pressupostos fáticos, observando-se fundamentos razoáveis. Esse princípio também vai informar a proteção ao trabalho da mulher e do menor.



A proteção a pessoas, grupos sociais ou situações, fundada na igualdade material, como uma das garantias do Estado democrático de direito, nada mais é do que a aplicação dos princípios fundamentais dispostos na Constituição, consubstanciados na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, com o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º, II e III, IV e art. 3º, IV, da CF/88).

Do exposto, pode-se deduzir que o princípio da igualdade vê-se afrontado quando não há relação de pertinência lógica entre o critério discriminativo e o tratamento diferenciado tomado em razão desse, ou ainda, considerando haver pressuposto razoável, o tratamento desequiparador conduzir a efeitos que se chocam com preceitos constitucionais.⁷

4.3 Princípio da igualdade de oportunidades

O princípio da igualdade de oportunidades é um dos pilares do Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais em condições de igualdade de oportunidades. Este princípio apresenta um grau de generalidade tão alto quanto o princípio da igualdade perante a lei, sempre que não seja especificado o seu conteúdo. Tomado de forma abstrata, ele se consubstancia em uma regra de justiça.

O que faz do princípio da igualdade de oportunidades um princípio inovador, nos Estados democráticos contemporâneos, é o fato de ele

⁷ Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V - A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimen, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita (Bandeira de Melo. 2001: 47).



ter se difundido nas sociedades altamente competitivas. Foi a constatação de que os bens sociais e econômicos são escassos que gerou a necessidade da igualdade de oportunidades, fundada na igualdade dos pontos de partida, que deveria ser assegurada a todos os membros da coletividade, sem nenhuma distinção de sexo, raça, cor, religião etc. A partir daí, criou-se a concepção do princípio da igualdade de oportunidades, como mecanismo capaz de assegurar a todos a posse dos bens sociais.

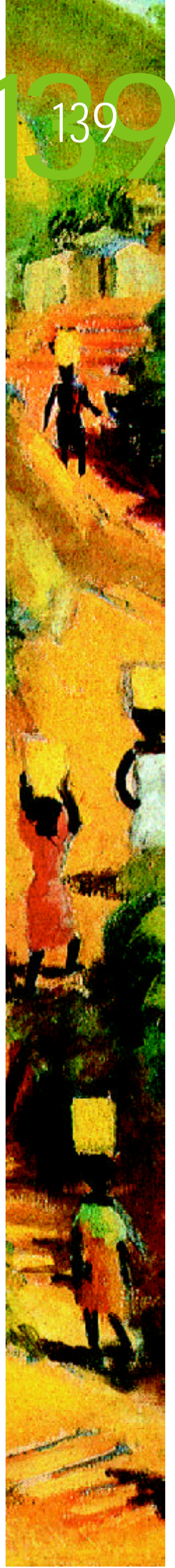
O princípio da igualdade de oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros de uma sociedade na condição de participar com igualdade, das oportunidades oferecidas pelo meio social, econômico, e político. Pela aplicação do princípio da igualdade de oportunidades, buscar-se-á corrigir desigualdades sociais, ao favorecer alguns e desfavorecer outros, introduzindo discriminações, para assegurar aos desfavorecidos sociais a igualdade de oportunidades no acesso aos bens da sociedade. Esse tratamento assimétrico não ofende o princípio democrático da igualdade de oportunidades. Objetiva, sim, corrigir as desigualdades injustificadas de fato existentes na sociedade.

Desse modo, o princípio da igualdade de oportunidades vai garantir que uma desigualdade se torne um instrumento de igualação, uma vez que possibilita corrigir uma desigualdade anterior.⁸ É, portanto, o princípio da igualdade de oportunidades um princípio de justiça social, que se encontra compreendido na natureza isonômica do princípio da igualdade. É ele quem informa as políticas de promoção da igualdade, e de eliminação da discriminação por motivo de sexo, cor, raça, etnia etc.

4.4 Princípio da igualdade e a aferição da conduta discriminatória

A discriminação é uma conduta que afronta o princípio constitucional da igualdade, formulado conforme a teoria universalista dos direitos humanos, proposta pela tradição liberal moderna. A concepção prevalente é de que o ser humano, qualquer que seja seu característico, possui dignidade humana.

⁸ Bobbio. 1996: 31-32.



A igualdade entre todos, formulada a partir da concepção de que todos os homens possuem dignidade humana, não corresponde à igualdade factual. É uma construção jurídica que quer dizer: todos devem possuir as mesmas oportunidades e os mesmos direitos, apesar dos elementos característicos distintivos. Contudo, a regra da igualdade não afasta a possibilidade de serem adotadas medidas diferenciadas em relação às pessoas ou grupo sociais, desde que o princípio isonômico seja mantido e o critério diferenciador justifique-se pela razoabilidade.⁹ Nesses casos, é preciso saber quem são os iguais e os desiguais, para definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual,¹⁰ que será aplicado em busca da igualdade, uma vez que regras universais não corrigem desigualdades.

Do exposto, deduz-se que o princípio da igualdade não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como ao contrário se poderia supor, diante da literalidade de seu enunciado, mas comporta, sim, o tratamento desigual.¹¹ É possível, pois, distinguir pessoas (mulheres, negros, índios, portadores de deficiência, idosos, menores), para lhes dar tratamento jurídico diferenciado, no entanto, este há de respeitar limites de razoabilidade, e destinar-se a realizar um fim legítimo. A discriminação só estará presente se o critério discriminativo não passar no teste de razoabilidade ou, ainda, naqueles casos em que o fundamento lógico encontra-se em desacordo com os interesses prestigiados na ordem constitucional; dessa forma têm decidido os tribunais.

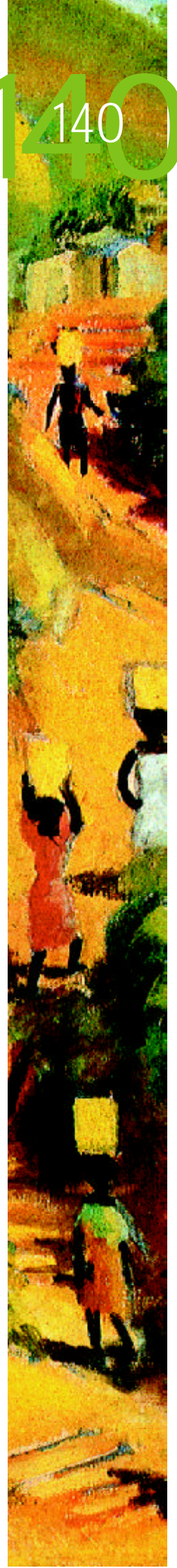
A conduta discriminatória somente será reconhecida como tal se houver lesão ao princípio da igualdade, ou seja, se esta não se justificar pelos critérios da razoabilidade e legitimidade, que irão indicar se a distinção é aceitável, e se o fim visado é legítimo.¹² Se inexistir uma justificativa racional para a imposição de um tratamento diferenciado,

⁹ ... a exigência de igualdade não nos dispensa a necessidade de conceber critérios que justificam a adoção de atitudes diferenciadas para com os indivíduos (Rabenhorst. 2001: 104).

¹⁰ O objetivo desse tratamento assimétrico não é ferir o princípio democrático de igual oportunidade mas compensar e/ou corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade (Rabenhorst. op. cit., p. 105).

¹¹ ... por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparação fortuitas ou injustificadas (Bandeira de Melo, 2001: 18).

¹² Bandeira de Melo. Op. cit., p. 43: "Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário".



é obrigatório o tratamento igual para as situações ocorrentes, sob pena de violação do princípio da igualdade. Portanto, se ficar evidente que a distinção ou preferência tem por efeito alterar ou destruir a igualdade de oportunidades, assegurada pela regra da isonomia, está evidenciada a conduta discriminatória, e seu combate se dará através da aplicação da lei, ao caso concreto, buscando-se o restabelecimento do direito agredido.¹³

4.5 Proteção antidiscriminatória

O combate à discriminação tem se destacado como uma marca característica das modernas sociedades democráticas, nas quais a preocupação com a inclusão social surge com os avanços democráticos observados nas sociedades atuais, em contraposição aos processos excludentes observados em fases anteriores do desenvolvimento social e político.

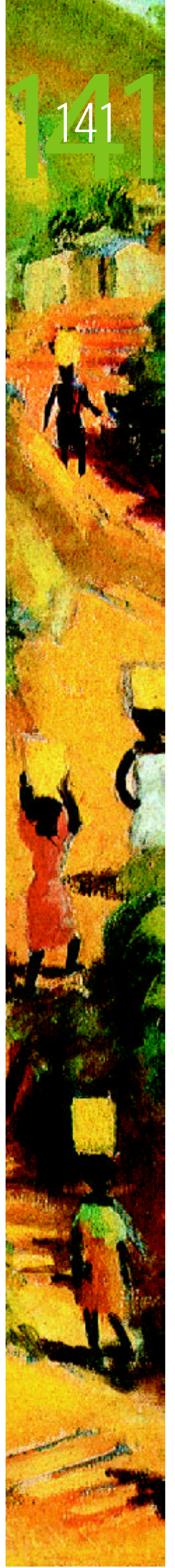
4.5.1 Proteção antidiscriminatória na norma constitucional

No âmbito da Constituição, está estabelecida a vedação a toda e qualquer discriminação de cunho arbitrário ou abusivo. Importa, no entanto, lembrar que tratar desigualmente os desiguais em nada fere o ideal de justiça social, compreendido no conteúdo do princípio da igualdade; ao contrário, o implementa.¹⁴ Somente quando se verifica no tratamento desigual uma diferenciação não razoável, não justificável, tem-se uma discriminação vedada pela norma constitucional.

A proteção antidiscriminatória contida na Carta constitucional é percebida, logo em sua abertura quando, ao dispor sobre os princípios fundamentais do Estado brasileiro, estabelece como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV,

¹³ Convenção n. 111, da OIT, art. 1º: “discriminação compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento...”.

¹⁴ Furtado. 2004: 178.



da Cf/88). Desse modo, a Constituição dispõe ser norma programática da República brasileira excluir qualquer tipo de preconceito e discriminação, por entendê-los impeditivos da promoção do bem de todos.

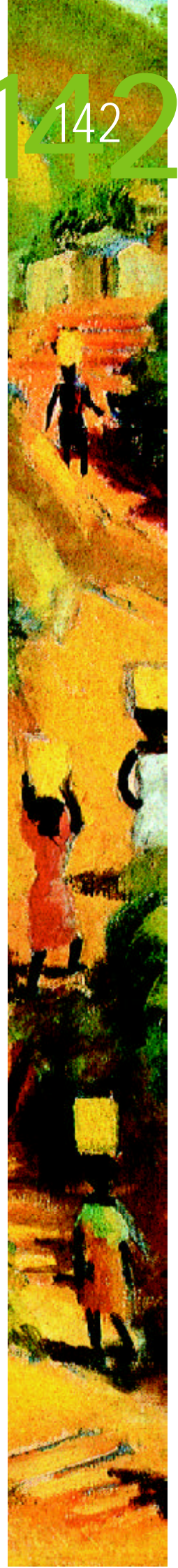
Também, o artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, afasta a discriminação quando, ao preceituar a regra da igualdade como direito fundamental individual e coletivo, acentua que esta deve ser cumprida, sem distinção de qualquer natureza. Assim, a Constituição elevou a patamar expressivo o direito à igualdade, consubstanciado no preceito de que *todos são iguais perante a lei (...)*. Como se não bastasse a regra da igualdade para todos, sem distinção de qualquer natureza, a Constituição afirma a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações (art.5º, I, da CF/88).

De tal modo, a partir da carta constitucional de 1988, a igualdade entre homens e mulheres tornou-se quase absoluta; não enxergou, o constituinte, razão para diferenciação entre os sexos. Apenas impôs tratamento diferenciado entre eles, ao proteger a mulher nas questões relativas à maternidade (gestação e amamentação) sem prejuízo do emprego (art. 7º, XVIII), ao serviço militar, do qual a mulher é excluída em tempo de paz (art. 143, d d 1º e 2º, CF/88) e à proteção do mercado de trabalho (art. 7º, XX, da CF/88).

Contudo, a despeito da regra da igualdade, a estrutura social e familiar ainda é desfavorável a mulher. No mundo do trabalho, com frequência as mulheres percebem salários menores do que os homens; enfrentam maiores dificuldades de ascensão funcional; apresentam baixa ocupação de cargos de chefias e direção, e ainda são as vítimas preferenciais do assédio sexual e moral no ambiente de trabalho.

Quanto á discriminação por motivo de raça, a Constituição não apenas, explicitou a proibição, mas estabeleceu a imprescritibilidade do crime de racismo, como também o descabimento de fiança (art. 5º, XLII, da CF/88). Também dispõe a norma constitucional, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/88).

4.5.1.1 Proteção antidiscriminatória na norma constitucional



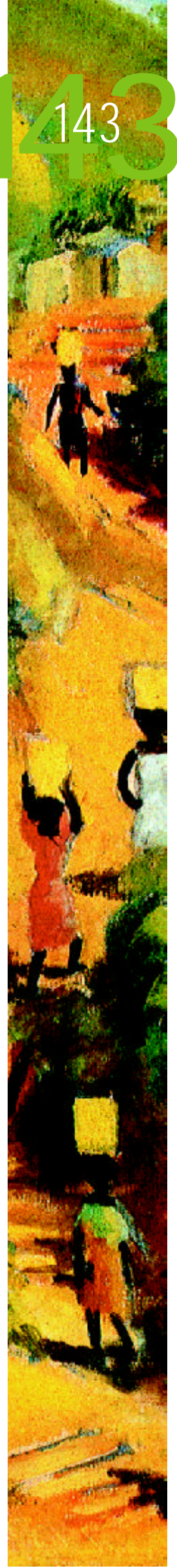
4.5.1.1 Proteção antidiscriminatória na norma constitucional relativa ao trabalho

No que se refere à proteção antidiscriminatória, no âmbito do Direito do Trabalho, percebe-se que esta se tem ampliado na medida em que as conquistas democráticas se refletem sobre a relação de trabalho, e influenciam o surgimento de instrumentos jurídicos proibitivos de práticas discriminatórias no trabalho.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, surgida em um momento de redemocratização, absorve a tendência manifestada em normas internacionais, e estabelece explícitos comandos antidiscriminatórios, que passaram a informar todo o ordenamento jurídico. Sob a orientação do princípio da igualdade, que preceitua serem todos iguais, sem distinção de qualquer natureza, surgem os comandos proibitivos da discriminação.

A regra da igualdade de direitos e obrigações para homens e mulheres causou enorme repercussão na legislação trabalhista. Até então, sob a justificativa da proteção ao trabalho da mulher, a CLT trazia normas que restringiam seu campo laboral, ao impedir sua atividade no horário noturno e ao proibir o trabalho nos subterrâneos, nas minerações de subsolo, nas pedreiras e obras da construção civil e, ainda, nas atividades perigosas e insalubres. Esses dispositivos, revogados pela Lei 7.855/89, produziam efeitos absolutamente discriminatórios em relação à mulher trabalhadora. Entende-se que outros preceitos celetistas, não contemplados por essa lei, e que estejam contrários ao princípio de não-discriminação, encontram-se revogados, de modo tácito, pela nova ordem constitucional (art. 383, CLT).

Contudo, do exposto, não se pode concluir que a Constituição, por estabelecer a igualdade de direitos entre homens e mulheres, tenha eliminado toda e qualquer distinção entre eles. Ela, apesar de proibir a discriminação em razão do sexo, oferece tratamento diferenciado à mulher nas questões referentes à proteção à maternidade. De tal modo, a mulher grávida encontra-se protegida contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT, CF/88); tem direito à licença gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII, da CF/88); poderá mudar de função caso fique atestado que



esta é prejudicial à sua gestação (art. 392, p. 4º, da CLT) e, ainda, lhe é facultado o rompimento do contrato de trabalho em razão de sua gravidez (art. 394, CLT).

A proteção ao trabalho da mulher é de ordem pública, e encontra-se conforme preceitos constitucionais de valorização da família (art. 226, CF/88) e de garantia à saúde através de medidas que visem à eliminação de riscos e outros agravos (art. 196, CF/88). Desse modo, as normas de proteção do trabalho da mulher, além de estabelecerem garantias à maternidade, em seus aspectos de saúde e emprego, procuram também cuidar da guarda e assistência de seus filhos durante o período de amamentação (art. 389, d 1º, da CLT).

Entende-se que esse conjunto normativo vai ao encontro do preceito constitucional que diz do direito à proteção ao mercado de trabalho da mulher por meio de incentivos específicos (art. 7º, XX, CF/88). Pretende-se, com a proteção, eliminar barreiras à inclusão da mulher no mundo do trabalho, estabelecendo-se proibições às práticas discriminatórias que restrinjam ou impeçam seu direito ao emprego.¹⁵ Contudo, apesar de todo o aparato jurídico protetivo, é comum a despedida arbitrária da empregada grávida, sendo o fato da gravidez de grande significância nas práticas discriminatórias observadas contra a mulher trabalhadora, que se vê vítima preferencial do assédio moral, usado como meio de intimidação, para afastá-la da empresa.

A consequência jurídica daí decorrente é a reintegração da empregada, com ressarcimento integral das remunerações devidas, até o término da estabilidade da gestante. Caso não haja reintegração, por completa impossibilidade do restabelecimento da relação de trabalho, ou devido à sentença ter transitado em julgado após finda a estabilidade, a percepção da remuneração deverá ser em dobro, para todo período do afastamento.

Como a empregada gestante não deve ser objeto de dispensa sem justa, devido ao direito constitucional à estabilidade provisória, caberá ao empregador o ônus da prova, caso a rescisão do contrato de

¹⁵ Quando a CF/88 estabelece o protecionismo e o incentivo mercadológico ao trabalho feminino, está na realidade, marejando discriminação no tratamento em face ao sexo, desigualização só permitida porque prevista pela Norma das Normas (Lima, 1997: 73).



trabalho se dê por justa causa, ou motivo técnico, econômico ou financeiro, em regra alegados, como encobridores de condutas discriminatórias, conforme se observa do julgado:

O ônus da prova do fato ensejador da dispensa por justa causa é do empregador (art. 818, da CLT combinado com o art. 333, II, CPC). Não se desincumbindo deste encargo probatório, reputa-se injusta a despedida, atraindo o deferimento de todas as verbas rescisórias (Ac. TRT da 3ª Região, RO 02565/93, 2ª T., Rel., Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira).

Outro dispositivo constitucional de relevante importância como proteção antidiscriminatória é o que proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, da CF/88), posto que aqui restou estabelecida a proibição da discriminação do trabalhador em razão desses fatores. Conforme esse comando, a mulher trabalhadora, exercendo a mesma função que o homem, não deve perceber menos que este. Também não deve ser preterida no exercício de qualquer função, nem tampouco ser discriminada no acesso ao emprego, seja em razão do sexo, idade, cor, ou estado civil.

Reside nesse dispositivo constitucional (art. 7º, XXX) o grande corolário do princípio da isonomia,¹⁶ no âmbito da relação de trabalho, que aqui é buscada por meio de expressos comandos de proibição da discriminação. A isonomia garantida por essa norma confere ao trabalhador o direito de não ser discriminado em seu salário, no exercício de funções e nos critérios de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Tal vedação constitucional, no entanto, não tem impedido que trabalhadores, notadamente mulheres, em face do sexo, da cor e do estado civil, sejam objetos de práticas discriminatórias em relação ao salário, exercício da função ou acesso ao emprego.

Também o trabalhador negro vê-se discriminado em razão de sua cor, ou de sua origem racial. São inúmeras as pesquisas que apontam para as situações de desigualdades enfrentadas pelo trabalhador negro, de ambos os sexos, no mundo do trabalho. Essas revelam que os negros ganham menos que os brancos, notadamente as trabalhadoras negras.

¹⁶ Furtado. 2004: 188.



Estas apresentam os níveis mais baixos de rendimentos; ocupam a maioria dos postos de trabalho precários (sem registros na CTPS), não qualificados ou de trabalho doméstico, e registram a maior taxa de desemprego.¹⁷ Segundo esses estudos, a reiterada desigualdade enfrentada pelo trabalhador negro, que tem apresentado um padrão ao longo de décadas, demonstra que a discriminação racial no mundo do trabalho é um fato incontestável.

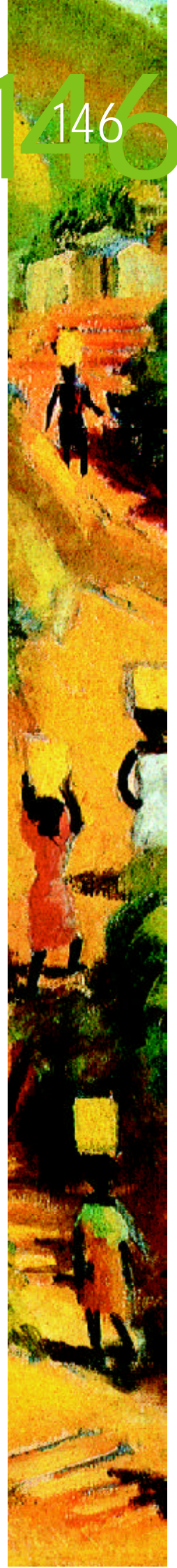
Outro critério contemplado pela Constituição para arrear a discriminação é a idade. Aqui, quis a norma constitucional vedar a discriminação, em razão da idade, do trabalhador menor, e notadamente daquele trabalhador que já atingiu determinada idade, considerada avançada, pelo mercado de trabalho.

Com relação ao menor, o constituinte quis evitar que viesse a ser discriminado tão somente em razão de sua pouca idade, dando-lhe o direito a igual salário e função, e de não ser discriminado no acesso ao posto de trabalho. A Constituição estabeleceu, ainda, um conjunto de normas protetivas ao trabalho do menor. Desse modo, o menor está proibido de trabalhar em lugares perigosos e insalubres e em horário noturno (art. 7º, XXXIII, da CF).

Entende-se, contudo, que a Constituição, ao vedar a discriminação do trabalhador por motivo de idade (art. 7º, XXX, da CF), pretendeu afastar qualquer discriminação que tenha como referência esse critério. Portanto, a intenção foi também proteger o trabalhador de mais idade de práticas discriminatórias no mundo do trabalho, notadamente no que se refere à ascensão profissional e à admissão no emprego, pois, muitas vezes, a idade é fator impeditivo da colocação do trabalhador no trabalho formal. Não é incomum trabalhadores de apenas 35 anos de idade serem impedidos de ter acesso ao emprego, por serem considerados velhos pelas regras de contratação impostas pelo mercado de trabalho.

A Constituição também proibiu qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, da CF), e criou, no âmbito do serviço público, a reserva de vagas em concursos públicos (art. 37, VIII, da CF), numa clara

¹⁷ Mapa da população negra no mercado de trabalho, INSPIR, São Paulo.



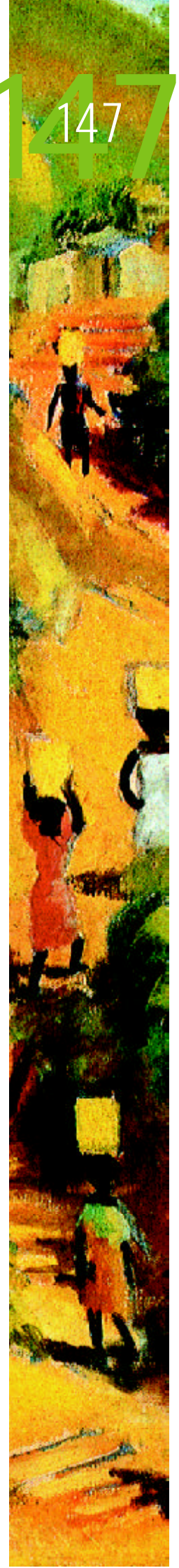
intenção de promover a integração social da pessoa com deficiência, por meio de sua inserção no trabalho.

Também se pode perceber, do disposto no texto constitucional, a preocupação em buscar a isonomia entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre profissionais respectivos, com a proibição de qualquer distinção entre essas modalidades de trabalho (art. 7º, XXXII, da CF). Aqui, a idéia de isonomia é genérica, não ficou fixado qualquer critério de vedação, o que leva a crer que a Constituição buscou arredar a discriminação em face da qualidade do trabalhador. Diante da dignidade de pessoa do trabalhador, a proibição à discriminação em razão de suas qualidades profissionais pretende realçar a isonomia entre todo trabalho lícito e digno.

Encontra-se explícita na Carta constitucional a regra de isonomia entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV, da CF), aquele que presta serviço nos portos, armazéns e salinas, fazendo carga e descarga de mercadorias. Quis a Constituição estabelecer a igualdade de direitos, com o objetivo de eliminar qualquer discriminação entre o trabalhador empregado e o trabalhador avulso, isto é, aquele que não estabelece vínculo de emprego com o tomador de serviço, sendo colocado no trabalho pelo seu sindicato.

Do exposto, fica evidenciado o firme propósito da norma constitucional de se constituir em instrumento de combate à discriminação e de promoção do bem de todos, por meio da aplicação do princípio da igualdade, também no que é referente às relações de trabalho. O princípio constitucional da igualdade informa e orienta todo o ordenamento jurídico, ao garantir o tratamento isonômico que deve ser assegurado a todos, em busca da promoção da igualdade de oportunidades, cujo alcance vai depender do cumprimento do princípio da não-discriminação, que se apresenta como corolário do princípio da igualdade.

Qualquer norma que deixe de observar a determinação constitucional da isonomia há de ser considerada inconstitucional. Ao aplicador da lei, também é imposta a obrigação de interpretar e aplicar as normas jurídicas, ao caso concreto, de forma isonômica. Aquele não pode, ao dizer o direito, fazê-lo discriminando pessoas, seja em razão do sexo, origem, raça, cor, convicções religiosas, ou qualquer



outra forma de discriminação injustificada. Tampouco, qualquer pessoa pode agir com discriminação. Aquela pessoa que adotar condutas discriminatórias, ou preconceituosas, poderá responder civil e penalmente pela conduta antijurídica praticada.

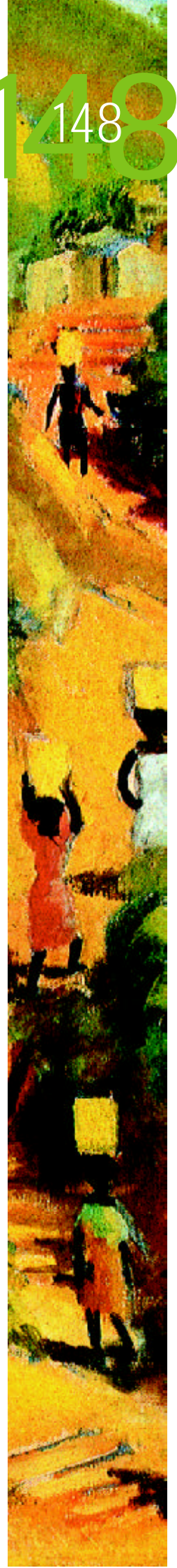
Contudo, para se atingir o ideal da isonomia, a lei tratará igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, isso devido às desigualdades materiais observadas entre as pessoas, que necessitam ser corrigidas pela norma, com a finalidade de buscar atingir a justiça social.

4.5.2 Proteção antidiscriminatória na norma infraconstitucional relativa ao trabalho

Na norma infraconstitucional, são vários os dispositivos que buscam a isonomia entre os trabalhadores. Na própria CLT, pode-se destacar o artigo 460, que dispõe, para a falta de estipulação do salário, que o empregado terá direito de receber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante. Essa norma celetista deixa clara a intenção de arredar qualquer discriminação no que se refere a salário pago por serviço idêntico ou equivalente.

Também o artigo 461 (CLT), com o mesmo objetivo de buscar tratamento isonômico entre empregados, preceitua que, sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou de idade. Isso significa que o empregador não poderá pagar salário inferior ao empregado que esteja nas mesmas condições, sob pena de ser responsabilizado por conduta discriminatória.

Outros diplomas legais vão instrumentalizar o combate à discriminação, ao proibir a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego e sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil situação familiar ou idade (Lei 9.029/95). Ou, ainda, ao procurar corrigir as distorções que afetam o acesso do trabalhador ao mercado de trabalho, por meio da vedação critérios fundados no sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, para fins de anúncio de emprego,

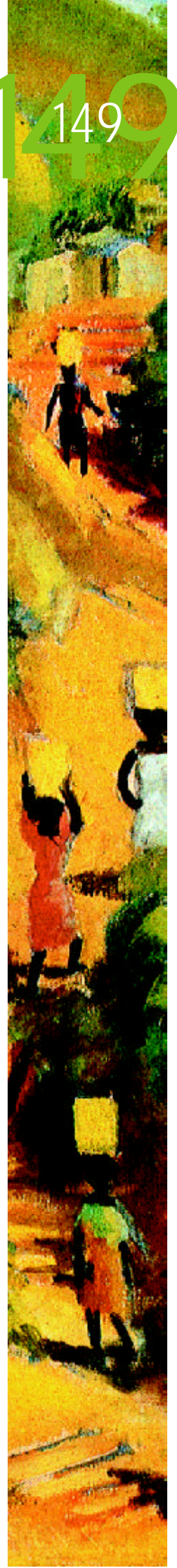


promoção, remuneração ou dispensa (Lei 9.799/99). Fica claro nessas regras o comando jurídico de proibição da discriminação estabelecido na Constituição Federal.

No caso da Lei n. 9.799/99, esta acrescentou ao conjunto normativo da CLT, o artigo 373A, que, inserido entre as normas que tratam da proteção ao trabalho da mulher, estabelece proibições de práticas discriminatórias que vão ampliar a eficácia dos comandos dispostos na Constituição e na Lei n. 9.029/95. Portanto, o artigo 373 A, ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher no mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, estabelece a proibição de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar da trabalhadora, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente assim o exigir (art. 373 A, I, da CLT).

A referida norma também proíbe a recusa de emprego, promoção ou dispensa do trabalho, em razão de sexo, idade, cor ou situação familiar, assim como considerar o sexo, a idade, a cor ou a situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional (art. 373 A, II e III, da CLT). Reforçando a proibição de prova de gravidez e de capacidade de engravidar, estabelecida pela Lei n. 9.029/95, o artigo 373 A, IV, da CLT, proíbe a exigência de atestado ou exames de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, no momento da admissão, ou durante a permanência no emprego.

Ainda, no âmbito do artigo 373 A, da CLT, encontra-se a proibição à revista íntima nas empregadas ou funcionárias no exercício do contrato de trabalho. A revista do empregado, como mecanismo de controle e fiscalização exercido pelo empregador, é um momento de grande tensão no ambiente de trabalho, e também fonte de discriminação. Não resta dúvida, é um direito do empregador buscar salvaguardas de seu patrimônio, no entanto, a revista não poderá configurar abuso de direito. De tal modo, a revista não deverá ter caráter pessoal, para que não se configure em perseguição movida pelo preconceito ou discriminação. A revista íntima está proibida, seja no empregado ou na empregada.



Note-se que o aspecto relevante da Lei n. 9.799/99 foi trazer para dentro do corpo consolidado das leis do trabalho (CLT) a vedação à discriminação contra a mulher. A importância desse fato é tornar evidente que a discriminação é um fenômeno de ocorrência significativa no mundo do trabalho, e que deve ser combatida por meio de instrumentos legais.

A proibição à discriminação contra mulher, no acesso e na manutenção da relação de emprego, explicitada na CLT, através da inclusão do artigo 373 A, e também as proibições à discriminação dispostas na legislação especial, e que contemplam o trabalhador em geral, ampliaram de modo significativo a atuação da fiscalização do trabalho. Esta, agora, vê incorporado às suas prerrogativas e atribuições, a competência de efetuar o combate às diversas formas de discriminação na relação de trabalho, e de promover a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego, em atendimento ao compromisso programático do MTE com as políticas de inclusão no mundo do trabalho.

A inspeção do trabalho perde, assim, o caráter policesco de seus primeiros tempos, em que lhe cabia de maneira precípua verificar o cumprimento das normas trabalhistas, para se assumir como propulsora da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De tal modo, fica evidente que à inspeção do trabalho inserida nesse novo contexto de democratização da sociedade brasileira, que tem reflexos nas relações empregatícias, cabe atuar como agente realizador dos valores sociais do trabalho.

De outro modo não poderia ser, já que, para realizar os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF), o Estado brasileiro deve manter, executar e organizar a inspeção do trabalho (art. 21, XXIV, da CF). A realização dos valores sociais do trabalho, assumidos pela ordem constitucional como fundamento do Estado brasileiro, será impossível sem a eliminação da discriminação, que, como fenômeno eminentemente social, se reproduz nas relações de trabalho.

Pode-se dizer que todos esses dispositivos normativos sejam os incluídos na CLT, sejam aqueles decorrentes de legislação especial, ao ampliarem os dispositivos constitucionais antidiscriminatórios, por vezes, acrescentam outros critérios discriminativos aos exemplificados na



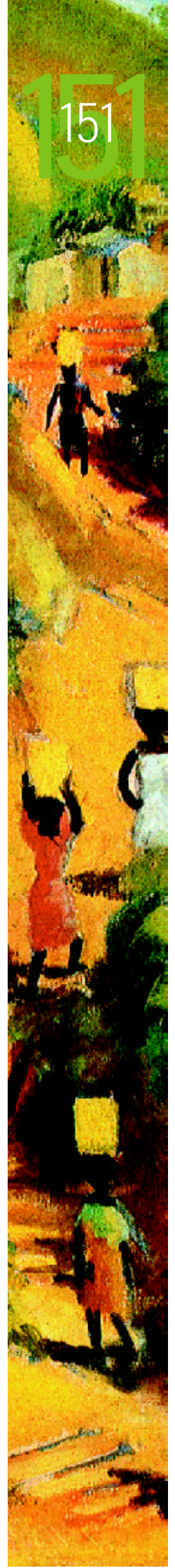
Constituição, o que resulta por aumentar o alcance da proteção jurídica em favor do princípio da não-discriminação.

No que se refere à pessoa com deficiência, percebe-se a existência de um conjunto de instrumentos legais que, de uma forma abrangente, procura garantir a essa pessoa o pleno exercício de seus direitos, com o objetivo de assegurar sua integração social (Lei n. 7.853/1989). Essa proteção legal nada mais é que uma forma de garantir-lhe a cidadania e a dignidade de pessoa humana. Aqui o princípio da igualdade permite o tratamento desigual que, nesse caso, se acha perfeitamente justificado pela dificuldade de integração social apresentada pela pessoa com deficiência.

O princípio da igualdade também vai servir de instrumento de combate à discriminação, ao garantir a igualdade de oportunidades à pessoa portadora de deficiência, para que possa incluir-se nas diversas esferas sociais (trabalho, saúde, educação, reabilitação, cultura, lazer, esporte). Assim, a fixação de percentuais obrigatórios de cargos e empregos, públicos (art. 37, VIII, da CF) e privados (art. 93, da Lei n. 8.213/1991), através do sistema de quotas, visa proteger a pessoa com deficiência, ao corrigir desigualdades, e promover a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão.

A proteção legal oferecida à pessoa portadora de deficiência obedece a uma tendência observada em legislações estrangeiras que, desde algum tempo, têm avançado nas ações afirmativas, como medidas de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento, sob o enfoque do princípio da igualdade. Portanto, são comuns, em legislações estrangeiras, normas assecuratórias do acesso e da manutenção do emprego da pessoa com deficiência, como mecanismos que buscam oferecer benefícios, para que possa se incluir no mercado de trabalho formal.

A Convenção n. 159 da OIT, ao tratar da Política de Reabilitação Profissional e Emprego para Pessoas Deficientes, deixa evidente o propósito da ação afirmativa, quando dispõe que “as medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos” (art. 4º, da Com. 159, da OIT).



Do exposto, apreende-se que, respeitada a habilitação e a capacitação do trabalhador com deficiência e, ainda, a condição de reabilitado para o trabalho, não pode haver qualquer discriminação em relação a nenhum dos aspectos do contrato de trabalho, em face da deficiência apresentada.¹⁸ A aplicação da regra isonômica incidirá sempre que o trabalhador portador de deficiência esteja habilitado ou capacitado para o exercício da função (art. 36, d 3º, do Dec. 3.298/1999). Fica garantida a igualdade de oportunidades no emprego por meio de ação afirmativa, com o objetivo de eliminar os efeitos da discriminação, através da promoção de sua inclusão no mercado de trabalho.

A lei concedeu tratamento específico, diferenciador e vantajoso a esse grupo de pessoas (lei n. 7.853/1989), em atenção às circunstâncias fáticas peculiares, que faz dele objeto de exclusão social. Serve, assim, a lei, de *instrumento regulador da vida social*, diante da necessidade de dispensar tratamento equitativo a todos os cidadãos, com vista a realizar a justiça social. Essa concepção¹⁹ se traduz do conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da igualdade.²⁰

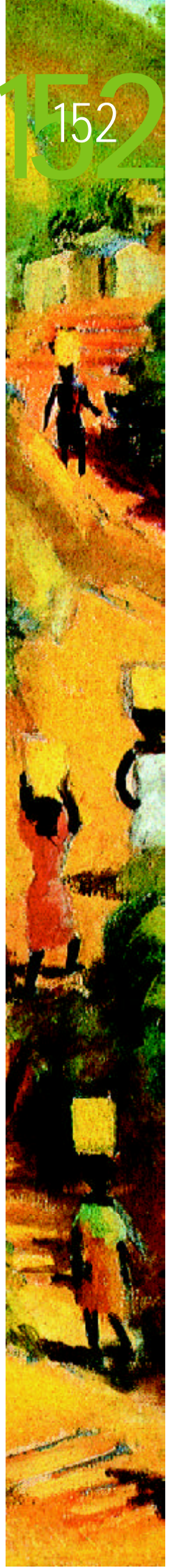
É dado conhecer que entre as pessoas ou grupos sociais há diferenças peculiares, próprias. Não se deve, por isso, construir discriminações que tenham por efeito alterar-lhes a igualdade de oportunidades e de tratamento. A conduta discriminatória, assim assumida, é proibida, constituindo ato ilícito, cuja vedação se funda no princípio constitucional da igualdade.

Para combatê-la, além de outros mecanismos, é preciso fazer usos dos instrumentos legais, que visam restabelecer o direito lesado. Por isso, quando do rompimento da relação de emprego por ato discriminatório, a lei faculta ao empregado optar entre duas alternativas reparatórias: a reintegração, com ressarcimento integral das remunerações devidas, durante todo o período de afastamento, ou

¹⁸ ...a pessoa portadora de deficiência não pode sofrer qualquer discriminação, quer quanto à admissão, quer quanto aos salários. Não só, porém. Em realidade, não pode sofrer qualquer discriminação em relação a nenhum aspecto de seu contrato de trabalho...(Araújo. 1997: 76)

¹⁹ Bandeira de Melo. 2001: 10.

²⁰ O cuidado especial com certos grupos, compatibiliza-se com os propósitos dos art. 1º e 3º da Lei Maior. A proteção, em nosso caso, das pessoas portadoras de deficiência, nada mais é do que uma forma de proteger a cidadania e a dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais (Araújo. 1997: 77).



percepção em dobro, pelo empregado, da remuneração do período de afastamento (art. 4º, I e II, da Lei 9.029/95). Cabe, ainda, a reparação do dano moral sofrido pelo empregado, como se observa:

Dano Moral. Despedida Abusiva. Limitações do Poder de Resilição. ...Discriminação Decorrente de Defeito Físico - O direito potestativo de resilir o contrato de trabalho encontra limites nas demais normas componentes do ordenamento jurídico, que formam um todo, exigem interpretação harmônica. Havendo prova que o empregado foi dispensado apenas por deficiente físico, não importando a debilidade em redução da capacidade laborativa, configurada está a despedida abusiva, com violação arts. 1º, III e IV; 5º, caput e XLI; 7º, XXXI; 37 caput; 170 caput e 193, todos da Constituição Federal; além do art. 9º da CLT. Há abuso de direito por seu exercício sem legítimo interesse e em desacordo com sua destinação social... (TRT 9ª Região, RO 09136/93, Ac. 1ª T., 17.351/94, Rel., Juiz Santino Gonçalves).

Existem também práticas discriminatórias contra a mulher, que, por serem mais gravosas, são consideradas crimes. São as que se referem à exigência de teste, exame, perícia laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo ao estado de gravidez (art. 2º, I, da Lei n. 9.029/95), à adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética (art. 2º, II, a, da Lei n. 9.029/95) e à promoção do controle de natalidade, quando não realizada por instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do SUS (art. 2º, II, b, da Lei n. 9.029/95).

Com relação ao racismo, são crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, negar ou obstar emprego em empresa privada (art. 4º, da Lei n. 7.716/89) e praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional (art. 20, da Lei n. 7.716/89). Também é crime a conduta de negar emprego ou trabalho sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência (art. 8º, III, da Lei n. 7.853/89).



Frente a essas práticas discriminatórias que configuram ilícitos penais, o Estado recorre à sanção por pena, devido entender que a “conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação (...)”²¹, embora se tenha que a ilicitude jurídica é uma só. O que difere é a gravidade ou intensidade da ofensa, que irá determinar a imposição da pena, no ilícito penal, e por menor extensão da perturbação social, as indenizações, no ilícito civil.

Nos casos em que a prática da discriminação não recebe tratamento em legislação especial, como a que se observa em relação ao trabalhador acometido de doença - HIV/Aids, LER/DORT ou Hanseníase - o fundamento jurídico para combatê-la deve ser o princípio constitucional da igualdade, conforme se percebe nas decisões de primeira²² e segunda instância trabalhistas, que vêm firmando jurisprudência no sentido da eficácia do princípio da igualdade no combate à discriminação, como se pode observar dos julgados:

Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 a proíbe. Assim, a dispensa imotivada do aidético (...) constitui triste exemplo de Discriminação (TRT 3º REG/MS 76/93);

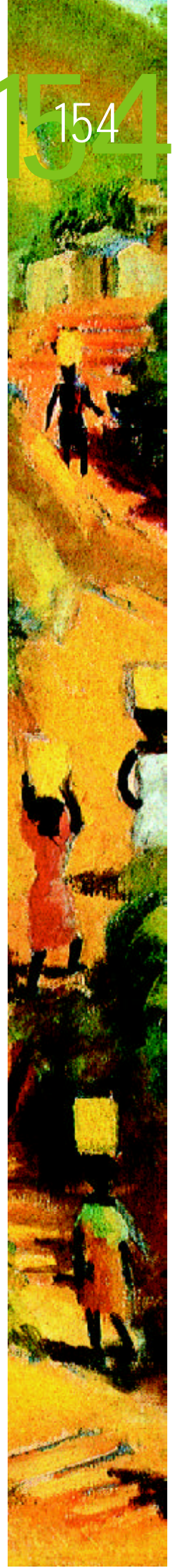
Despedimento injusto - Presunção de discriminação - O despedimento injusto de empregado portador de vírus HIV, ainda que assintomático, presume discriminação e, como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração (TRT/3º REG/RO 1.669/94).

Também nesse sentido, na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, observa-se decisão que, muito embora considere a inexistência de preceito legal que garanta a estabilidade do empregado portador da síndrome da Aids, diz:

...ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar

²¹ Santos. 2000: 164.

²² São vários os casos de sentenças proferidas pelas Juntas de Conciliação e Julgamento determinando a reintegração imediata de empregado infectado pelo vírus da Aids e de empregado aidético, independentemente da ocorrência de trânsito em julgado, por entender que a dispensa sem justa causa constitui ato discriminatório (Viana e Renault. 2000: 132).



os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao adético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição... (TST/RR 21.7791/95.3-Ac. 2º T., 3.473/97).

Da análise dessas decisões proferidas pelos tribunais, fica evidenciado que é no princípio da igualdade que o aplicador do direito vai buscar a fundamentação para decidir sobre aquele caso concreto em que a regra não oferece solução satisfatória, ou inexistir no ordenamento jurídico dispositivo especial que o comporte. Desse modo, o princípio da igualdade cumpre, como norma informadora de todo sistema jurídico, e de aplicabilidade imediata (art.5º, p. 1º, da CF), sua função de integrá-lo, sempre que o caso concreto necessite ser decidido conforme os fundamentos constitucionais.

O combate à discriminação encontra na norma isonômica o mais fundamental instrumento de proteção ao direito ofendido, já que essa se constitui em preceito orientador imanente à ordem jurídica. Violar um princípio constitucional "...é a mais grave forma de ilegalidade (...) representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais..."²³

Como se vê, o combate à discriminação no trabalho deverá ser procedido com instrumentos legais, orientados pelo princípio da igualdade, que também informa os mecanismos de promoção da igualdade de oportunidades e tratamento no emprego. Contudo, além dos instrumentos legais, que deverão ser aplicados por meio de políticas públicas, são necessárias políticas privadas capazes de provocar mudanças nos comportamentos sociais. As ações afirmativas, desse modo, se mostram necessárias para que o ideal de justiça social seja buscado.

Juntem-se a esses mecanismos, públicos ou privados, todas as outras formas de combate à discriminação, bem como a conscientização e sensibilização das instituições sociais, da necessidade de praticarem

²³ Bandeira de Melo in Pinho. 2002: 57.



a política de não-discriminação. A implementação de tal política, pelas instituições privadas, notadamente por aquelas que atuam nas atividades de orientação e formação profissional, encaminhamento de mão-de-obra e seleção para a vaga de trabalho, poderá assegurar a eliminação de práticas discriminatórias no acesso ao trabalho.

Ademais somem-se a essas medidas as ações levadas a efeito no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de suas políticas sociais e da atuação dos NÚCLEOS de combate à discriminação e de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego (Portaria n. 604/2000). Também as ações do Ministério Público do Trabalho que objetivam combater as práticas discriminatórias em razão da relação de trabalho e, ainda, as ações da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR), e da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH).

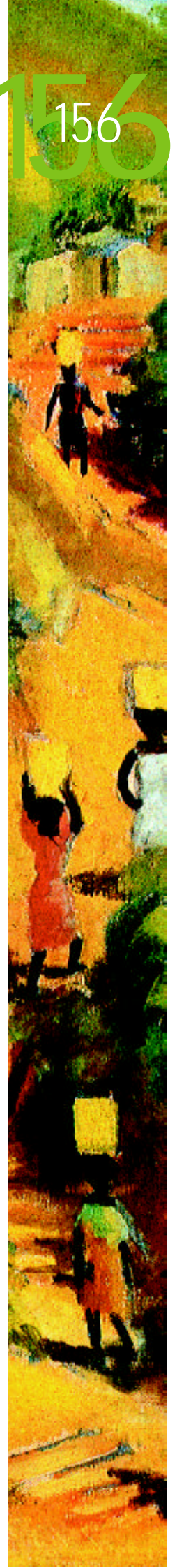
Todas essas ações, se executadas em parceria, poderão atuar fortemente no combate à discriminação e na promoção da igualdade de oportunidades no emprego daqueles que enfrentam desigualdades sociais.

4.6 Ações afirmativas

Hoje é muito difundida a idéia de que medidas de desigualização em favor de pessoas ou grupos que sofrem desvantagens sociais são positivas, porque visam corrigir desigualdades históricas ou presentes. Em razão disso, multiplicam-se ações e políticas que vão nessa direção. É o caso da ação afirmativa fundada na idéia clássica de justiça social, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Isso com a finalidade de implementar uma "igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar".²⁴

A ação afirmativa desigual para igualar, mas para igualar notadamente no tocante a oportunidades, que é o ponto no qual se

²⁴ Menezes. 2001: 29



encontram vulneráveis aqueles que sofrem discriminação. Porém, estabelecer a medida justa da desigualdade a ser corrigida, não é coisa que pareça fácil, daí a controvérsia que se estabeleceu, nos tempos atuais, referente não apenas ao conceito, mas à juridicidade e à eficácia da ação afirmativa.

Com efeito, ação afirmativa é um termo de amplo alcance que vai indicar um conjunto de estratégias, iniciativas, políticas, ou ações positivas, que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em situação desfavorável de competição na sociedade, em virtude, na maioria das vezes, de práticas discriminatórias negativas, sejam elas presentes ou passadas.²⁵ Tomando-se essa concepção, pode-se compreender a ação afirmativa como um conjunto de medidas especiais que busca eliminar os desequilíbrios existentes entre pessoas ou determinados grupos sociais, até que eles sejam neutralizados. Isso ocorrerá por meio de políticas efetivas, em sua maioria públicas, em favor dos que se encontram em posições desvantajosas na sociedade.

A ação afirmativa, assim entendida, visa acelerar o ritmo de participação de membros de grupos sub-representados no acesso ao emprego, educação, treinamento para o trabalho e promoção social.²⁶ Tem por finalidade implementar uma igualdade substantiva, que a igualdade formal, a igualdade de tratamento perante a lei, por si só, não consegue realizar. Desse modo, a ação afirmativa amplia a noção de igualdade de oportunidades e de não-discriminação,²⁷ no acesso aos bens sociais.

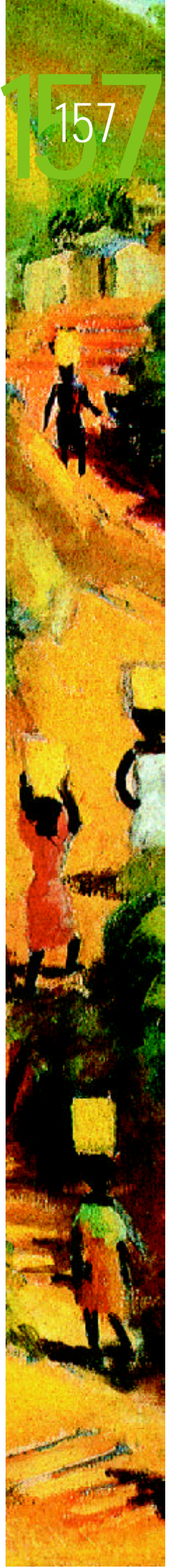
É por isso que as políticas de ação afirmativa normalmente se apresentam como um terceiro estágio na correção de desigualdades sociais, após a isonomia e as medidas proibitivas de práticas discriminatórias. São medidas corretivas, ou de distribuição de benefícios ou encargos, que deverão ser executadas depois de assegurados o princípio da isonomia e as normas de proibição da discriminação.²⁸

²⁵ Menezes. Op. cit., p. 27.

²⁶ Tomei. 2005: 9.

²⁷ Tomei. Op. cit. 9.

²⁸ Menezes. Op. cit., p. 29.



Por meio da aplicação do princípio da igualdade, e de seu corolário, o princípio da não-discriminação, se terá assegurado a isonomia de todos. A partir daí, a ação afirmativa buscará o atingimento da igualdade concreta, substantiva, por ser não apenas um instrumento de distribuição de direitos, benefícios, ou encargo, mas também uma medida capaz de provocar mudanças nas estruturas da sociedade, que vai permitir maior apropriação dos bens sociais por aqueles que enfrentam desigualdades injustificadas.

Por ser um mecanismo de aplicação do princípio da igualdade de oportunidades, a ação afirmativa se consubstancia em medidas específicas, destinadas a eliminar desvantagens relacionadas com sexo, origem, cor, raça, etnia etc. São medidas positivas consideradas como providências que “são tomadas para eliminar (...) quaisquer desigualdades de fato, possibilitando, por conseguinte, que membros de grupos, que sofrem discriminação ou desvantagens, trabalhem em todos os setores de atividade e em todos os níveis de responsabilidade”.²⁹

Portanto, a ação afirmativa é uma tentativa, por meio de medidas, estratégias ou políticas públicas ou privadas, de trazer membros de grupos sub-representados socialmente, notadamente aqueles que enfrentam discriminações históricas, a um grau maior de participação nos bens sociais. São as desigualdades sociais que serão combatidas pela ação afirmativa, principalmente aquelas decorrentes de práticas reiteradas de discriminação, uma vez que estas justificam o tratamento diferenciado em favor de grupos sociais que enfrentam desigualdades.

Contudo, essas ações também se encontram justificadas pela necessidade de promoção de uma maior diversidade social, mediante a ascensão e o fortalecimento de grupos sub-representados na sociedade, independente das causas que originaram suas exclusões.³⁰ Nota-se que a preocupação com a diversidade tem sido constante, sempre que a questão é inclusão social. As medidas, neste sentido, procuram promover a diferença entre pessoas ou grupos, pelo reconhecimento de que a integração social é um valor positivo a ser considerado nas ações que visam igualar oportunidades.

²⁹ Faundez, J. citado in Hodges-Aeberhard. 2000: 13.

³⁰ Meneses. Op. cit., 2001: 34.



Nesse sentido, as empresas têm adotado programas de diversidade no interesse, não apenas, de melhorar a imagem e assim ampliar seus meios de competitividade, mas, sobretudo, para tornar o ambiente de trabalho mais cooperativo e receptivo às diferenças pessoais. Isso tem resultado em decisões criativas e inovadoras, que são associadas a equipes de trabalho heterogêneas.³¹ Desse modo, as políticas de diversidade implementadas nas empresas as têm, pelo lado econômico, adequado a um mercado cada vez mais exigente em termos de imagem e desempenho, e, pelo lado social, tornado possível a superação de práticas discriminatórias e de exclusão.

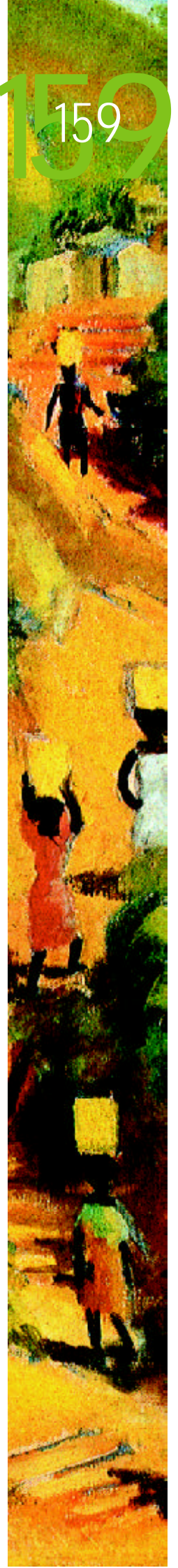
O “Manual sobre Diversidade nas Empresas” (Instituto Ethos, 2000) defende que a diversidade deva ser uma meta a ser buscada, de forma coletiva, pelos cidadãos, instituições, governos e comunidades, como medida de responsabilidade social compartilhada. A concepção assumida é de que a prática da diversidade representa a efetivação do direito à diferença, ao criar as condições de auto-respeito que permitem às pessoas agirem conforme seus valores individuais, culturais e sociais.

Embora as ações afirmativas que visam à diversidade não necessariamente se justifiquem pela causa exclusiva da discriminação, o principal resultado das políticas de diversidade tem sido o combate à discriminação na relação de trabalho. Isso porque, muitas vezes, os destinatários dos programas de diversidade se confundem com as vítimas da discriminação, visto serem esses os excluídos sociais.

É preciso deixar claro que a ação afirmativa não se constitui em *direito de minorias*, uma vez que as desigualdades sociais não estão necessariamente relacionadas às minorias, percebendo-se que, na maioria das vezes, elas atingem majorias, como se pode observar para o caso das mulheres, negros e pobres. O importante, como pressuposto, é que o grupo a ser beneficiado pela ação afirmativa tenha reconhecido, contra ele, uma desvantagem social, ou uma discriminação, que o coloca à margem no acesso aos bens produzidos pela sociedade.

A ação afirmativa está intimamente associada à noção de justiça social; por isso, é uma medida que visa corrigir desigualdades, ou proteger direitos e distribuir benefícios, em favor dos desiguais, com a

³¹ Tomei. 2005. 5.



finalidade de melhorar suas participações nos bens sociais. Seu fundamento jurídico é o princípio da igualdade, em conformidade com o conteúdo de igualdade material (substantiva), que, para se realizar, necessita de mecanismos de igualação de oportunidades.

Ressalte-se que a ação afirmativa está relacionada à idéia de igualdade proporcional, exigida pelo bem comum, que, para ser alcançado, faz-se necessária a eliminação das desigualdades, por meio de medidas corretivas, protetivas de direitos, ou distributiva de benefícios ou encargos, entre os membros da sociedade. A ação afirmativa, assim concebida, *é a expressão clara da noção de igualdade substantiva*, uma vez que procura assegurar justiça social por meio da igualação de disparidades intergrupais.³²

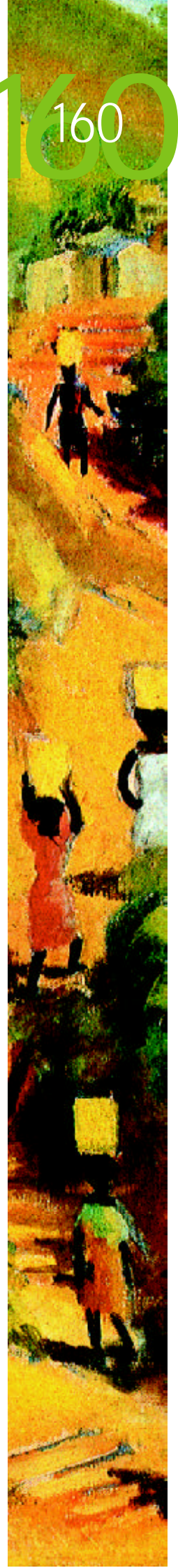
Vista sob a noção de justiça, a simples existência de desigualdades injustificadas na sociedade, como aquelas enfrentadas pelas mulheres e os negros apenas em razão do sexo e da raça/cor, seria suficiente para justificar a implantação de políticas de ação afirmativa.³³ De tal modo, a ação afirmativa pode ser considerada uma discriminação positiva, que objetiva corrigir desigualdades sociais cristalizadas ao longo do tempo e que, acredita-se, só serão eliminadas por meio de outra discriminação, ainda que temporária e focada, mas que traga oportunidades e benefícios em favor das pessoas e dos grupos marginalizados.

No entanto, embora o objetivo imediato da ação afirmativa seja proporcionar uma maior acesso, de determinados grupos, aos bens político-econômico-sociais da sociedade, sua finalidade última é reduzir as desigualdades sociais existentes na sociedade, especialmente aquelas relacionadas com a divisão do poder e das riquezas. É, portanto, uma medida final, que deve não somente buscar soluções conjunturais (focadas), mas que também procure alterar estruturas consolidadas na sociedade, como é o caso da discriminação originária das relações de gênero e da discriminação racial.

A ação afirmativa é uma medida especial que busca a superação de obstáculos institucionais e sociais que impedem pessoas ou grupos

³² Tomei. 2005: 13.

³³ Menezes. Op. cit., p. 38.



de se beneficiarem de oportunidades de emprego, em igualdade de condições com os outros membros da sociedade. Sua adoção pretende ser uma resposta à incapacidade das forças do mercado de oferecer oportunidades iguais para todos. Sob essa compreensão, a ação afirmativa é um instrumento de ação que procura alterar estruturas sociais que reproduzem modelos de exclusão por meio da reiteração de condutas discriminatórias.

Isso porque a discriminação não se apresenta apenas como uma manifestação declarada e deliberada contra determinados grupos ou pessoas, em razão de características de raça, cor, etnia etc, ou de orientação sexual. Mas a discriminação é também um fenômeno estrutural, o que significa a reprodução de padrões sociais, culturais e econômicos arraigados na sociedade, decorrentes de injustiças históricas que vão gerar déficits na educação, saúde, moradia, renda, trabalho, participação política, ao influenciar na estagnação social dos grupos ou pessoas discriminadas.³⁴ Por isso, entende-se que a ação afirmativa deva apoiar-se em um sólido compromisso de combate à discriminação enraizada nas estruturas sociais, sob pena de não alcançar os resultados esperados.

Contudo, por ser uma medida especial, tomada no tempo e focada em determinada questão, a ação afirmativa somente deve persistir até o momento em que as distorções sociais sejam eliminadas; esse é o limite temporário de atuação da ação afirmativa. Ela não deve perdurar indefinidamente, sob pena de provocar distorções que podem resultar em discriminação do grupo não beneficiado pela medida.

Essa noção de limite, de caráter temporal, contida na ação afirmativa, encontra-se presente no artigo 1º, d 4º, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU/1966), que dispõe não serem consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único motivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos.

Também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ONU/1974), percebe-se a noção de

³⁴ Confira nesse sentido, o pensamento de Ronald Dworkin, conforme apresentado por Menezes. Op. cit., p. 39.



limite da ação afirmativa na declaração do caráter temporário de medidas especiais destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher (art.4º, I). O mesmo acontece com a Convenção n. 111 e a Convenção n. 159 da OIT, que trazem a idéia de ação afirmativa como medidas positivas especiais, tomadas com o objetivo de promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre trabalhadores.

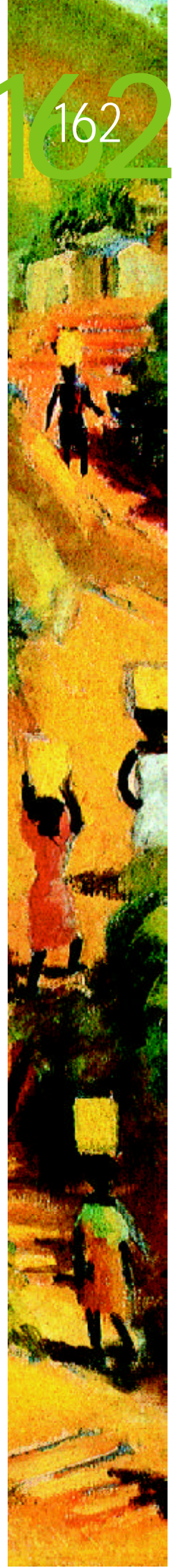
A ação afirmativa encontra ainda outros limites. Estes vão exigir que tenha uma justificativa racional, isto é, um fundamento lógico que justifique a desigualdade a ser promovida em favor do grupo que deva ser beneficiado. É necessário, ainda, que a medida esteja afinada com os valores prestigiados na ordem jurídica constitucional (dignidade humana, cidadania, igualdade de direitos, valores sociais do trabalho, pluralismo etc). Em suma, a ação afirmativa encontra limites concretos no direito positivo constitucional. Isso significa que cabe controle judicial da ação afirmativa.

Em alguns casos, pessoas não beneficiadas pelas medidas recorrem ao poder judiciário, por se sentirem ofendidas em seus direitos individuais. Essa situação tem sido observada com a reserva de *quotas*, nas universidades, para os estudantes negros. Os estudantes brancos se sentem discriminados por esse sistema; daí o conflito entre os direitos individuais e os direitos coletivos conferidos a certos grupos. A questão do limite é, portanto o ponto crucial de todo o debate em torno dos mecanismos de discriminação positiva.

Também pode ocorrer que a medida especial aumente a desigualdade entre os membros do próprio grupo beneficiário. Daí a necessidade de uma abordagem mais particularizada quando da implementação da ação afirmativa. Esta deverá levar em conta não apenas o pertencimento da pessoa a determinado grupo, mas também outros fatores, como condições socioeconômicas, de modo a poder qualificar quem deve ser o beneficiário da medida³⁵ (negros e pobres como critérios para as quotas em universidades).

Portanto, é necessário que a ação afirmativa esteja em conformidade com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, que um fundamento lógico justifique a desigualdade de tratamento, o

³⁵ Tomei. 2005: 16.



benefício, ou encargo a ser assumido e, ainda, que a ação tem caráter de temporalidade e esteja afinada com os valores prestigiados na Constituição.

4.6.1 Ação afirmativa e o sistema de *quotas*

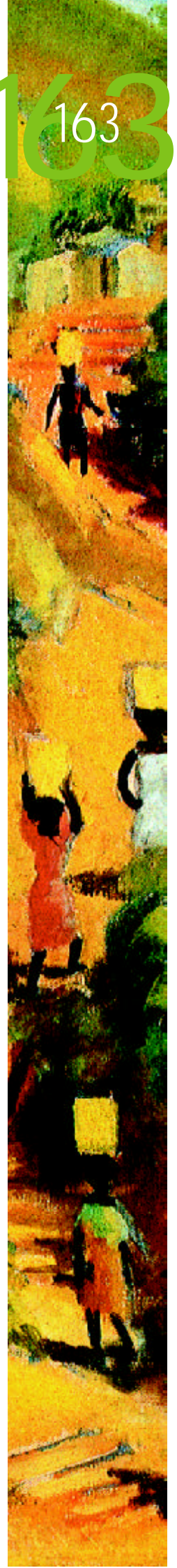
A ação afirmativa é com frequência associada à fixação de *quotas*, ou seja, a reservas de espaço em favor de grupos sociais que se deseja beneficiar, para promover-lhes a inserção social. Entende-se, em conformidade com outras opiniões, que o sistema de *quotas* é uma das modalidades existentes de ação afirmativa.

Com efeito, existem outros mecanismos que podem enquadrar-se no conceito de ação afirmativa, mas que não adotam o sistema de *quotas*. É o caso das categorias de políticas que visam à erradicação da discriminação mediante a identificação de práticas discriminatórias; a adoção de mecanismos inclusivos que produzam o efeito de melhorar a participação social de integrantes de grupos específicos; a implantação de programas destinados a divulgar oportunidades de emprego aos membros de determinados grupos e a atrair candidatos qualificados que integrem tais grupos; o tratamento preferencial no emprego, e em outras áreas, dispensado aos integrantes de grupos específicos;³⁶ e a promoção da diversidade nas várias áreas de atuação.

Como exemplos de ações que se enquadram nessas categorias de políticas afirmativas, pode-se apontar os programas de profissionalização do menor; de promoção ao primeiro emprego; de formação profissional e qualificação para o trabalho da mulher e da pessoa com deficiência; de combate à discriminação dos trabalhadores portadores do vírus HIV/AIDS; de combate à homofobia; e de promoção da diversidade no ambiente de trabalho.

Tem-se, portanto, que o sistema de *quotas* é apenas uma das modalidades de ação afirmativa, que visa corrigir desigualdades sociais por meio de reserva de espaços, que irão beneficiar aqueles que se encontram em situação de desigualdade, em virtude de serem vítimas de processos de discriminação históricos.

³⁶ Essas categorias de políticas foram identificadas por Christopher McCrudden, conforme citado por Menezes (2001: 30-31).



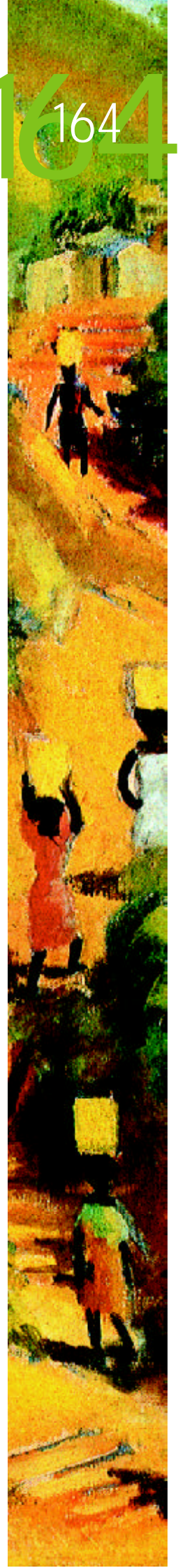
O ordenamento jurídico brasileiro, embora apenas de forma pontual, acolhe o sistema de *quotas*.³⁷ É o que se infere da existência de normas que estabelecem um percentual de cargos e empregos, públicos e privados, reservados à pessoa com deficiência (art. 37, da CF e art. 93, da Lei n. 8.213/91), e que dispõem sobre o emprego do menor aprendiz, nos estabelecimentos que demandam formação profissional (art. 429, *caput*, da CLT).

Pode-se também considerar como assemelhadas às *quotas*, aquelas modalidades de sistemas de metas que estipulam percentuais de participação de pessoas ou grupos discriminados, em determinados setores, com o objetivo de promover a igualdade de oportunidades e o acesso à cidadania. É o caso de ação afirmativa que estabelece metas percentuais de participação de afrodescententes, mulheres e pessoas com deficiência no preenchimento de cargos em comissão, da Administração Pública, que está sob a coordenação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (Dec. N. 4.228/02).

A ação afirmativa, por conseguinte, não é sinônimo de *quotas*, ou seja, de reserva de espaços para pessoas que enfrentam desigualdades sociais. Cabe ressaltar que a *quota*, como modalidade de política afirmativa, tem se apresentado como um instrumento bastante complexo, que atrai sobre si muita divergência. O argumento freqüentemente utilizado pelos que se opõem ao sistema de *quotas* é de que este resulta por ser ofensivo aos direitos individuais. A discussão em torno do tema de *quotas* para negros e pobres, nas universidades, sempre aborda essa questão, além de outra, que aponta para a dificuldade em se estabelecer critérios seguros capazes de definir quem é negro, ou quem não é negro.

O discurso mais corrente é no sentido de que, ao se beneficiar um grupo de estudantes com base nesses fatores (negros e pobres), que não têm correspondência com as aptidões exigidas aos demais candidatos para o preenchimento das vagas, estar-se-ia ofendendo os direitos individuais dos estudantes brancos, que estariam sendo discriminados em razão de sua cor. Acontece que, ao ser aceito esse argumento, não se avança nas questões da igualdade de oportunidades.

³⁷ O sistema de quotas quase não é mais praticado nos Estados Unidos, na atualidade, por ser considerado inconstitucional.

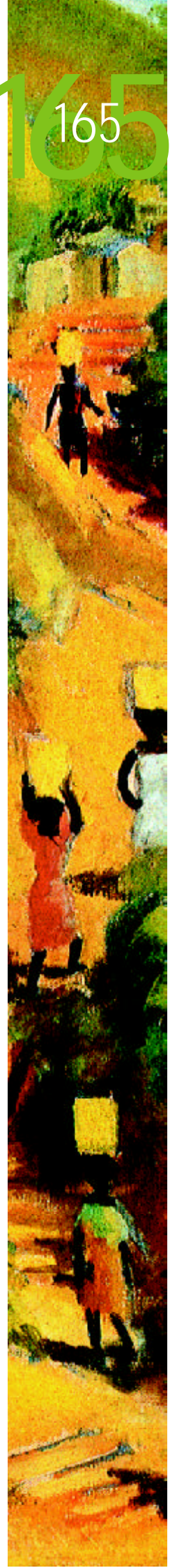


Os estudantes negros e pobres necessitam do estabelecimento das *quotas*, como mecanismo de eliminação de desigualdades, uma vez que, em tese, não têm como concorrer em igualdade de condições, na disputa pela vaga na universidade, já que são originários de grupos historicamente discriminados e, como tais, foram alijados dos benefícios de uma educação de qualidade. Aqui, deve prevalecer o princípio da igualdade, na sua concepção de tratamento igual para iguais, e desigual para desiguais, que permite seja privilegiado o princípio de justiça social, informado pelo objetivo fundamental de promoção do bem de todos, frente ao direito individual. As eventuais distorções existentes no sistema de quotas podem perfeitamente ser atenuadas, para que se constitua um instrumento adequado de inclusão e promoção social.

Além das *quotas*, como já ressaltado, são numerosas as medidas que podem configurar uma ação afirmativa. Essas podem advir de iniciativas públicas, como é o caso das políticas para as mulheres, das políticas de promoção de igualdade racial e da política para a integração da pessoa portadora de deficiência (Dec. n. 3.298/99), que compreende um conjunto de ações que objetivam assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos.

A política de integração da pessoa portadora de deficiência, especificamente no que se refere à inserção no trabalho, se consubstancia em um sistema de *quotas*. Este estabelece, como mecanismo de acesso ao trabalho, a obrigação de as empresas preencherem um percentual de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados, ou com pessoa portadora de deficiência (art. 36, do Dec n. 3.298/99).

As ações afirmativas poderão também ser de iniciativa privada, como aquelas realizadas espontaneamente pelas empresas, conforme políticas internas implementadas pelos órgãos de recursos humanos, ou por outras instituições não governamentais (ONGS). São exemplos de ações afirmativas de iniciativa privada as políticas de diversidade que têm como objeto introduzir nos processos de recrutamento e seleção o enfoque de diversidade. A finalidade aqui é enfrentar a questão do preconceito e da discriminação no ambiente de trabalho, tornando-o representativo das configurações da sociedade. Obter uma participação mais justa, no trabalho, dos grupos sub-representados socialmente exige mudanças de procedimentos nos processos de recrutamento e seleção,



e também nas decisões sobre treinamento e promoções de trabalhadores.³⁸

De tal modo, o grau de comprometimento dos órgãos de recursos humanos com a equidade no emprego vai definir o modo como a empresa se organiza, e criar uma cultura voltada para a diversidade. Observa-se que as empresas que incorporam políticas voltadas para diversidade assumem a concepção de que um ambiente de trabalho que acolhe diferentes aumenta o potencial de soluções para os problemas que se apresentam, e propicia que estratégias diversas levem à organização de produção a melhores resultados em termos de produtividade e de qualidade do trabalho.

Os órgãos de recursos humanos preocupados com a equidade no emprego e o combate à discriminação, procuram, ainda, com a implementação de ações afirmativas, produzir uma redução de custos financeiros decorrentes de ações judiciais relacionadas à discriminação, assim como melhorar a imagem da empresa para a sociedade, uma vez que esta passa a assumir, de modo efetivo, suas responsabilidades sociais.

Aponta-se, também, como modalidade de ação afirmativa de iniciativa das instituições privadas, as medidas de prevenção e de sensibilização para o HIV/AIDS, nos locais de trabalho (programa de AIDS na empresa) que, para além da prevenção, objetiva eliminar o preconceito e a discriminação contra o infectado com o vírus HIV/AIDS.

Nota-se que, diante das disposições constitucionais orientadas e informadas pelo princípio da igualdade e pela idéia de justiça social, como valores supremos da sociedade, a ação afirmativa tornou-se uma medida que vem sendo largamente implementada no país, seja como políticas ou programas, de caráter público ou privado. Nesse sentido, observa-se, no âmbito das relações de gênero, que, para enfrentar as desigualdades entre mulheres e homens, o Estado estabeleceu um conjunto de ações e políticas públicas com o objetivo de garantir o acesso das mulheres aos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, previdência), políticos, econômicos e culturais.

Para atingir esse objetivo, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) tem atuado para estimular as diferentes áreas do

³⁸ Tomei. 2005: 37.



Poder Público a pensar como o impacto de suas políticas e ações se dá, de forma diferenciada, sobre a vida de mulheres e de homens. Com a atenção voltada às questões de gênero, a SPM elaborou um plano nacional de políticas para as mulheres (PNPM),³⁹ no qual dispõe um conjunto de ações e prioridades que visam a equidade de gênero, raça e etnia, em todas as áreas de atuação da mulher.

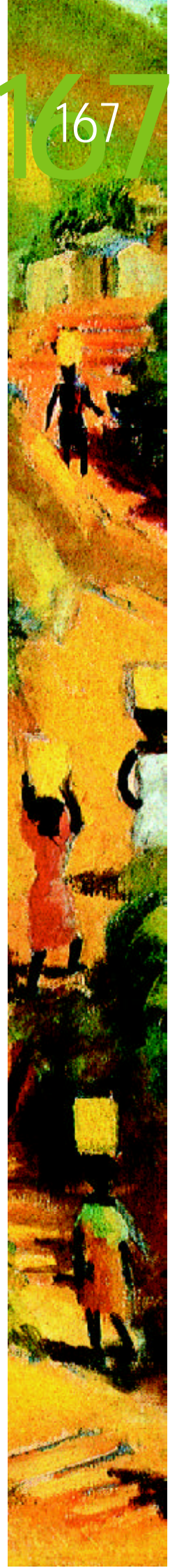
O Plano Nacional de políticas para mulheres é um instrumento de monitoramento das ações afirmativas voltadas para as mulheres, nas áreas do trabalho, saúde, educação e enfrentamento da violência, que serão executadas em parceria com os órgãos públicos e privados, engajados com as políticas de equidade de gênero, que têm como objetivo reafirmar a condição das mulheres como sujeitos sociais e políticos, atuantes na sociedade.

No âmbito específico do trabalho, aponta-se o *Programa Pró-Equidade de Gênero*, que consiste em desenvolver novas concepções de gestão de pessoas e cultura organizacional, para alcançar a equidade de gênero, no mundo do trabalho. Esse programa, de iniciativa da SPM, em parceria com a UNIFEM e a OIT, dentre outros objetivos, visa contribuir para eliminação de todas as formas de discriminação da mulher trabalhadora no acesso à relação de trabalho, bem como as referentes à remuneração, ascensão e permanência no emprego.

Dentre as ações públicas que objetivam construir a igualdade de gênero, existe também o *Programa Mulher e Ciência*, cujo objetivo é estimular pesquisas no campo das relações de gênero, da produção científica sobre desigualdades entre homens e mulheres e do papel da mulher na sociedade e no mundo acadêmico, sob uma abordagem que trabalhe as interseções com a classe social, geração, raça, etnia e sexualidade. Esse programa é executado pela SPM, em parceria com o Ministério da Ciência e Tecnologia e o Ministério da Educação.

No que se refere à discriminação racial, a Secretária Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) desenvolve uma política pública institucional que visa à redução das desigualdades raciais na sociedade brasileira. Tal política encontra-se fundada nos princípios da transversalidade, descentralização e gestão democrática.

³⁹ Plano Nacional de Políticas para as Mulheres/Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.



O princípio da transversalidade vai informar a implementação de todas as ações de redução das desigualdades raciais, em todas as esferas (pública e privada), devido à dificuldade de se delimitar *a priori* uma área de maior significância para o enfrentamento dos efeitos da discriminação racial, que se encontram bastante disseminados, de forma que os negros, na sociedade brasileira, constituem o grupo que apresentam os maiores índices de desigualdades na apropriação dos bens sociais. Por isso, essa política tem a pretensão de incorporar a perspectiva de equidade étnico-racial às diversas iniciativas do Poder Público e privado.

Quanto ao princípio da descentralização, este vai permitir a inserção da política de promoção de igualdade racial em todos os entes da Federação (União, Estados e Municípios), que, assim, estariam engajados nas ações de redução das desigualdades raciais, que passariam a ter uma abrangência nacional. Já a gestão democrática vai dizer da necessidade de essa política ser aplicada, executada e monitorada, por todos os agentes públicos ou privados. Todos os agentes estratégicos estariam, assim, envolvidos sob uma perspectiva de trabalho compartilhado que buscaria soluções dialogadas para as questões vinculadas às desigualdades raciais.

No âmbito do trabalho, a política de promoção de igualdade racial desenvolve um programa de diversidade étnico-racial nas empresas, com a pretensão de avaliar e premiar experiências de promoção de igualdade racial no mundo do trabalho.

Também como atuação estatal no combate à discriminação, foi elaborado o *Programa Direitos Humanos, Direitos de Todos*, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, que, dentro dessa perspectiva, definiu o *Plano de Combate à Discriminação contra Homossexuais*. Para efetivar tal compromisso programático, foi criado o programa *Brasil sem Homofobia*, que constitui um conjunto de ações que objetivam promover a cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, e combater a violência e a discriminação homofóbicas.

A pretensão do programa é a reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o



combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos dos homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade.

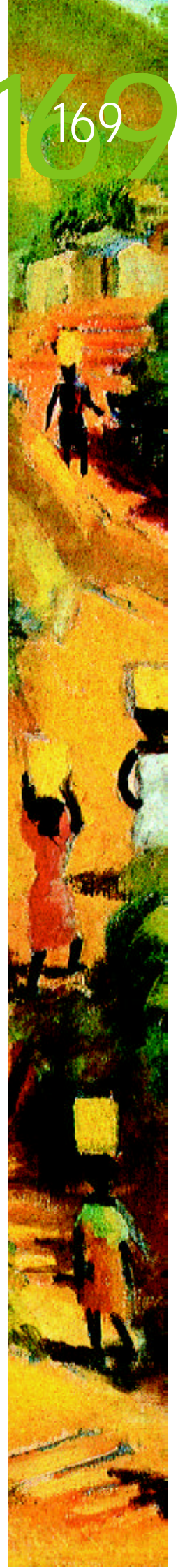
No que se refere ao direito ao trabalho, o programa *Brasil sem Homofobia* prevê a implementação de ações de combate à discriminação por *orientação sexual* no ambiente de trabalho, em articulação com o Ministério do Trabalho e Emprego. O objetivo é sensibilizar os gestores públicos sobre a importância da qualificação de gays, lésbicas e travestis, nos diversos segmentos do mundo do trabalho, contribuindo para a eliminação da discriminação e para promoção da igualdade de oportunidades no emprego.

A vulnerabilidade em que se encontram os grupos discriminados, como resultado de oportunidades negadas e de injustificáveis processos de exclusão social, tem feito que os poderes públicos e as instituições privadas procurem resposta para esses problemas. Não mais em medidas assistencialistas, que cristalizam os preconceitos, mas em mudanças implementadas por meio de ações afirmativas que se contraponham aos efeitos da discriminação e possam provocar mudanças nas estruturas sociais.

Desse modo, a execução de ações afirmativas como mecanismos que buscam, de fato, corrigir desequilíbrios, ou distribuir benefícios, com a finalidade de eliminar desigualdades sociais, em atuação conjunta com a aplicação de normas legais que proíbem o preconceito e a discriminação, denota o interesse do Poder Público de materializar o conteúdo do princípio da igualdade, na procura incessante da justiça social. Isso sem desprestigiar um esforço de afirmação das políticas universais de saúde, educação, previdência e assistência sociais, fundamentais como suporte básico das políticas de equidade social.

4.6.2 Ação afirmativa e os Núcleos de combate à discriminação e promoção da igualdade de oportunidades

Ao ratificar, em 1965, a Convenção n. 111, da OIT, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, o Estado brasileiro se comprometeu a formular e implementar uma política nacional de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego. Porém, somente após o reconhecimento formal, junto à Conferência



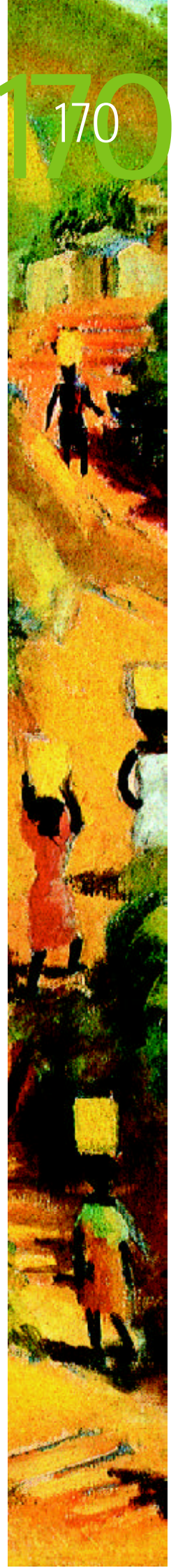
Internacional do Trabalho (CIT/OIT1995), da existência de discriminação nas relações do trabalho, o Ministério do Trabalho (MTb), em cooperação técnica com a OIT, assumiu o compromisso de desencadear um processo para implementar a Convenção n. 111, da OIT. Desse modo, inicia-se o *Programa de Cooperação Técnica da Organização Internacional do Trabalho com o Ministério do Trabalho para Implementação da Convenção 111*.

No desenvolvimento das atividades do *Programa*, foi criado, no âmbito do MTb, o *Programa Brasil, Gênero e Raça*, sob a coordenação da Assessoria Internacional, cujo objetivo fundamental era conscientizar e combater as práticas discriminatórias no trabalho, por meio da divulgação permanente dos conceitos e princípios da Convenção n. 111, e de demais normas legais.

Para executar o *Programa Brasil, Gênero e Raça*, foram criados, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs), órgãos descentralizados do MTE, os NÚCLEOS de combate à discriminação e promoção da igualdade de oportunidades. Estes assumiram como objetivo não apenas o combate à discriminação no trabalho, mas a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento no emprego, por meio de ações afirmativas, como medidas que buscam o equilíbrio social ou a distribuições de benefícios, com a finalidade de eliminar as desigualdades, não somente nas relações de trabalho, mas também nas condições em que ele se realiza.

Esses NÚCLEOS, em atividade desde 1995, foram reconhecidos formalmente, por meio da Portaria n. 604/00, baixada pelo Secretário Executivo do Ministério do Trabalho e Emprego, que, no uso de suas atribuições legais, resolveu instituir, no âmbito de atuação das DRTs, os “Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate a Discriminação, encarregados de coordenar ações de combate à discriminação em matéria de emprego e profissão” (art. 1º, da Port. 604/00).

Para o desempenho dessas atribuições, foram estabelecidas as competências dos NÚCLEOS. Estas se constituem medidas que estão para além do combate à discriminação, que deve ser realizado por meio da conscientização, sensibilização, acolhimento e busca de solução de denúncias, bem como da verificação do cumprimento de regras



proibitivas da discriminação na relação de trabalho e emprego, e no modo como o trabalho se realiza.

Cabe, portanto, aos Núcleos, dentre outras competências, “propor estratégias e ações que visem eliminar a discriminação e o tratamento degradante e que protejam a dignidade da pessoa humana, em matéria de trabalho”; “instituir programas educativos que garantem a aplicação das políticas de promoção da igualdade de oportunidades...” e “celebrar parcerias com organizações empresariais, sindicais, não governamentais” (art. 2º, da Port. n. 604/00).

Desse modo, em cumprimento a essas determinações legais, foram assumidas, no âmbito do Poder Público, mais precisamente na área de atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, como iniciativas estatais, ações afirmativas, das quais são exemplos aquelas que desencadearam a inserção na empresa da pessoa portadora de deficiência, em cumprimento ao sistema de *quotas* legais; que implementaram a proteção ao trabalho da mulher (proteção à maternidade e equidade no emprego), o combate à discriminação racial e dos portadores de HIV, no local de trabalho; e que empreenderam a execução de ações que buscavam eliminar a discriminação na contratação do trabalhador.⁴⁰

O objetivo dessas ações, para além do combate efetivo da discriminação, é promover a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego, em parceria com instituições governamentais e sociais, provocando, assim, a discussão sobre o fenômeno da discriminação no mundo do trabalho, como reflexo de uma estrutura social fundada em desigualdades injustificadas.

Os NÚCLEOS, a partir da visibilidade de suas atuações, passaram a ter acento em todos os foros, seminários, eventos e debates, cujo tema é a discriminação. Com uma forte atuação conjunta com o Ministério Público do Trabalho, nos procedimentos de investigação de denúncias de discriminação, e na realização e monitoramento de termos de compromissos firmados com as empresas, no objetivo de eliminar a discriminação e promover a igualdade de oportunidades no emprego, os Núcleos passaram a ser reconhecidos pela sociedade como espaço de referência na questão da discriminação no trabalho.

⁴⁰ Cappellin. Brasília: OIT, 2005, p. 76-78.



Nesse processo de reconhecimento de suas atividades, os Núcleos, atendendo ao convite da OIT, tiveram representação no Taller Técnico de Discusión - Comisiones Tripartitas para Igualdade de Oportunidades em el Empleo em el Cone Sur (Buenos Aires/2002), realizado para compartilhar experiências, e elaborar estratégias e políticas de eliminação da discriminação no trabalho, com enfoque nas desigualdades de gênero.

Ressalte-se, porém, que a atuação e a qualidade do desempenho dos NÚCLEOS não se mostram uniformes, em cada uma das DRTs, onde se encontram localizados, em razão de vários fatores.⁴¹ Inclusive, devido à diversidade social apresentada por cada Estado do país, nos quais a discriminação se mostra sob um aspecto próprio, em virtude das peculiaridades culturais ou da influência de determinada formação racial/étnica e, ainda, de fatores econômicos e sociais, predominantes em cada região.

O desempenho dos NÚCLEOS também parece depender não somente da qualificação profissional e técnica de seus coordenadores e membros da equipe, mas do engajamento de todo o corpo de servidores das DRTs, que devem estar cientes das políticas sociais e dos conceitos e princípios que as regem, além do apoio efetivo dos Delegados regionais, o que vai influir nas formulações das parcerias e na visibilidade, para a sociedade, das políticas e ações assumidas pelos Núcleos.⁴²

Entende-se ser preciso que os NÚCLEOS estejam sob uma coordenação nacional, que não apenas cuide dos aspectos técnicos inerentes ao planejamento e acompanhamento sistemático de atividades e programas, mas que reafirme o vínculo da política de não-discriminação com as outras instâncias e políticas implementadas pelo MTE. Somente criando uma cultura institucionalizada de enfrentamento (combate) da discriminação, pode-se avançar na efetiva promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.

As ações dos NÚCLEOS, não obstante devam ser realizadas sob a responsabilidade de uma equipe formada e treinada para o enfrentamento da discriminação - que se mostra uma questão de alta

⁴¹ Cappellin. Brasília: OIT, 2005.

⁴² Cappellin. Op. cit., p. 30.



complexidade - são institucionais. Por isso, os conceitos e princípios que as informam devem permear todas as políticas do âmbito do MTE, com o objetivo fundamental de criar uma cultura institucional no que concerne à discriminação no trabalho. Deve-se cuidar também, quando da formulação e execução das ações, dos aspectos da transversalidade observada nas condutas discriminatórias, notadamente nas relações raça/gênero, para que se busque eliminar os graves efeitos da discriminação sobre as pessoas ou grupos sociais mais vulneráveis (mulheres, negros, pobres).

Sob uma coordenação nacional com a atribuição de elaborar um *plano nacional* de ações de combate à discriminação e promoção da igualdade de oportunidades no emprego,⁴³ que reafirme o compromisso do MTE de incorporar, em todas suas instâncias, uma política de não-discriminação no trabalho, os NÚCLEOS poderão constituir-se mecanismos institucionais de atuação na eliminação de desigualdades, capazes de promover mudanças no mundo do trabalho.

É de fundamental importância, para a realização dos objetivos dos NÚCLEOS, que estes avancem na formulação das parcerias, que poderão fortalecer e implementar as ações planejadas. É necessário, ainda, que a coordenação nacional fortaleça e reafirme as relações com outros órgãos do Poder Público e, em particular, com as Secretarias Especiais de Políticas para as Mulheres (SPM), de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR) e de Direitos Humanos (SEDH),⁴⁴ com a finalidade inclusive de executar as ações planejadas por estes órgãos, com o objetivo de eliminar as desigualdades no âmbito do trabalho.

Com o monitoramento sistemático e padronizado de suas ações, os NÚCLEOS poderão fortalecer a capacidade de ação conjunta e articulada, em âmbito nacional, de maneira a aumentar-lhes a eficácia. Embora não se acredite que uma uniformização e padronização de ações possam ter implantação nacional, em virtude da formação social e cultural/racial/étnica diversa, que vai informar a manifestação da conduta discriminatória em cada Estado ou Região, é possível indicar ações nacionais que, ao serem implementadas - porque fazem parte de um conjunto de ações propostas por um *plano nacional* - vão

⁴³ A exemplo do PNPM elaborado pela SPM.

⁴⁴ Conforme Cappellin. Brasília: OIT, 2005.



possibilitar a definição de parâmetros e diretrizes comuns de atuação, capazes de fornecer indicadores para a aferição de resultados, não somente das atividades, mas também das políticas e ações dos Núcleos.

Não obstante os conceitos e princípios inerentes à política de não-discriminação devam informar todas as políticas, programas e ações do MTE, deve-se evitar a atomização na execução de ações, no âmbito das DRTs, sob pena de não se conseguir aferir seus resultados, e mais, de não alcançar os objetivos colimados, pelo efeito da dispersão das ações e das responsabilidades em executá-las. Todos os servidores devem envolver-se na política de não-discriminação, que tem a pretensão de ser uma política institucional, mas alguns devem estar especialmente envolvidos e preparados para implementá-la, de forma a se obter mudanças estruturais no modo como se organiza o mundo do trabalho.



Considerações finais

A idéia de que todos os seres humanos são iguais em direitos tornou-se um princípio declarado universalmente, e traduz a noção de que a igualdade é entre todos ou, ainda, que todos os seres humanos possuem a mesma dignidade de pessoa humana, condição esta que os iguala em direitos, e torna irrelevante toda e qualquer diferença em face do sexo, raça, cor, religião, origem etc.

O princípio da igualdade, assumido como um ideal humano originário da teoria dos direitos naturais, para a qual todos os homens nascem livres e iguais, ao ser positivado nas ordens jurídicas internas, perde seu conteúdo meramente filosófico-ideal, de eficácia apenas moral, e transforma-se em prescrição jurídica, em norma, na medida em que ao ser declarado universalmente foi acolhido pelas constituições políticas. Contudo, não é fato que todos os homens nascem livres e iguais. Isso é uma prescrição de direitos fundamentada na qualidade de ser humano da pessoa.



O acolhimento do princípio da igualdade pelo direito positivo constitucional vai servir de limite ao poder estatal, que deverá garantir a isonomia entre os indivíduos, de tal maneira que sua aplicação não fique restrita a nivelar todas as pessoas perante a lei, mas que, sob a regra da igualdade, é dever dispensar tratamento equânime a todos. Isso significa que “onde a regra é a igualdade, deve ser justificado o tratamento desigual”.¹

Portanto, é o princípio da igualdade que informa todo o ordenamento jurídico, o instrumento regulador da vida social.² Assim, diante das desigualdades apresentadas pelas pessoas, é necessário tratá-las equitativamente, devendo o princípio da igualdade ser aplicado para protegê-las contra a discriminação. Não existe dúvida de que, ao cumprir uma lei, todas as pessoas abrangidas por ela devam receber tratamento igual, mas a norma dispensará tratamento desigual sempre que for preciso proteger ou distribuir benefícios, com o objetivo de eliminar desigualdades sociais injustificadas.

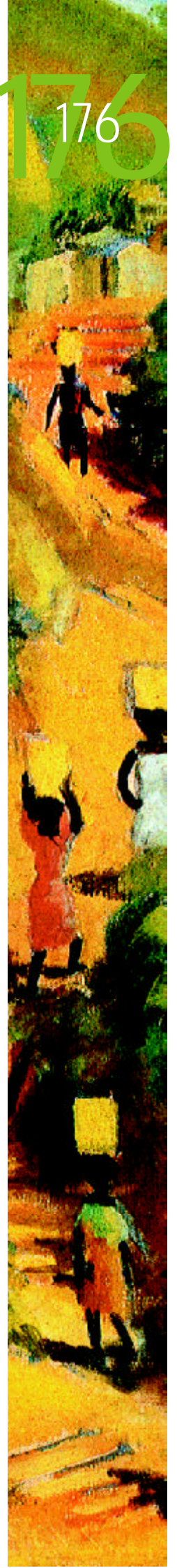
A busca da igualdade de oportunidades e de tratamento seria o fundamento justificador para o tratamento jurídico diferenciado, que há de ser dispensado aos desiguais, conforme as circunstâncias fáticas, e o critério de razoabilidade aplicado ao caso concreto. Um tratamento desigual é justificado quando existe uma desigualdade injustificada entre as pessoas que exige um tratamento desigual, para que possam igualar-se efetivamente em direitos.³

A igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego seria, portanto, o resultado esperado de um processo de eliminação da discriminação, que tem na aplicação do princípio da igualdade seu instrumento mais eficaz, não somente para combatê-la, mas para a promoção de ações que visem à equidade. A discriminação que se pretende combater e ver eliminada é aquela que, embora não seja gerada das condições em que se realiza o trabalho subordinado, se reproduz no mundo trabalho.

¹ Bobbio. 2000: 10.

² Bandeira de Melo. 2001: 10.

³ Fleiner. 2003: 104.



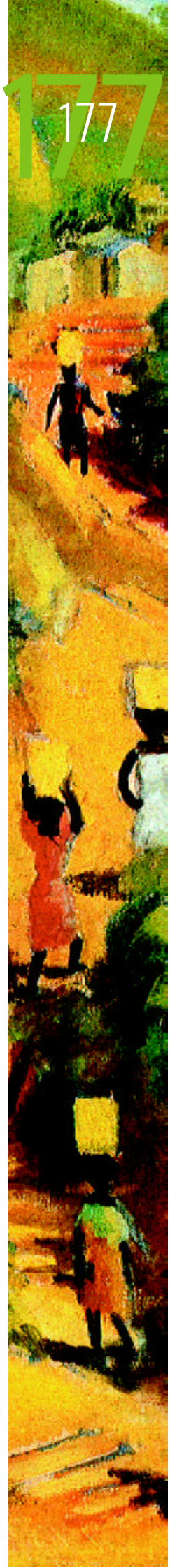
Portanto, as discriminações a serem eliminadas do ambiente de trabalho são aquelas que, não importando se têm origem no preconceito ou em razões histórico-sociais, culturais ou econômicas, produzem desigualdades injustificadas entre pessoas ou grupos sociais em razão do sexo, raça, cor, etnia, origem, orientação sexual, religião etc, e têm o efeito de destruir ou alterar a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego (Con. n. 111, da OIT).

Sabe-se que as diferenças existem, que as pessoas não são naturalmente iguais (nem diferentes),⁴ ou seja, que elas não nascem iguais, e que, portanto, o princípio da igualdade não anuncia um fato material, mas um valor, a prescrição de um direito universal, assumido pela norma constitucional.

Esse direito vai traduzir-se no dever do Estado de promover ou estimular um conjunto de prestações positivas que visem *remover obstáculos* em favor da realização da igualdade de oportunidades e tratamento assegurada a todas as pessoas, como objetivo de um ideal elevado de justiça como equidade. Com essa finalidade, muitas vezes, a lei, as políticas públicas e as ações afirmativas distinguem as pessoas ou grupos sociais, sempre que estes enfrentam situações de desigualdades que tenham por efeito alterar ou eliminar a igualdade de oportunidades que lhes é devida. Tais distinções são compatíveis com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, sempre que guardem uma correlação lógica entre o elemento diferenciador e a desigualdade que se pretende ver eliminada, e estejam conforme os valores de justiça social, consubstanciado na Constituição.

O Estado brasileiro tem como fundamento a cidadania, a dignidade humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III, IV, da CF), e, como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, bem como a promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação (art. 3º, III, IV, da CF). Percebe-se daí que o princípio da igualdade que proíbe a discriminação (art. 5º, *caput*, da CF) acaba por permiti-la, quando justificada diante do objetivo fundamental, que aponta para a busca da promoção do bem de todos, e da redução das desigualdades sociais.

⁴ As diferenças que geram desigualdades costumam ser uma construção social.



Somente sob a garantia da realização desses valores é que serão exercidos os direitos sociais, que asseguram às pessoas as condições para assumir diversos papéis na sociedade. É a igualdade de oportunidades e de tratamento que vai garantir ao trabalhador, tal qual pessoa e cidadão, o direito à segurança social, que se traduz na satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais de que necessita para seu desenvolvimento de pessoa.

Portanto, combater a discriminação e promover a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego significa exatamente procurar aplicar o princípio da igualdade de oportunidades às condições de trabalho, tornar eficaz a proibição às práticas discriminatórias no ambiente do trabalho e garantir de forma efetiva a igualdade de oportunidades no acesso à relação de emprego e nas condições sob as quais se realiza o trabalho.

A garantia efetiva do direito à igualdade de oportunidades no emprego exigirá sempre dos poderes públicos específicas proteções legais, além de medidas afirmativas, públicas ou privadas, que venham beneficiar aqueles trabalhadores, cujas diferenças provocam desigualdades injustificadas, porque originárias do preconceito e da discriminação.

Esses mecanismos de proteção, ou benefícios ao trabalhador discriminado terão no princípio da igualdade de oportunidades seu fundamento jurídico, tanto como instrumento legal de proibição de toda e qualquer forma de discriminação injustificada, quanto como norma garantidora de justiça social.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Laís (Ed.). Questionando um mito: Custos do trabalho de homens e mulheres. Brasília: OIT, 2005.

ABRANCHES, Cristina (org.). Inclusão dá trabalho. Belo Horizonte: Armazém de Idéias, 2000.

ALTAVILA, Jaime de. Origem dos Direitos dos Povos. São Paulo: Ed. Cone, 1989.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. O dano moral e reparação trabalhista. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1999.

AMARAL, Célia Chaves Gurgel, SALES, Celecina de Maria Veras, AZEVEDO, Helena Selma e D'AVILA, Sande Maria Gurgel. Múltiplas Trajetória - estudo de gênero. Fortaleza: UFC, 2001.

ANTUNES, Ricardo. Os Sentidos do Trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

ARAGÃO, Batista R. Escravidão e abolicionismo. Fortaleza: Ed. IOCE, 1988.



- ARAÚJO, Emanuel. O teatro dos Vícios. Brasília: UNB, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- ARISTÓTELES. Política. Brasília: Ed. UNB, 1997.
- BANCO MUNDIAL. A questão de gênero no Brasil. Rio de Janeiro, 2003.
- BANDEIRA de MELO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.
- BOBBIO, Norberto. A era do Direito. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- _____. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.
- _____, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UNB, 9ª edição.
- _____. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1996.
- _____. Igualdade e liberdade. São Paulo: Ediouro, 2000.
- BOSSA, Sonia. Direito do trabalho da Mulher. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Parcerias homossexuais - aspectos jurídicos. São Paulo: TR, 2002.
- BASTIDE, Roger, FERNANDES, Florestan (orgs.). Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo. São Paulo: Anhembi, 1955.
- CALDERA, Rafael. Relações de trabalho. São Paulo: TR, 1972.
- CÂNDIDO, Antônio. Um funcionário na Monarquia. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- CAPPELLIN, Paola (coordenadora). A experiência dos núcleos de promoção da igualdade de oportunidades e combate à discriminação no emprego e na profissão. Brasília: OIT, 2005.
- CASTELO, J. P. O dano moral trabalhista: competência. São Paulo: Trabalho e Doutrina n. 10, Ed. Saraiva, 09/96.
- CFEMEA. Discriminação positiva - Ações afirmativas em busca da igualdade. São Paulo, 1996.
- CHAUÍ, Marilena. Brasil, mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Ed. Fund. Perseu Abramo, 2000.



COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação na relação de trabalho - Uma afronta ao princípio da igualdade. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

_____. Assédio sexual no trabalho. Porto Alegre: HS Editora, Justiça do Trabalho n. 243, 03/2004.

_____. A saúde do trabalhador como fator de discriminação no trabalho. Porto Alegre: HS Editora, Justiça do Trabalho n. 245, 05/2004.

_____. Assédio moral no trabalho. Porto Alegre: HS Editora, Justiça do Trabalho, n. 248, 08/2004.

CUNHA, Euclides. Os Sertões. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 15ª Ed., 1940

DELGADO, Dídice G., CAPPELLIN, Paola e SOARES, Vera (orgs.). Mulher e Trabalho - Experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000.

DIAS, Jussara e FREIRE, Lucienne (Org.). Diversidade - Avanço conceitual para a educação profissional e o trabalho - Ensaio e reflexões. Brasília: OIT, 2002.

FERNANDES, Florestan. A integração do negro a sociedade de massa. São Paulo: 1964.

FILHO, Rodolfo Pamplona. O Dano Moral na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 1999.

FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

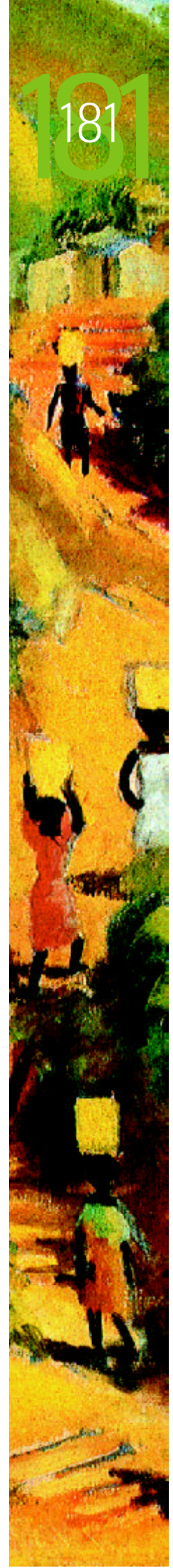
FLEINER, Tomas. O que são os Direitos Humanos? São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Preconceito no trabalho e a discriminação por idade. São Paulo: LTr, 2004.

Guedes, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

JACCOUD, Luciana de Barros e BEGHIN, Nathalie. Um balanço da intervenção pública no enfrentamento das desigualdades raciais no Brasil. Brasília: IPEA, 2002.

JESUS, Damásio E. e GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.



JUNIOR, Caio Prado. Formação do Brasil Contemporâneo. São Paulo: Publifolha, 2000.

HENRIQUES, Ricardo. Desigualdade Racial: Evolução das condições de vida na década de 90. Brasília: IPEA, 2001.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio Moral: A Violência perversa no Cotidiano. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2000.

HIV/AIDS no Mundo do Trabalho: as ações e legislação brasileira. Brasília: OIT, 2002.

HOUAISS, Antônio. Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

HODGES-AEBERHARD, Jane e RASKIN, Carl. Ação Afirmativa. Brasília: OIT, 2000.

HODGES-AEBERHARD, Jane. Linhas gerais sobre desenvolvimentos recentes em questões de igualdade no emprego para juízes de cortes trabalhistas e assessores. Brasília: OIT, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LIGOCKI, Malô Simões Lopes e LIBARDONI, Marlene (Coord. Técnica). Discriminação Positiva, Ações Afirmativas: Em Busca da Igualdade. São Paulo: CFEMEA/ELAS, 1996.

LIMA, Francisco Gerson Marques. Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho. São Paulo: Malheiros, 1997.

LOURO, Guacira. Gênero e saúde, 1996.

MARTINS, João Vianey N. O dano moral e as lesões por esforços repetitivos. São Paulo: LTr, 2003.

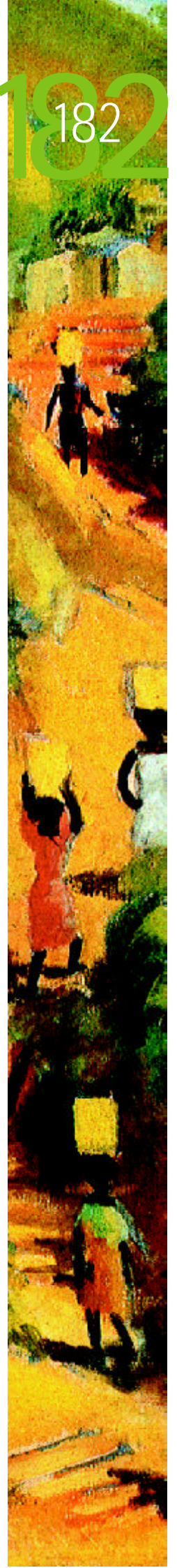
MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa no direito norte-americano. São Paulo: RT, 2001.

MOOG, Vianna. Bandeirantes e Pioneiros. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 18ª Ed.

MTE. Núcleos de Promoção da igualdade de oportunidades e de combate à discriminação no trabalho. Brasília, 2003.

NABUCO, Joaquim. O Abolicionismo. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2000.

NETO, Antônio Carvalho e SALIN, Celso Amorim (org.). Novos desafios



em saúde e segurança no trabalho. Belo Horizonte: Instituto de Relações do Trabalho, 2001.

OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. A mulher, A sexualidade e o Trabalho. São Paulo: Editora Hucitec, 1999.

OLIVEIRA, Dijaci David, LIMA, Ricardo Barbosa, SANTOS Sales Augusto e TOSTA, Tânia Ludmila. Relações raciais e grupos socialmente segregados. Goiânia: MNDH, 2001.

OLIVEIRA, Dijaci D., GERALDES, Elen C., LIMA, Ricardo Barbosa e SANTOS, Sales Augusto. A cor do medo. Brasília: UNB, 1998.

OIT. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu segmento. Brasília: OIT, 2001.

_____. HIV/AIDS no mundo do trabalho: as ações e a legislação brasileira. Brasília: OIT, 2002.

_____. Gestões de questões relativas a deficiência no local de trabalho. Brasília: OIT, 2004.

_____. Repertório de Recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho. Brasília: OIT, 2004.

OLSON, Steve. A História da Humanidade. São Paulo: Editor Campus, 2003.

PINHO, Rodrigo Cesar Rabello. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

PINSKY, Jaime (org.). 12 Faces do Preconceito. São Paulo: Contexto, 2000.

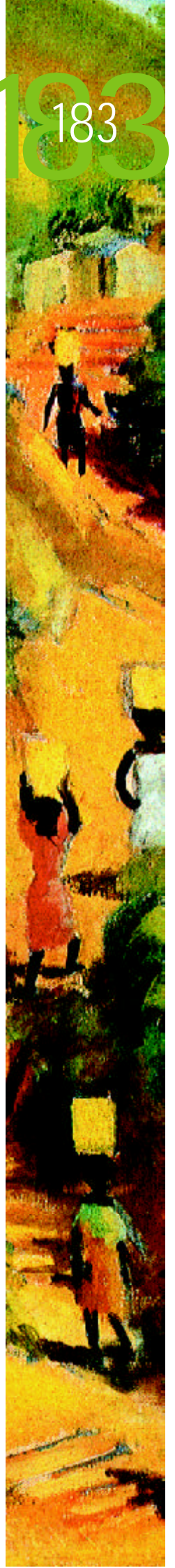
PUPPIN, Andréa Brandão. Do lugar das mulheres e das mulheres for a do lugar. Niterói: EDUFF, 2001.

KERGOART, Daniele. Da divisão do trabalho entre os sexos. São Paulo: Revista de Sociologia da USP, Volume 1 - N.2 - 2. Semestre/1989.

KHAMIS, Renato Mehanna. Dano moral - Dispensa imotivada de portador do vírus HIV. São Paulo: LTr, 2002.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.



RAUPP RIOS, Roger. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual. São Paulo: RT, 2002.

RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

RODRIGUEZ, Plá. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1978.

ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. Dicionário de Psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

SANTOS, Aloysio. Assédio sexual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Dano Moral na Dispensa do Empregado. São Paulo: LTr, 2000.

SCAVONE, Luiz Antônio Jr. Assédio Sexual, Responsabilidade civil. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

SEM. Plano nacional de políticas para as mulheres. Brasília: PR, 2004.

SILVA, Edson Ferreira. Direito à Intimidade. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, de Plácido. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

SINAT. Das prerrogativas e atribuições dos auditores-fiscais do trabalho. Maceió, 2002.

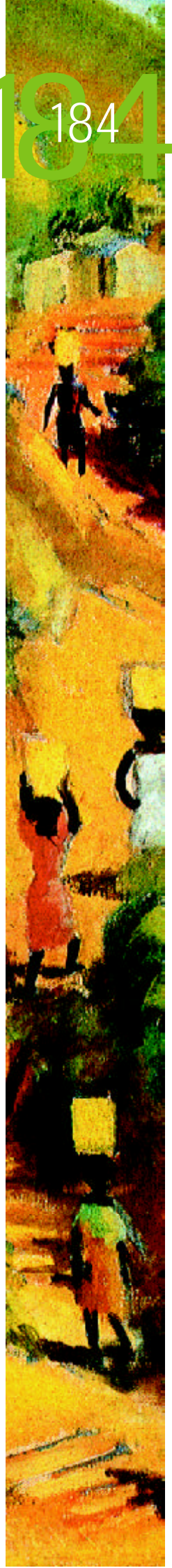
SOUTO MAIOR, Jorge Luís. O Direito do Trabalho e as Diversas Formas de Discriminação. Porto Alegre: HS Ed., Justiça do Trabalho n. 220, 04/2002.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. Estabilidade Provisória do Trabalhador Aidético: Posição Jurisprudencial & Efetividade do Processo. Porto Alegre, HS Ed., Justiça do Trabalho n. 212, 08/2001.

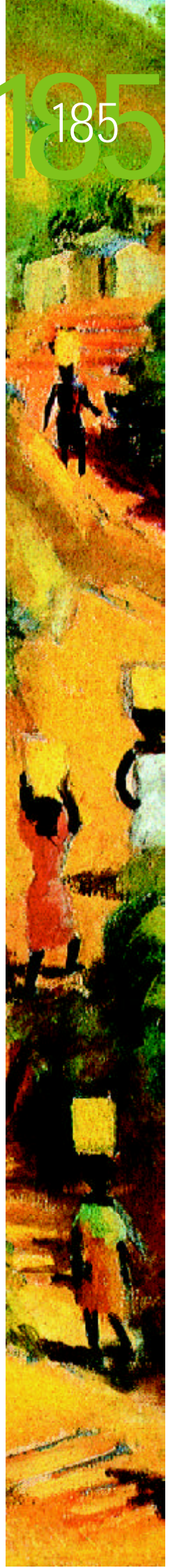
TOMEI, Manuela. Ação Afirmativa para igualdade racial: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005.

VIANA, Marcio Túlio, RENAULY, Luiz Otávio Linhares. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

YANNOULAS, Sílvia Cristina. Dossiê: Políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho. Brasília: CFEMEA, 2002.



Anexos



ANEXO 1

Instrumentos normativos

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (em constante processo de atualização através da incorporação de emendas constitucionais).

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943 (em constante processo de atualização com a inserção de novos dispositivos legais). Dispõe sobre normas trabalhistas consolidadas.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Proclamada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948. Dispõe sobre os direitos universais do homem.

Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ONU/CEDAW/1979. Dispõe sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e define o conceito de discriminação contra a Mulher. .

Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ONU/1966 (Decreto Legislativo n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969). Dispõe sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, xenofobia e outras manifestações de intolerância.

Convenção 100/1951, da Organização Internacional do Trabalho (Decreto Legislativo n. 41.721, de 25 de junho de 1957). Dispõe sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor.

Convenção 111/1958, da Organização Internacional do Trabalho (Decreto Legislativo n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968). Dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão.

Convenção 159/1983, da Organização Internacional do Trabalho (Decreto Legislativo n. 129, de 22 de maio de 1991). Dispõe sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes.

Declaração da OIT Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e seus seguimentos.

Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (ONU/1975). Dispõe sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência.

Lei n. 7.668, de 22 de agosto de 1988. Cria a Fundação Cultural Palmares que se propõe a fomentar e fortalecer os valores políticos, culturais, sociais e econômicos da população negra e integrá-la, de maneira eficaz, no processo de desenvolvimento do Brasil, superando todas as discriminações.

Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM, com a finalidade de promover, em âmbito nacional, políticas que visem eliminar a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos.

Lei n. 7.670/1988. Dispõe sobre aposentadoria por invalidez e o auxílio doença para os portadores do vírus HIV/AIDS.



Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, e define crimes contra pessoa com deficiência.

Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre o plano de benefícios da Previdência Social e estipula o percentual de cargos a ser preenchido pelas empresas com pessoas portadoras de deficiência ou reabilitados da Previdência Social.

Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte interestadual.

Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, limitativas do acesso ou manutenção do emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor estado civil, situação familiar ou idade.

Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o d 7º, do art. 226, da Constituição federal, que trata do planejamento familiar e estabelece penalidades.

Lei n. 9.394, de 10 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e dispõe sobre a educação especial para o trabalho dos educandos com necessidades especiais.

Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Define o crime de tortura e estabelece pena de reclusão caso seja cometido em razão de discriminação racial ou religiosa. O crime é agravado se cometido contra gestante e deficiente.

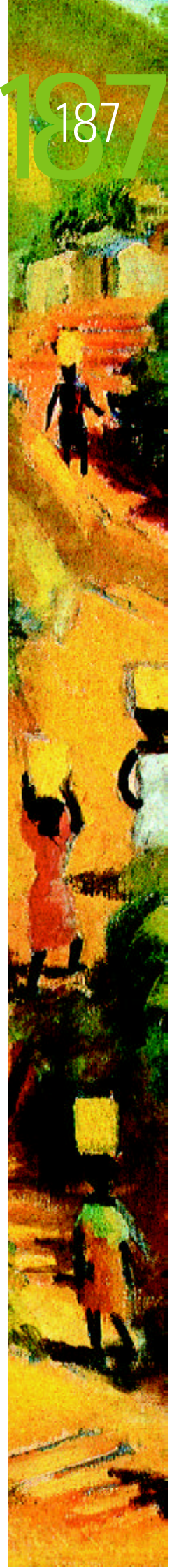
Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20, da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Com a nova redação a Lei n. 7.716/89 passa a definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Altera o art. 140 do Código Penal, para acrescentar d 3º, que definir o crime de injúria quando consistir na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem.

Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999. Acrescenta o art. 373 A, na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que dispõe sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e sobre a revista íntima na empregada.

Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual.

Lei n. 10.270, de 29 de agosto de 2001. Acrescenta dd 4º e 5º ao art. 29 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para proibir anotações desabonadoras na Carteira do Trabalho e Previdência Social.

Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002. Dispõe sobre licença maternidade e adoção.



Lei n. 10. 678, de 23 de maio de 2003. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe entre outros assuntos sobre a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

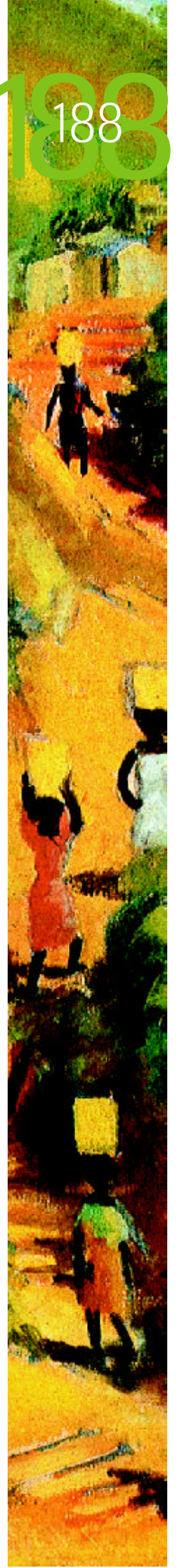
Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso que não deve sofrer qualquer tipo de discriminação.

Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção.

Decreto n. 4.228, de 13 de maio de 2002. Institui no âmbito da Administração Pública Federal o Programa Nacional de Ações Afirmativas.

Portaria n. 604, de 1º de junho de 2000. Institui, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho, os Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação.

Instrução Normativa MTE n. 20 de 19 de janeiro de 2001. Dispõe sobre procedimentos a serem adotados pela Fiscalização do Trabalho no exercício da atividade de fiscalização do trabalho das pessoas portadoras de deficiência.



ANEXO 2

Instituições, organizações e associações

Arco-Iris - Grupo de Conscientização Homossexual
Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais - APAE
Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA
Central Única dos Trabalhadores - CUT - Observatório Social
Conselho Nacional de Combate à Discriminação - MS
Conselho Nacional de Combate à Discriminação - SEDH
Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM
Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência - CONADE - MJ
Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE/SEDH
Grupo de Apoio aos Portadores do Vírus da Aids - GAPA
Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS - Unidade de Reabilitação Profissional
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA
Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial - INSPIR
Ministério da Ciência e Tecnologia - Programa Mulher e Ciência
Ministério da Cultura - Fundação Cultural Palmares - FCP
Ministério da Educação - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq
Ministério Público do Trabalho - MPT
Ministério do Trabalho e Emprego - MTE - Delegacias Regionais do Trabalho
Ministério da Saúde - MS - Coordenação Nacional de DST e AIDS
Núcleos de Combate à Discriminação e de Promoção da Igualdade de Oportunidades no Emprego - MTE
Organização Internacional do Trabalho - OIT
Secretária Especial de Políticas para as Mulheres - SPM
Secretária Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPIR
Secretária Especial dos Direitos Humanos - SEDH
Secretária de Políticas Públicas de Emprego - SPPE/MTE
Serviço Nacional do Comércio - SENAC
Serviço Nacional da Indústria - SENAI
Sistema Nacional de Emprego - SINE

