

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ALANE MORAES DA CONCEIÇÃO

COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO:
proteção e concretização dos direitos humanos do trabalhador

São Luís
2014

ALANE MORAES DA CONCEIÇÃO

COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO:

proteção e concretização dos direitos humanos do trabalhador

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Msc. Maria da Conceição Meirelles
Mendes

São Luís

2014

Conceição, Alane Moraes da.

Combate à discriminação nas relações de trabalho: proteção e concretização dos direitos humanos do trabalhador/ Alane Moraes da Conceição. — São Luís, 2014.

82 f.

Impresso por computador (Fotocópia).

Orientador: Maria da Conceição Meirelles Mendes.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Direito do trabalho. 2. Relações de trabalho – discriminação .3. Direitos humanos I. Título.

CDU 349.22

ALANE MORAES DA CONCEIÇÃO

COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO:

proteção e concretização dos direitos humanos do trabalhador

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ms. Profa. Msc. Maria da Conceição Meirelles Mendes (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser meu tudo e sem o qual este trabalho não seria possível. Por sustentar-me nos momentos mais delicados e me conduzir de forma abençoada ao final de mais esse ciclo em minha vida.

À minha mãe, por não ter medido esforços para que esse momento chegasse, abrindo mão de muitas coisas para que eu pudesse conquistar o meu sonho.

Ao meu padrasto, por todo o incentivo ao longo da graduação.

À minha irmã, por todo o companheirismo e paciência ao longo destes cinco anos, suportando ao meu lado os momentos mais delicados e decisivos desta trajetória.

Aos demais familiares por todo o apoio.

Aos meus amigos, que foram fundamentais durante essa trajetória, compartilhando comigo momentos bons e ruins, dando-me forças para não desanimar nos momentos mais difíceis, em especial Efraim Soares, Keiko Aramaki, Karol Araújo e Thalita Simas.

Ao meu grupo de amigos Tu júris: Aline Cavalcante, Joaquim Queiroz, Amanda Silva, Joaquim Henrique e Allisson Guimarães; pessoas por quem tem carinho especial e sei que a amizade irá ultrapassar os limites da graduação.

À minha orientadora, Maria da Conceição, por seu auxílio e instrução no desenvolvimento deste trabalho.

“A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.”

Hannah Arendt (In: A condição humana, 1991)

RESUMO

A análise do combate à discriminação nas relações de trabalho é um assunto de suma importância, tendo em vista que a discriminação encontra nas relações laborais um ambiente propício ao seu desenvolvimento, além de ser uma questão de direitos humanos. O presente estudo aborda alguns tipos de práticas discriminatórias, focando em algumas características que ajudam a explicar as razões da incapacidade de superação dessas desigualdades e da eliminação da discriminação nas relações de trabalho. Ao direcionar e restringir tal problema procurou-se demonstrar que entre essas características está o fato de o Judiciário trabalhista não assegurar a devida proteção e resposta na mesma proporção da extensão da discriminação. Num primeiro momento e de forma mais inicial, pode-se ressaltar a inexistência de instrumentos jurídicos suficientes para o combate e reparação das violações. No entanto, como veremos, o direito a não ser discriminado encontra amparo na Constituição de 1988, assim como na legislação infraconstitucional e nas normas de direito internacional recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, estando disponíveis aos operadores do Direito para uso e combate aos mais diversos tipos de discriminação nas relações de trabalho. Dessa maneira, o combate à discriminação no âmbito laboral assume o papel de mecanismo permanente, a fim de que se possa atingir a pretensão de um trabalho digno, com condições de igualdade, proteção e garantia à dignidade humana da pessoa do trabalhador. A questão que se apresenta é, pois, da busca pelo reconhecimento da garantia dos direitos humanos da pessoa do trabalhador. Com o objetivo de permitir que sejam eliminadas as desigualdades sociais, na busca por um ideal de justiça social.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Relações de trabalho - discriminação. Direitos humanos.

ABSTRACT

The analysis of non-discrimination in labor relations is a matter of great importance, given that discrimination in employment relations is an environment conducive to its development, and is a matter of human rights. This study addresses some types of discriminatory practices, focusing on some features that help to explain the reasons for the inability of overcoming these inequalities and the elimination of discrimination in labor relations. By targeting and restrict this problem we tried to demonstrate that among these features is the fact that the labor judiciary does not ensure adequate protection and response in proportion to the extent of discrimination. At first and most original form can be noted that insufficient legal instruments to combat and repair of violations. However, as we shall see, the right not to be discriminated against is upheld in the 1988 Constitution, as well as constitutional legislation and the rules of international law received are the Brazilian legal system, being available to law professionals to use and combating various types of discrimination in labor relations. Thus, the fight against discrimination in the workplace assumes the role of permanent mechanism, so that it can reach the pretense of decent work, with equal conditions, protection and guarantee of human dignity of the worker. The question that arises is, therefore, the search for recognition of the guarantee of human rights of the worker. In order to allow social inequalities are eliminated in the search for an ideal of social justice.

Keywords: Labor law. Labor relations - discrimination. Human rights.

LISTA DE SIGLAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais
RR	Recurso de Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DISCRIMINAÇÃO	12
2.1	Conceito de discriminação	13
2.2	Conceito jurídico de discriminação	13
2.3	Natureza jurídica	16
2.4	Discriminação direta e indireta	20
3	O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E A DISCRIMINAÇÃO	21
4	MOMENTOS DE DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO	23
4.1	Discriminação na fase pré-contratual	23
4.2	Na fase contratual	24
4.3	Na extinção do contrato de trabalho	25
4.4	Na fase pós contratual	25
5	TIPOS DE DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	27
5.1	Discriminação em razão do sexo	27
5.2	Discriminação por motivo de raça e cor	31
5.3	Discriminação em razão da pessoa portadora de deficiência	36
5.4	Discriminação contra portador do vírus HIV	41
5.5	Discriminação em razão de acidente de trabalho	46
6	MECANISMOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA DO TRABALHADOR	49
6.1	Instrumentos internacionais	49
6.2	Principais tratados de direitos humanos e convenções internacionais e o combate à discriminação nas relações de trabalho	51
6.3	A Ordem Constitucional e os Tratados de Direitos Humanos	55
6.4	O Ordenamento Infraconstitucional e o combate à discriminação nas relações de trabalho	57
6.4.1	As ações afirmativas e sua relação com a discriminação	59
7	ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	63
7.1	Jurisprudência firmada na Justiça do Trabalho	64
8	ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO	70
9	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	72

10	CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
	REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país constituído por grandes diferenças e mantém uma cultura elitista com tratamento discriminatório bastante arraigado. Em decorrência disso, são freqüentes as situações envolvendo discriminação, seja por fatores raciais, de gênero, entre outros. Persiste no Brasil a falsa ideia de que no país não há segregação.

Todavia, os reflexos sociais das práticas discriminatórias são bastante contundentes. Como conseqüência disso as relações de trabalho são intensamente permeadas por atitudes discriminatórias.

Dessa maneira, a discriminação nas relações de trabalho é um tema de crescente importância não só para os legisladores, mas também para estudiosos do Direito do Trabalho.

Diante disso, houve a necessidade de se discutir essa temática, tendo em vista a dificuldade em se caracterizar as práticas de discriminação nas relações de trabalho. Uma vez que, além da hipossuficiência do trabalhador para sustentar sua defesa e comprovar os fatos alegados, os instrumentos jurídicos para coibir tais práticas ainda são incompletos ou muito específicos.

Nesse diapasão, observa-se que na Justiça do Trabalho ainda é pequena a procura para conhecimento e reparação de lesões individuais e coletivas decorrentes de práticas discriminatórias. No entanto, o Direito do Trabalho tem absorvido a noção do necessário combate à discriminação na relação de trabalho, considerando-se que a sociedade democrática moderna distingue-se pela preocupação em estabelecer processos de inclusão social.

Nesse contexto, a problemática levantada no decorrer deste estudo busca analisar o combate à discriminação no trabalho, dando enfoque a questão de direitos humanos, tendo em vista que tal discriminação é a própria negação de direitos à pessoa do trabalhador. É não reconhecer que todos são iguais em dignidade e direitos, sem que haja distinção de qualquer natureza; e de que a igualdade para todos, como princípio, é oriunda da própria natureza humana do homem.

Além disso, o presente trabalho preocupou-se em analisar, de modo geral, os tipos de práticas discriminatórias com maior ocorrência na relação de trabalho e quais os mecanismos utilizados para combater tais práticas, orientados à luz de princípios e direitos fundamentais que visam garantir à dignidade da pessoa do trabalhador, bem como assegurar direitos inerentes à sua própria condição de ser humano.

É oportuno ressaltar que se optou pela análise do combate à discriminação nas relações de trabalho, tendo em vista que se busca fazer uma reflexão mais aprofundada sobre

os mecanismos de defesa contra atitudes discriminatórias, uma vez que, a discriminação no ambiente de trabalho pode assumir diversos caminhos, exigindo mecanismos criativos, específicos e efetivos, para que o discriminador não seja favorecido. Além disso, é uma riquíssima área para estudo, porém pouco explorada.

Além do que, faz-se necessário saber se o combate à discriminação tem sido realmente efetivo, haja vista que a discriminação no âmbito laboral é um fator que impede o pleno exercício dos direitos humanos do trabalhador. Tal combate deve contribuir para promoção da igualdade nas relações de trabalho, de maneira a provocar verdadeiras mudanças nas estruturas sociais

Assim, a primeira parte deste estudo é dedicada a uma abordagem conceitual em relação à discriminação, inclusive delimitando um conceito a ser utilizado no campo direito; e suas classificações, bem como os principais momentos de sua ocorrência nas relações de trabalho.

A segunda parte deste estudo apresenta diversos tipos de discriminação: em razão das relações de gênero, da raça, pessoa portadora de deficiência, portador do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) e em decorrência de acidente de trabalho; discutindo a respeito de cada um deles sob as considerações de seus fundamentos e seus respectivos aspectos jurídicos.

Depois de estabelecido todo esse embasamento, a terceira parte do estudo irá abordar os principais instrumentos internacionais e infraconstitucionais utilizados no combate à discriminação nas relações de trabalho, bem como a atuação do Judiciário e do Ministério Público do Trabalho, que possuem relevante participação na luta pela erradicação de práticas discriminatórias no ambiente de trabalho.

Para realização desta pesquisa acadêmica, adotou-se o método dedutivo, realizado por meio de um estudo doutrinário e teórico acerca do tema, tomando por base o que já foi publicado em relação à temática, de modo a permitir que se delineasse uma nova abordagem sobre o mesmo. Utilizou-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2 DISCRIMINAÇÃO

Neste primeiro capítulo, a presente pesquisa visa abordar algumas considerações importantes acerca da discriminação nas relações de trabalho.

Nesse sentido, faz-se necessário, primeiramente, explicar sobre o gênero discriminação e algumas de suas classificações mais relevantes, tendo em vista que a discussão sobre esse instituto demanda uma análise mais detalhada acerca de suas espécies.

Posteriormente, o estudo irá abordar os momentos da ocorrência da discriminação no contrato de trabalho e como isso repercute de forma negativa na dignidade da pessoa do trabalhador e sua inserção e manutenção no mercado de trabalho.

2.1 Conceito de discriminação

Segundo o Dicionário Aurélio, a palavra discriminar significa: “Diferençar, distinguir, discernir.” (HOLANDA, 2010, p. 87). De tal termo pode-se extrair a ideia que permeia a nossa sociedade, levando em consideração que o ato ou mesmo a ação de separar, fazer distinção, desigualar, pôr a parte por preconceito, é discriminação, um fenômeno sobremaneira social, que acaba por gerar situação de diminuição do valor do outro, ou ainda a sua estigmatização e como consequência surgem inúmeras desigualdades de pessoas ou grupos sociais.

A discriminação, na maior parte das situações, está relacionada a ideias preconcebidas que acabam rebaixando pessoas ou grupos atingidos por essa prática.

Nesse sentido, conforme aborda Carlos (2004, p. 28), pode-se “conceituar discriminação como a conduta ou ação de estabelecer diferenças que violem o direito das pessoas com base em critérios injustificados e injustos.”

Cumprido destacar que a discriminação vai muito além de uma atitude de desigualar, pois não é somente a presença desse componente essencial que a caracteriza, mas também outros igualmente importantes. Um desses elementos é o racismo, conceituado por Carlos (2004, p. 29) como sendo “uma teoria que sustenta a superioridade de certas raças em relação a outras, preconizando ou não a segregação racial ou até mesmo a extinção de determinadas minorias”.

No que tange a esse aspecto, faz-se necessário salientar que a discriminação é bem mais abrangente que o racismo, pois, para além de um problema racial, a discriminação envolve também questões de ordem social, econômica, religiosa etc...

Ainda quanto aos componentes da discriminação outro elemento deve ser destacado, o estereótipo, que, conforme preceitua Gurgel (2010, p. 29), “constituem clichês, construções indesejáveis, chavões que são repetidos sem serem questionados. Partem de uma generalização apressada, tomando como uma verdade universal algo que foi observado em um ou em alguns indivíduos”. O estereótipo se relaciona com a discriminação na medida em que a sua veiculação reproduz o preconceito e acaba levando à discriminação.

Um terceiro elemento, não menos importante, merece ser abordado, o preconceito, que pode ser conceituado como uma espécie de julgamento negativo a respeito de uma pessoa ou alguma coisa. Com relação a esse terceiro componente, uma distinção deve ser feita, o preconceito relaciona-se ao aspecto íntimo do sujeito, suas concepções internas, uma ideia formada a priori sem que haja uma ponderação, e nem sempre se concretiza por meio de uma ação, já a discriminação pode ser entendida como a exteriorização desse preconceito, ou seja, já não fica mais limitada à esfera pessoal do agente, mas agora envolve o direito de outrem. Sobre esse elemento, Brito Filho (2002, p. 40) adverte:

O preconceito, por outro lado, muito embora sua conceituação seja necessária, não pode ser considerado propriamente como categoria jurídica de análise, pois ele, em si, apesar de encerrar atitude negativa, não produz efeitos para o Direito. Por que não? Porque o preconceito, embora condenável, não atenta contra os direitos subjetivos, salvo quando se exterioriza, em forma de discriminação – e aqui em qualquer forma ou grau.

Dessa maneira, um conceito de discriminação mais moderno, deve levar em consideração não somente os efeitos endógenos de sua prática, mas também os efeitos exógenos que são capazes de produzir sobre a pessoa do trabalhador e aqueles que o cercam.

2.2 Conceito jurídico de discriminação

A discriminação nas relações de trabalho é um tema de crescente importância no ramo do Direito do Trabalho, e tem sido debatido por muitos estudiosos da área, tendo em vista o aumento de ocorrências dessa prática.

Nesse sentido, há uma preocupação em delimitar um conceito jurídico para discriminação. O alcance dessa preocupação é bem abrangente, alcançando não só a esfera do Brasil ou ocidente, mas todo o mundo. E devido à crescente demanda em torno do tema, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que reúne cerca de mais de cento e oitenta países visando estabelecer padrões mínimos de condições de trabalho, já produziu dezoito convenções sobre a temática em questão.

A OIT traz uma definição de discriminação que tem sido basilar para legislações de muitos países. Trata-se da Convenção n° 111 da OIT, essa Convenção é denominada de Discriminação no emprego e ocupação e dispõe em seu artigo 1° o seguinte conceito de discriminação que, inclusive, foi incorporado à ordem jurídica brasileira:

[...] qualquer distinção, exclusão ou preferência, fundada sobre raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades, ou tratamento no emprego e na ocupação (art. 1°, I, a, da Con. n°. 111, da OIT) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1968, não paginado).¹

Tal Convenção, conforme preceitua *Luciane Cardoso Barzotto* (2012, p. 50) “pretende a promoção da igualdade e eliminação de toda discriminação, em matéria de emprego e de ocupação, mediante política nacional adequada”. Os preceitos dessa Convenção valem tanto para a admissão no emprego, como também para as condições de trabalho e acesso aos meios de formação profissional.

Um conceito de discriminação laboral deverá, inicialmente, partir da ideia da existência de um direito a não ser discriminado. É primordial que o conceito alcance pessoas de direito público ou privado e leve-os a entender a presença da obrigação de respeitar os direitos humanos da pessoa do trabalhador.

Assim, convém trazer à discussão um conceito elaborado por Lima (2011, p. 30):

Todo trabalhador tem o direito a não sofrer tratamento diferenciado menos favorável que o dispensado a outra pessoa ou grupo em decorrência de uma relação de trabalho, praticado por qualquer pessoa ou resultante de uma situação de afinidade pessoal de qualquer natureza, antes de sua celebração, durante seu transcurso ou depois de seu término, por qualquer motivo que não possa ser justificado mediante os critérios de proporcionalidade e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos laborais ou os direitos humanos e liberdades fundamentais de qualquer natureza, em qualquer campo e aspecto da vida laboral, privada ou pública.

Prosseguindo com esse autor, Lima (2011, p. 38), assinala que:

Há discriminação nas relações de trabalho quando um ato ou um comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas asseguradas, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.

Delgado (2014, p. 450) afirma: “[...] discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para situação concreta por ela vivenciada”.

¹ “A definição da discriminação para OIT, didaticamente, conta com os seguinte elementos: 1. Distinção, exclusão ou preferência (direta ou indireta); 2. Motivo – atípico ou típico – raça, sexo, cor, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social; 3. Objetivo ou efeito: destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão” (BARZOTTO, 2012, p. 42).

Nascimento (2013, p. 732) formula o seguinte conceito:

A discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado, revelando escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, compleição física, dentre outros fatores.

Brito Filho (2002, p. 43) também contribui com a formulação de um conceito “[...] discriminar, em matéria de trabalho, é negar ao trabalhador a igualdade necessária que ele deve ter em matéria de aquisição e manutenção do emprego, pela criação de desigualdade entre pessoas.”

No entanto, cumpre destacar que nem toda exclusão ou preferência poderá ser considerada discriminação, haja vista que existem distinções, exclusões e preferências fundadas em aptidões exigidas para um determinado emprego (art. 1º, 2, da Con. nº 111, da OIT), assim como há aquelas que se justificam com fundamento na segurança do Estado (art 4º, da Con. nº 111 da OIT), e outras que possuem como característica atuarem como medida, 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. nº 111, da OIT) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1968).

Outro aspecto muito relevante é quanto ao fato de também não ser considerada discriminação a proteção ou medidas especiais proporcionadas a determinadas pessoas ou grupos para que seja assegurada a sua inserção social. Tais medidas protetivas, nessa situação, objetivam combater a discriminação de que tais parcelas da sociedade são vítimas.

Isso ocorre porque um tratamento diferenciado, em algumas situações, justifica-se quando há uma correspondência lógica entre o tratamento desigual e o bem defendido, tal medida estaria compatível com o princípio da isonomia, na medida em que o direito reconhece algumas desigualdades e estas são admitidas, pois objetivam proporcionar uma abordagem isonômica a todos, tendo em vista que os casos concretos podem justificar condutas diferenciadas, em busca da igualdade material (substantiva).

É o que ocorre, por exemplo, no caso de pessoas com deficiência, em que a proteção jurídica, nessa situação, é consequência da necessidade de ter garantido o direito à integração e inclusão social. Em face dessa circunstância o princípio da igualdade revela-se não somente no fato de resguardar a isonomia de todos perante a lei, mas também quando, ao haver distinção dessas pessoas em relação às demais, justifica-se um tratamento diferenciado em razão da dificuldade de integração social a que estão submetidas.

Dessa maneira, verifica-se que as distinções ou preferências para que possam ser caracterizadas como discriminatórias, devem possuir como objetivo pôr fim ou alterar a

igualdade de tratamento entre as pessoas. No entanto, se as medidas tiverem como consequência a distinção de pessoas com o objetivo de proporcionar a igualdade entre elas e integrá-las socialmente, tais condutas não devem ser consideradas como discriminação, tendo em vista que são fundadas em proteções previstas no ordenamento jurídico e pautadas em valores constitucionais.

Observa-se também que, no Direito do Trabalho, alicerçado sobre o pressuposto da hipossuficiência do empregado, encontra-se diversos princípios e normas com a finalidade de equiparar as partes na relação de trabalho, pois, entendem-se desiguais em vista das circunstâncias fáticas de ordem socioeconômica.

Nesse sentido, Coutinho (2003, p. 24) adverte: “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.”

Percebe-se, no Direito do Trabalho, um cuidado especial para defender o trabalhador frente às discriminações na relação de trabalho, visando proporcionar uma igualdade substancial entre as partes.

2.3 Natureza jurídica

A discriminação pode ser entendida como um tratamento diferenciado, dispensado a uma pessoa ou grupo social, notadamente desfavorável, e por esse motivo, tem como consequência o efeito de alterar ou destruir a igualdade de oportunidades com relação a emprego ou profissão, conforme preceitua a Convenção nº 111, da OIT (COUTINHO, 2003).

Isso significa que, se o ato de distinção ou preferência, referente à pessoa com relação à sua origem, raça, sexo, cor, idade, estado de saúde, ou quaisquer outras formas que tenham como objetivo distinguir, provocar desigualdades de oportunidades e de tratamento, esse ato, pelo fato de ferir princípios como o da igualdade e o da não discriminação, assim como dispositivos infralegais, são proibidos por lei e encontram vedação, também, na Constituição Federal (CF) de 1988, sendo, por esse motivo, considerado um ato ilícito, e em muitos casos, tipificado no ordenamento jurídico como crime.

Tendo em vista a natureza antijurídica da discriminação, esta encontra proibição na Constituição Federal que, ao dispor acerca de direitos individuais e coletivos, visa assegurar a todos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput).

E não bastando essa vedação, a CF/88 considera a promoção da igualdade como um objetivo fundamental da República brasileira ao considerar 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) (BRASIL, 1988a, não paginado).

Segundo Coutinho (2003) 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).

As práticas discriminatórias consideradas crimes, e, portanto, as que merecem uma punição mais severa, são as práticas discriminatórias resultantes da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89 e Lei nº 9.459/97), da discriminação contra mulher, relacionadas ao estado de gravidez (Lei nº 9029/95); da discriminação quanto à pessoa portadora de deficiência (Lei nº 7853/89) e do assédio sexual no trabalho (Lei nº 10224/01). Tais condutas, por serem consideradas mais graves, são punidas com penas de detenção ou reclusão.

Outras práticas discriminatórias, como a discriminação e criação de obstáculos para o acesso à relação de trabalho, ou sua manutenção, em razão da situação familiar, estado civil, por motivo de sexo, etc..., por serem consideradas menos gravosas, não constituem crimes, por esse motivo receberam penas mais brandas como multas administrativas ou proibição do empregador de obter empréstimo, ou financiamento frente a instituições financeiras oficiais (Lei nº 9029/95) (BRASIL, 1995a).

Desse modo, haja vista o que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro fica evidente o fato da antijuridicidade da conduta discriminatória, que altera a igualdade de oportunidades de trabalho e provoca exclusão social. A prática discriminatória acaba por tornar vulneráveis as pessoas ou grupos que são vítimas dessas condutas, fazendo com que experimentem desigualdades sociais e diferenças de tratamento no ambiente de trabalho.

2.3 Discriminação negativa e positiva

Segundo Carlos (2004, p. 32), a discriminação negativa pode ser entendida como “aquela que não tem por fundamento a adoção de medidas tendentes a diminuir as

diversidades sociais e econômicas, limitando-se a acentuar a regra de plena igualdade de todos perante a lei”.

Caracteriza-se por ser um tratamento desigual que estabelece um desfavor à pessoa discriminada, acarretando a negação do exercício de seus direitos de pessoa humana, ou mesmo condutas que tendem a segregar da vida social os membros de um determinado grupo.

Implica em um aumento da exclusão ou prejuízo direcionado para determinada pessoa ou grupo, causando desigualdades injustificadas. É o caso enfrentado por mulheres, negros e pessoas portadores de deficiência, pois ao longo da história, foram vítimas de uma série de desigualdades sociais. Esse tipo de discriminação constitui um verdadeiro fenômeno social.

No que tange à discriminação positiva, esta pode ser percebida em todas as fases do desenvolvimento das sociedades humanas, nesse sentido Lima (2006, p. 213) assim conceitua tal discriminação: “São aquelas deliberadamente adotadas, em caráter temporário para, por meio de atitudes diferenciadoras, procurar promover socialmente determinados grupos historicamente prejudicados, conferindo-lhe maior igualdade de oportunidades.”

Nesse sentido, entende-se que são consideradas positivas pelo fato de proporcionar uma equiparação social de grupos que foram historicamente excluídos ou discriminados dentro das esferas da sociedade. Essa discriminação tem o objetivo de favorecer pessoas ou grupos sociais que se encontram em condições desfavoráveis com relação aos demais, utilizando-se de estratégias, iniciativas ou políticas públicas.

Fazendo uma interpretação literal do art. 5º da Constituição Federal, pode-se afirmar a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo editado com o objetivo de estabelecer discriminação positiva (COUTINHO, 2003).

No entanto, essa postura é praticada em favor da minoria, em razão da diferença observada entre essas pessoas ou grupos e a desproporcionalidade em relação aos demais, e encontra-se em consonância com o disposto nos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988a). Cumpre ressaltar que a discriminação positiva deverá ser observada em caráter excepcional, até que se neutralizem os efeitos da desigualdade social.

Além disso, a discriminação positiva encontra amparo também na Convenção nº 111 da OIT, que teve o cuidado especial de inserir um artigo retratando esse tipo de discriminação, dispondo o seguinte:

Art. 5º.

Medidas especiais de proteção ou de assistência dispostas em outras Convenções ou Recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não deverão ser consideradas como discriminação.

Todo membro, após consulta a organizações representativas de empregadores e trabalhadores, se as houver, pode definir que outras medidas especiais destinadas a atender a necessidade particulares de pessoas que, por motivo de sexo, idade, invalidez, responsabilidades familiares ou nível social ou cultural, são geralmente reconhecidas como requerendo proteção ou assistência especial, não deveriam ser consideradas discriminação (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1968, não paginado).

Desse modo, na construção da norma antidiscriminatória a OIT teve como objetivo a preocupação de especificar as medidas que não são consideradas condutas discriminatórias, ou seja, a discriminação positiva, tendo em vista promoção de uma igualdade substancial.

Pode-se citar como exemplo de discriminação positiva no ordenamento jurídico brasileiro, a norma que impõe a reserva de vagas para o menor aprendiz, em que os estabelecimentos empresariais que exijam formação profissional são obrigados a cumprir (art. 429, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterado pela Lei 10.097) (BRASIL, 1943).

Coutinho (2003, p. 41), expõe como exemplo

[...] a criação, na esfera da Administração Pública Federal, do Programa Nacional de Ações Afirmativas, que estabelece, para os órgãos da Administração Pública, a observância de percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência, no preenchimento de cargos, em comissão, de direção e assessoramento.

Além dessas medidas, existem outras ações no ordenamento jurídico brasileiro que atua por meio de um tratamento desigual, tendo em vista preservar as diferenças em busca da equidade, utilizando-se de instrumentos jurídico-político-sociais capazes de proporcionar proteção e benefícios aos desiguais, com o objetivo de tornar acessível a todos a igualdade de oportunidades.

Torna-se necessário levar em consideração que, ao se instituir um critério diferenciador de uma pessoa, ou mesmo de um grupo social, o fundamento de tal distinção deve ser lógico e o fim colimado deve ser legítimo, observando-se os limites de razoabilidade para que se justifique essa distinção.

2.4 Discriminação direta e indireta

Dentre as várias classificações para discriminação, a doutrina manifesta-se no sentido de que ela pode ocorrer de duas maneiras: de forma direta ou indireta. A

discriminação direta acontece quando se constitui um tratamento desigual baseado em razões injustificadas, arbitrárias e sem uma razão lógica para a distinção.

Por sua vez, a discriminação indireta, conforme salienta Barros (2013), verifica-se quando se atribui um tratamento formalmente igual, mas os resultados podem manifestar-se por meio de efeitos diversos sobre determinadas pessoas ou grupos.

A discriminação direta ocorre de forma intencional, de maneira explícita, de modo que ao sujeito ou grupo é estabelecido um tratamento desigual baseado em critérios proibidos, tais como: raça, gênero, idade etc...

Para ilustrar tal situação tem-se como exemplo um empregador que ao fazer anúncio para vagas de emprego, exige como critério para a sua ocupação “boa aparência”, tal requisito é carregado de subjetividade, podendo abarcar uma série de significados e características. Desse modo, tal requisito não é razoável, na medida em que não existe uma razão lógica e técnica para esse tipo de exigência, indo de encontro ao ordenamento jurídico.

Na discriminação indireta, não há a intencionalidade expressamente colocada pelo discriminador, mas fica evidente a sua prática a partir da análise dos resultados concretos que os efeitos de uma determinada regra ou decisão em uma empresa acarretaram para os discriminados. Tal discriminação é mascarada pelo tratamento formal, uma pseudo igualdade conferida.

Para demonstrar, temos como exemplo uma empresa que institui uma determinada gratificação a uma função, no entanto tal gratificação só é concedida aos homens que ocupam essa função. Nessa circunstância, há um aparente respeito ao princípio da igualdade, tendo em vista que a gratificação é para a função exercida, no entanto, é concedida apenas ao sexo masculino, o que descumpre, efetivamente o princípio da igualdade. Na prática, esse tipo de discriminação é bem mais difícil de ser identificado, o que o torna uma das piores formas de discriminação, haja vista que o combate e a eliminação desse tipo de prática se tornam mais complexos.

3 O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E A DISCRIMINAÇÃO

Levando em consideração os poderes conferidos ao empregador, o art 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao mesmo tempo em que concede ao empregador a responsabilidade pelos riscos da atividade, imprime-lhe o poder de direção da prestação dos serviços, também denominado de poder de comando ou poder hierárquico.

No que se refere à natureza jurídica do poder diretivo do empregador, existem na doutrina duas correntes que buscam explicá-lo: a primeira defende o entendimento de que o poder diretivo concretiza-se por meio de um poder potestativo, e por esse motivo, o empregado não poderia criar oposição a esse poder. Para os defensores da segunda corrente, o poder de direção pode ser visto como um direito função, que compreende o poder atribuído ao titular para a defesa de um interesse alheio, e não somente um interesse próprio, acarretando a existência de obrigações para o próprio particular.

Nesse sentido, Carlos (2004, p. 120) “esclarece que a tendência moderna do direito do trabalho é no sentido de conceber o poder diretivo não como direito potestativo, e sim como direito-função, orientado para a satisfação dos interesses da própria empresa.”

Fazendo uma análise dos poderes conferidos ao empregador um dos aspectos a ser abordado é no que tange a proibição de discriminação no momento da contratação, pois isso poderia constituir um óbice à liberdade de contratar decorrente do poder diretivo do empregador, em que tal poder lhe permite organizar a sua empresa e gerir a melhor forma de escolha de seu pessoal.

Nessa perspectiva, o que se observa atualmente, é que o poder diretivo tem se tornado um direito função, exercido de forma a satisfazer os interesses da própria empresa, e não somente do empregador.

Esse é o posicionamento adotado por Viana (2006, p. 357) “somos livres para decidir quando, como e quem contratar. Mas é uma liberdade, digamos assim, vigiada, e em boa parte flexionada pelo legislador”.

Viana (2006, p. 358) ainda escreve: “Aliás, de certo modo, é o que acontece com todas as liberdades. São sempre relativas, na medida em que se interagem com outras liberdades, ou mais propriamente com as liberdades dos outros”.

Assim, corroborando com tal entendimento, de que prevalece nos dias atuais o poder função do empregador, que Carlos (2004, p. 106) se posiciona da seguinte maneira:

Há tendências em fazer prevalecer a tese segundo a qual a natureza jurídica do poder de direção do empregador é a de verdadeiro direito-função, pois o exercício desse direito não pode ser pautado única e exclusivamente no interesse do empresário, mas

também no interesse dos trabalhadores. Isso não quer dizer que este poder ficará reduzido, mas continua válido o fato de que ele é oriundo de um direito potestativo, pois o empregador comanda e o trabalhador obedece. Contudo, tal prerrogativa de mando não se deve prestar a atender apenas aos interesses exclusivos do patrão, mas sim da empresa, como integrante de uma sociedade capitalista de massas, imprescindível para o funcionamento do sistema e, conseqüentemente, para que os trabalhadores possam exercer, ainda que formalmente, a liberdade inerente à relação de emprego.

Dessa maneira, uma vez que predomina a corrente doutrinária defensora do direito função do empregador, a empresa não pode voltar-se apenas para o interesse particular do empregador e a finalidade lucrativa da empresa, mas também para sua destinação social, conforme assinala Gurgel (2010, p. 35) “assegurando a todos uma existência digna, com igualdade de condições, abstendo-se da prática de qualquer conduta discriminatória, quer no momento da contratação, quer durante a execução do contrato de trabalho ou mesmo por ocasião do seu término.”

Com isso, observa-se que, a relação de trabalho, mais especificamente a relação de emprego, tendo em vista à sua natureza de poder, no qual o empregado é subordinado aos poderes exercidos pelo empregador, consiste em uma verdadeira fonte de discriminação, na medida em que afeta não somente o trabalhador e seu ambiente de trabalho, mas também a vida do trabalhador e de sua família. Isso ocorre porque há uma desigualdade fática existente entre as partes no contrato de trabalho, além do próprio estado de subordinação em que se encontra junto ao empregador.

Mesmo com o viés potestativo já citado anteriormente, verifica-se que o poder diretivo do empregador tem se tornado cada vez mais direito função, passando a atender aos interesses da empresa, esta entendida em seu sentido mais amplo, como um centro de convergência de interesses (do empresário, dos administradores, Estado, trabalhadores etc...) e não apenas do empregador e de seus próprios interesses.

4 MOMENTOS DE DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

Conforme dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 373-A, II, introduzido pela Lei nº 9799/99, fica claro que a discriminação nas relações de trabalho, ocorre antes da relação contratual e durante a vigência do contrato de trabalho. A redação do dispositivo disciplina o seguinte: “[...] recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível” (BRASIL, 1943, não paginado).

No entanto, mesmo que a lei não relate expressamente o período pós-contratual, o que acontece na prática é que o empregado pode vir a sofrer discriminação pelo seu ex empregador, mesmo após a dissolução do vínculo empregatício.

Corroborando com esse entendimento Barros (2013, p. 1065) afirma: “A discriminação poderá ocorrer na admissão, no curso do contrato e na dissolução do pacto laboral, em vários ou em alguns setores, inclusive no emprego público [...].”

4.1 Discriminação na fase pré-contratual

Essa fase ocorre antes da assinatura do contrato de trabalho. Nesse momento, mesmo que ainda não haja uma relação formal de emprego, vários critérios e práticas adotados pelo empregador podem levar à discriminação.

Nesse aspecto, deve o legislador ter uma atenção especial para coibir esse tipo de prática, na medida em que é complexo reconhecer e combater esse tipo de conduta. Estas podem levar à limitação em relação ao acesso ao emprego, baseadas em requisitos injustificados e sem critérios lógicos associados à função que o trabalhador pretende ocupar.

Embora o que deva realmente importar ao empregador seja a aptidão do trabalhador para atender às necessidades do cargo que almeja, o que se observa, na prática, é o que os direitos do trabalhador têm sido violados, e o empregador, motivado por seus preconceitos ou discriminação, no ato da seleção, acaba ultrapassando esses direitos, e adentra a esfera dos direitos fundamentais daquele candidato que pleiteia uma vaga de trabalho.

Convém ressaltar que as informações exigidas no momento da seleção devem ser razoáveis e proporcionais e guardar certa adequação com o cargo oferecido, relacionando-se apenas às aptidões que sejam necessárias para ocupação do cargo pleiteado. Do contrário, pode resultar em discriminação.

O que deve ser levado em consideração no momento da contratação, é que mesmo com o poder conferido ao empregador de selecionar quem irá lhe prestar um melhor serviço, ele não pode beneficiar-se dessa prerrogativa para atuar com preconceito ou discriminação, sob pena de descumprir normas proibitivas no ordenamento jurídico brasileiro e atentar contra diversos princípios que visam proteger o trabalhador.

Dessa maneira, o que se verifica é que as práticas discriminatórias são fundadas em condutas ilícitas que lesionam os direitos da pessoa do trabalhador, tendo em vista que, ao criar empecilhos para dificultar o acesso ao mercado de trabalho, impossibilitam a igualdade de oportunidade a todos. E em muitos casos, dessa discriminação resulta um dano moral à pessoa do trabalhador, surgindo, então, o direito de reparação, que se justifica pela ofensa à liberdade, intimidade, vida privada ou honra (art. 5º, X, da CF/88) (BRASIL, 1988a).

Assim, antes da contratação, a discriminação se verifica com a colocação de obstáculos, circunstâncias que dificultem determinados candidatos a adquirirem o cargo que pleiteiam, quando o empregador toma como base requisitos que não mantêm associação com as aptidões exigidas para aquisição do trabalho.

4.2 Na fase contratual

A fase contratual abrange o período que vai do início do contrato de trabalho até o momento anterior à sua extinção. Conforme preceitua a CF/88 em seu art 1º, inc. III, durante esse período, o empregador possui o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, assim como assegurar boas condições para que o trabalho seja realizado, compreendendo o princípio da boa fé contratual (BRASIL, 1988a).

Contudo, na prática, verifica-se que na execução do contrato, o descumprimento de muitas obrigações que devem ser respeitadas na relação de trabalho, principalmente, em decorrência do exercício abusivo do poder do empregador.

Assim, são criadas muitas situações que propiciam a ocorrência da discriminação na fase contratual, tais como: gravidez da trabalhadora, acidente do trabalho, orientação sexual do trabalhador etc... Isso se constata por meio de algumas situações, como o rebaixamento do trabalhador de seu cargo ou função, nos meios abusivos de controle e fiscalização utilizados pelo empregador e nas ações de assédio sexual e moral que podem ocorrer no ambiente de trabalho.

Essas discriminações ocorridas na vigência do contrato podem, em muitas situações, resultar na alteração do contrato de trabalho, ou mesmo o rompimento arbitrário da relação de trabalho por conta do empregador.

4.3 Na extinção do contrato de trabalho

O término do contrato de trabalho sempre gerou uma especial regulamentação jurídica, tendo em vista que ao fim dessa relação, diversas consequências podem ser percebidas.

Em alguns casos, os resultados negativos desse término são ocasionados pela discriminação oriunda do empregador, principalmente quando a rescisão do contrato de trabalho acontece por vontade unilateral do empregador, ou mesmo, por uma dispensa arbitrária. Além disso, se tais circunstâncias fundadas em condutas discriminatórias causarem dano ao trabalhador cabe ao empregador o dever de repará-los.

Nesse sentido, algumas situações podem ilustrar esse tipo de discriminação, como por exemplo, a decisão unilateral de extinguir a relação contratual por conta da discriminação em relação à raça, cor, sexo, idade, origem e estado civil. Assim como a dispensa do trabalhador acometido com HIV ou outras doenças transmissíveis, quando o empregador sabe de seu estado de saúde. Além de outras circunstâncias que podem ser visualizadas na prática.

4.4 Na fase pós contratual

Após o término do contrato de trabalho, é possível que o ex empregador pratique atos de discriminação contra o trabalhador, violando seus direitos, indo de encontro a diversos princípios e dispositivos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Na prática, não é incomum, trabalhadores terem informações desabonadoras a seu respeito veiculadas por seus ex empregadores, prejudicando-os, pois lhes dificulta o acesso a uma nova relação de trabalho.

Outro exemplo destacado por Brito Filho (2004, p. 49) ocorre:

[...] quando o empregador, com dificuldades financeiras, dispensa vários de seus empregados e, não dispondo de numerário suficiente para o pagamento das verbas rescisórias de todos os dispensados, resolve pagar apenas os trabalhadores de procedência do local, em detrimento dos trabalhadores egressos de outras regiões do País.

Assim, a proibição de discriminar estende-se à relação de trabalho como um todo, abarcando todas as fases, desde o momento pré-contratual, até a fase pós contratual, passando

pela vigência do contrato e repercute de forma extremamente negativa na vida do trabalhador, levando em consideração não apenas o aspecto ocupacional, mas também as relações que estabelece no seio da sociedade.

Convém agora trazer para este estudo, os principais tipos de discriminação que ocorrem nas relações de trabalho, a fim de uma maior análise e aprofundamento acerca da temática abordada.

5 TIPOS DE DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Neste capítulo serão abordadas algumas formas de discriminação existentes na relação de trabalho, dissertando sobre as principais diferenças de tratamento dispensadas a determinadas pessoas ou grupos sociais e discorrer um pouco acerca da reprodução das desigualdades no trabalho e de que maneira tais distinções repercutem no acesso, permanência e qualidade do trabalho dessas vítimas da prática discriminatória.

5.1 Discriminação em razão do sexo

A discriminação em razão do sexo na sociedade brasileira é significativa e pode ser constatada por meio de qualquer análise de dados estatísticos oficiais. As mulheres encontram-se em uma posição mais vulnerável nas relações de trabalho, estão mais suscetíveis à perda de emprego, a maior parte delas trabalha na informalidade, em sua maioria, ocupam posições inferiores na hierarquia das empresas, recebem salários inferiores aos dos homens para um exercício de igual função.

A mulher ainda enfrenta diversos preconceitos que estão impregnados na sociedade brasileira, uma classe historicamente vitimizada e que luta contra um estigma social difícil de ser quebrado e combatido.

Segundo Barros (2013) ainda existe a ideia de que a mulher deve ser submissa e passiva e suas atividades laborais voltadas para um auxílio à renda familiar, sem que isso prejudique as obrigações domésticas e a educação dos filhos, além de exercer funções estereotipadas no mercado de trabalho.

Todavia, com a Revolução Industrial do século XVIII e a necessidade de mão de obra para o trabalho, expandiu-se um pouco essa visão, abrindo a possibilidade da mulher adentrar no mercado de trabalho. No entanto, as mulheres se submetiam a jornadas excessivas de trabalho, em condições precárias e remuneração incompatível ao seu esforço, recebendo bem pouco pelo seu serviço.

Nesse cenário, surgiram as primeiras leis trabalhistas com o objetivo de proteger o trabalho realizado pelas mulheres. E embora essas leis visassem à proteção feminina nas relações laborais, elas acabavam estimulando a desigualdade entre homens e mulheres, baseadas no preconceito de que a mulher possui capacidade inferior à do homem, e que seria mais frágil.

Coutinho (2003) sinaliza no sentido de que pode-se afirmar que a inserção da mulher no mundo do trabalho, como produto da Revolução Industrial, trouxe conseqüências para divisão sexual do trabalho, com reflexos sobre as diferenças de gênero, nas novas formas de organização da produção e do trabalho.

Com a evolução da sociedade e a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, passou-se a ter uma atenção maior com relação às questões de gênero, possibilitando um estudo mais detalhado da realidade do trabalho feminino, assim como questões relacionadas às diferenças biológicas entre os sexos e que, por isso, exigem uma maior proteção da mulher, como a gravidez, maternidade, saúde.

Cumprido ressaltar que, mesmo com a crescente participação da mulher no mercado de trabalho e com a abertura de novas oportunidades de emprego e áreas de atuação, a mulher não avançou muito no que tange à hierarquia funcional e técnica da organização laboral.

Em muitas situações, as mulheres são subutilizadas no trabalho, recebem baixa remuneração para o nível de qualificação que possuem e, na maior parte dos casos, não consegue ascender profissionalmente, por motivo de discriminação.

Nesse sentido, Gurgel (2010, p. 164-165) discorre sobre esse aspecto da seguinte maneira:

Embora possua taxa de escolaridade superior à do homem, a mulher continua a ser discriminada na ocupação dos postos de trabalho e no que diz respeito a sua remuneração, se comparada a trabalho de igual valor exercido por homem. [...] Dados mostram que as mulheres sofrem discriminação quanto à ocupação dos postos de trabalho, não têm perspectiva de ascensão [...] sendo baixa a representatividade feminina nos cargos de direção.

As estatísticas mostram a imensa disparidade existente em relação aos sexos no que tange às relações de trabalho, e mesmo com as medidas protetivas em torno da mulher, a principal vítima da discriminação de gênero, ela continua a sofrer com a discriminação direta e indireta em todas as fases da relação de trabalho.

A mulher, além de trabalhadora, possui em muitas situações, a necessidade de desempenhar outros papéis, tais como os familiares, o que acaba por limitar a sua disponibilidade para o trabalho e contribui para a discriminação em relação a elas, colaborando para o surgimento de mecanismos que dificultem o seu acesso ao trabalho, a sua permanência, assim como a sua ascensão na carreira e possibilidades de melhor remuneração, reduzindo as suas oportunidades.

Com a instituição da Constituição de 1988, eliminaram-se do ordenamento jurídico brasileiro, quaisquer normas discriminatórias da mulher no âmbito do emprego e mercado de trabalho, revogando, inclusive, alguns dispositivos da CLT que, sob o argumento

de tutelar, produziam efeitos discriminatórios em relação à mulher trabalhadora (DELGADO, 2014).

Nesse sentido, a CF/88 (art 5º, caput, e inciso I) dispôs que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, bem com que “os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Além de dar ênfase ao seu caráter antidiscriminatório, com relação ao sexo, em seu art. 7º, XX e XXX, comandos que visam proteger o mercado de trabalho da mulher (BRASIL, 1988a, não paginado).

Desse modo, conforme preceitua a Carta Magna de 1988, justifica-se tratar a mulheres com distinção em razão de sua condição física apenas em algumas situações, como no caso de levantamento de certa quantidade de peso (art. 390, CLT), do trabalho durante a licença maternidade (art. 7º, XVIII, da CF/88), ou mesmo concessão de intervalo para amamentação (art. 396 da CLT) (BRASIL, 1943, 1988a).

Tais distinções justificam-se na medida em que fornecem segurança jurídica, figurando a norma como protagonista para o exercício do bem comum. Entretanto, nas palavras de Correia (2012, p. 35):

[...] a segurança jurídica advinda da norma, a partir de seus elementos antes indicados, somente pode existir na medida em que promover a igualdade no sentido material, igualando-se as liberdades – ainda que com sistemas de compensações, quando necessários. Portanto, o comando, igual para os iguais e desigual para os desiguais (no sentido de promoção da igualdade), é fator que claramente conduz a segurança jurídica.

Desse modo, verifica-se que as normas que protegem a mulher das discriminações de trabalho, trazendo distinções quando a seu tratamento em razão de algumas situações, é uma questão que vai muito além do aspecto formal, visa garantir além da segurança jurídica também a igualdade.

Nesse sentido, Martins (2014) assinala que em decorrência da existência do princípio da igualdade de todos perante a lei, a igualdade entre homens e mulheres é consequência, não podendo, portanto, haver discriminação.

Analisando o que já foi considerado, verifica-se que a Constituição de 1988 proíbe de forma expressa leis e outras condutas que firam o direito de igualdade entre os sexos no trabalho, com algumas ressalvas que já foram mencionadas.

A nível infraconstitucional, a mulher não encontra amparo apenas na CLT, mas também em outras leis que visam proteger o trabalho da mulher, como por exemplo a Lei 9029/95 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e estereotipização e outras práticas de discriminação para efeitos de admissão ou de manutenção da relação de emprego (BARROS, 2013).

Ainda no que tange ao aspecto supracitado, há também a Lei n° 9799/99 que acrescentou o art. 373-A à CLT, com o objetivo de vedar expressamente a conduta discriminatória do empregador nas relações de trabalho.

Embora haja uma grande disparidade no tratamento atribuído às mulheres nas relações de trabalho, com a promulgação da Constituição de 1988 e o objetivo de assegurar os Direitos Humanos a homens e mulheres, assim como promover uma sociedade justa, sem preconceitos de origem, sexo, raça e quaisquer outras formas de discriminação, a Constituição legitimou a Igualdade de Oportunidades como uma alternativa para proporcionar a inclusão da mulher no mercado de trabalho, visando superar as desigualdades de gênero e promover a igualdade de tratamento de tratamento entre os sexos nas relações de trabalho.

No entanto, persiste, no âmbito laboral, fortes evidências de discriminação nessa área, e são facilmente verificadas na divisão sexual do trabalho, através do trabalho da mulher em atividades inferiores, em setores específicos, recebendo menores salários para executar tarefas que exigem o mesmo nível de qualificação dos homens, além de ter que conciliar o aspecto laboral com outros aspectos que demandam especial atenção, como os familiares, restringindo o seu campo de atuação dentro da estrutura produtiva, e nem mesmo o avanço feminino no mercado de trabalho tem sido suficiente para impedir os efeitos negativos da discriminação em razão de sexo nas relações de trabalho.

E essa discriminação se visualiza por meios de vários atos como constantes atentados à honra e a liberdade da trabalhadora, rodízios de gravidez em algumas empresas, da não contratação decorrente da maternidade, da dispensa por motivo de casamento, do assédio sexual, moral, do oferecimento de empregos de baixo nível hierárquico, além da desigualdade salarial e revistas íntimas.

A revista íntima é uma das formas de discriminação que mais ferem a dignidade da pessoa humana, a trabalhadora é obrigada a se submeter diariamente a revista íntima, ao final do expediente, mesmo que por outra pessoa do mesmo sexo, sob o argumento de proteção do patrimônio do empregador.

Ainda não é pacífico na Jurisprudência o tema supracitado, pois o inciso IV do art. 373-A da CLT proíbe as revistas íntimas, mas não especifica se essa vedação atinge também à propriedade pessoal do trabalhador, com a revista em bolsas, gavetas etc...

Parte dos magistrados e membros do Ministério Público do Trabalho (MPT) entende que a revista íntima desde que realizada de forma impessoal não fere os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação.

Corroborando com esse entendimento, Barros (2009) entende a revista exercida pelo empregador só deve ser exercida em último caso, o empregador deve se utilizar primeiro de outros recursos a fim de salvaguardar seu patrimônio. Para a autora devem existir circunstâncias concretas e específicas.

Entendo que a revista íntima fere sobremaneira a dignidade da pessoa humana, e a revista aos pertences pessoais da trabalhadora afronta o seu direito à propriedade privada. A empresa deve utilizar-se de outros mecanismos, tais como câmeras em todos os ambientes da empresa, exceto toalete. A fim de proteger o patrimônio, sem ferir a dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, constata-se que existem inúmeros instrumentos jurídicos que protegem a mulher contra todos os tipos de discriminação e, principalmente, aquelas relacionadas ao mercado de trabalho.

Todavia, essas garantias não são suficientes para impedir as discriminações praticadas contra mulheres. Desse modo, a noção de garantia que se pretende alcançar vai além do aspecto formal.

É o que adverte Caplan (2008), ao referir que existem determinados condicionantes que resultam do processo de divisão social e hierárquica do trabalho que irão determinar a posição ocupada pelos seres humanos, podendo o direito ser insuficiente para garantir o pleno acesso aos bens.

Afinal, o que se objetiva, não é apenas permitir o acesso da mulher aos postos de trabalho, mas também, assegurar o respeito necessário à ela no tocante ao trabalho e reconhecer seus méritos e talentos profissionais, que lhe possibilite ocupar postos de atividades equivalentes ao seu nível de qualificação e proporcionar perspectivas de crescimento.

5.2 Discriminação por motivo de raça e cor

A raça, segundo Coutinho (2002, p. 70), pode ser entendida 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”. No entanto, a partir de tal definição pode-se perceber que não há um critério racional que o sustente, sendo nitidamente arbitrário.

Conforme Cid (2012) o termo raça pode ser utilizado para descrever um grupo de pessoas que compartilham de certas características morfológicas. É considerado um termo não

científico, utilizado pela biologia, um conceito puro. Isso faz com que o ser humano não tenha raça, visto que não é puro. Nesse sentido, Normando (2010) discorre argumentando que há um consenso entre antropólogos e geneticistas de que, do ponto de vista biológico, raças humanas não existem.

Nesse sentido, é pertinente trazer à discussão o conceito de etnia, um conceito polivalente, que constrói a identidade de um indivíduo levando em consideração diversos fatores, tais como: parentesco, língua, religião. O Brasil, apesar de ter os indígenas como identidade racial, em razão das diversas características socioculturais, os grupos são definidos por etnia.

Nota-se que a própria definição do que seja raça, torna difícil a sua compreensão lógica, e mais ilógico ainda, as distinções entre pessoas em razão desse critério. O conceito de raça, mesmo sem fundamento científico, continua a ser utilizado comumente, tendo como único objetivo justificar a discriminação e sustentar o ódio racial, assim como manter a desigualdade e hostilidade entre os grupos humanos.

Levando em consideração os conceitos de raça e etnia, percebe-se que não há diferença que justifique qualquer comportamento desagregador. Haja vista que há somente uma raça, a raça humana. Dessa maneira, as características morfológicas são úteis à biologia, mas não para as relações sociais e o direito.

Tais considerações sobre raça e seus elementos são importantes na medida em que são necessários para se identificar as raízes do racismo, principalmente no que tange ao caso brasileiro, uma vez que as relações inter-raciais do país ocorreram de forma intensa, gerando uma espécie de racismo, que até hoje suscita muitos estudos em torno da questão.

Conforme salienta Barzotto (2012), a diferenciação de raças gera o racismo, que por consequência proporciona a discriminação. E ainda, segundo Reale Junior (2008), a expressão do racismo está relacionada a um comportamento político e social que resulta em diminuição ou exclusão de um determinado grupo de pessoas, não apenas por fazer parte da mesma raça, o que não possível se explicar cientificamente, mas envolvendo características culturais permanentes.

Diante disso, pode-se chegar à conclusão de que o racismo acaba sendo um conjunto de teorias e crenças que criam uma espécie de hierarquia entre as raças, ou mesmo entre as etnias, e que acaba fundamentando atitudes de intolerância, discriminação, xenofobia, perseguição, dentre outras ações contra raças consideradas inferiores.

No que tange ao racismo, mais especificamente, no Brasil, temos um histórico que remonta a uma série de atrocidades cometidas contra negros vindos da África e utilizados

como escravos durante muitos anos no país, utilizados para exercer atividades como: mineração, agricultura, trabalhos domésticos etc... Eram considerados mercadorias, propriedades do senhor, destituídos de qualquer dignidade humana.

Santos (2004) afirma que a Lei Áurea foi o marco divisor entre o racismo de dominação e o racismo de exclusão. Conforme dispõe Roland (2003), com a abolição houve um fortalecimento nas camadas superiores da consciência de que o que separa o homem branco do preto ou mestiço, que antes era a condição de ser ou não livre, agora é a fronteira da cor da pele.

No que tange a esse aspecto, cumpre destacar que, mesmo com a abolição da escravidão em 1988, o cenário não foi bem o esperado, o negro obteve apenas a sua liberdade formal, continuando à margem da sociedade e lutando contra a sua situação degradante, afinal, não existia, na época, qualquer tipo de política pública com o objetivo de inserir esse negro na sociedade e assegurar-lhes condições mínimas de direitos trabalhistas ou educacionais.

Em sentido semelhante, Buarque (2004, p. 160) se posiciona da seguinte maneira:

Nós não completamos a abolição da escravatura. Não completamos porque dissemos que a partir daquele momento os filhos dos escravos poderiam ir à escola, mas não demos escolas para eles. Nós dissemos que os escravos já não eram mais obrigados a trabalhar compulsoriamente, mas deixamos desempregados aqueles pobres brasileiros. Nós dissemos que já não era mais necessário ficarem acorrentados às senzalas, mas os jogamos nas favelas, cujas condições higiênicas e de conforto não são melhores do que as senzalas de antigamente. Nós dissemos que já não eram mais condenados a comer o que sobrava das casas grandes, mas deixamos milhões que até hoje passam fome.

O que se pretende é demonstrar que a pobreza do negro, no Brasil, está intimamente relacionada ao longo período de escravidão do qual foi vítima, assim como da discriminação que resultou de tal período e ainda persiste nos dias de hoje, e também da ausência de políticas públicas capazes de incluir esse negro na sociedade.

Um das características peculiares do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sim sobre a cor da sua pele. Dessa maneira, tendo em vista a grande miscigenação existente no país, tem-se um racismo mascarado, pois se cria uma aparente sociabilidade do negro, desarmando-o contra a desigualdade e pobreza que lhe são impostas. Afinal, como se mascara a sua situação, ele acaba não lutando por sua situação específica.

Essa forma particular de racismo, baseada no preconceito racial e transmitida por séculos por meio do modelo colonial escravista, acabou levando o negro a uma situação de inferioridade, e mesmo diante de toda opressão sofrida por essa parcela da sociedade, não

houve nenhuma resposta compensatória durante muito tempo, e o resultado disso foi a marginalização da população negra, que antes era explorada ao máximo, e hoje, encontra-se excluída do processo produtivo e conseqüentemente da vida cultural, social e política.

Esse quadro pode ser observado diante das inúmeras desigualdades a que estão submetidos os negros com relação aos brancos. E no que se refere mais especificamente às relações de trabalho, verifica-se que a cor tem sido um elemento diferenciador no acesso ao trabalho. Observa-se que a seleção por motivo de cor prevalece, com frequência, sobre quaisquer outros critérios para obtenção de uma vaga de trabalho, ou mesmo promoção funcional.

Cumprе ressaltar que nem sempre a discriminação ocorre de forma explícita, podendo acontecer de forma indireta. Theodoro (2008, p. 135) aborda essa questão afirmando que “este racismo institucional atua no nível das instituições sociais, dissimulado por meio de procedimentos corriqueiros aparentemente protegidos pelo Direito.”

É importante fazer uma análise sucinta sobre o racismo e discriminação contra o negro no Brasil, abordando também tais práticas nas relações trabalhistas e demonstrar como vem sendo combatido e normatizado atualmente.

A Constituição já em seu preâmbulo faz referência à igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, traçando em seu art. 3º objetivos como a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem os preconceitos em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos III e IV) (BRASIL, 1988a).

Conforme Lopes (2012), a CF/88 disciplina no caput do art. 5º o princípio da igualdade, assim qualquer ato racista é vedado, sendo reforçado pelo inciso XLII, o qual afirma que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível. Já no âmbito do direito do trabalho, o art. 7º, inciso XXX.

O racismo opera como um mecanismo de desqualificação dos não brancos, na medida em que dificulta ou inviabiliza o acesso de negros às posições mais almejadas, abrangendo o recrutamento e a valorização que essas atividades proporcionam.

A Lei 9.029 constitui um importante instrumento de proteção contra a discriminação, tal lei previu a punição criminal que veda quaisquer práticas discriminatórias e limitativas de acesso e permanência no emprego por motivo de sexo, origem, raça, estado civil, situação familiar ou idade, além de estabelecer sanções administrativas, indenizações trabalhistas e a obrigação de readmissão no emprego em caso de dispensa por motivo discriminatório (BRASIL, 1995b).

Além disso, o Decreto 4.738, que promulgou a Declaração Facultativa prevista no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, possibilitou ao Comitê Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação receber e analisar as denúncias de violação dos Direitos Humanos (BRASIL, 2003).

A discriminação quanto à admissão no emprego por motivo de raça ou cor constitui crime previsto na Lei nº 7716/89, tanto no serviço público quanto nas empresas privadas.

A Lei 12.288, que é o Estatuto da Igualdade Racial, dispõe em seu art. 1º que:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (BRASIL, 2010a, não paginado).

Em 2003, foi criada pelo Governo Federal (Secretaria Especial de Políticas de Promoção e Igualdade Racial, com status ministerial) a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial, que visa o combate da discriminação por meio da implementação de oportunidades de tratamento, buscando eliminar as desigualdades raciais, em especial a população negra. Um dos instrumentos utilizados, além de outros, são as Ações Afirmativas.

Nesse sentido, a fim de enriquecer o estudo, convém trazer a posicionamento de Carlos (2004, p. 163):

A implementação de Ações Afirmativas a serem aplicadas às relações de trabalho, por meio de percentual de vagas destinadas aos afrodescendentes excluídos socialmente, além de gerar grande impacto no combate às discriminações diretas e indiretas, impulsiona a igualdade de oportunidades e possibilita a inclusão social, promovendo o multiculturalismo e o respeito às diferenças.

As ações afirmativas na esfera do trabalho destinam um percentual de vagas aos afrodescendentes excluídos socialmente, além de outros grupos vulneráveis da sociedade brasileira, como a mulher. Nesse sentido Gurgel (2010, p. 75), discorre que:

Diante da realidade brasileira, é essencial que, além da vertente repressivo-punitiva de combate à discriminação nas relações de trabalho, característica das Leis 7.716/89 e 9029/95, seja adotada pela legislação infraconstitucional brasileira a vertente promocional, essencial à implementação da igualdade material e à inclusão social dos grupos vulneráveis.

É importante destacar que no vigente ano foi aprovada a Lei nº 12.990, em que seu art. 1º dispõe:

Art. 1º Ficam reservadas **aos negros** 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União [...] (BRASIL, 2014a, não paginado).

Em linhas gerais, o combate à discriminação na relação de trabalho conta com instituições públicas, organizações do setor público e privado. O Ministério Público do Trabalho, tomando por base instrumentos jurídicos, combate o racismo indireto nas relações de trabalho, por meio de políticas afirmativas. Além disso, o programa de Promoção de Igualdade de Oportunidade para Todos, estipula a fixação de metas por empresa para atingir patamares de igualdade de tratamento (admissão, remuneração e ascensão), assim como a adoção de programas de ações afirmativas.

5.3 Discriminação em razão da pessoa portadora de deficiência

A discriminação em razão da pessoa portadora de deficiência remonta desde os povos antigos, os quais eliminavam aqueles que não tinham utilidade para o trabalho ou mesmo para a guerra. O Estado, ao longo da história, também foi responsável por eliminar crianças sempre que se mostravam fracas ou disformes.

Essas práticas não costumam mais ser observadas, todavia restaram resquícios desse passado histórico e de preconceito, de discriminação e indiferença, haja vista que a sociedade moderna prioriza a perfeição, e os portadores de deficiência, em decorrência de suas dificuldades de adaptação e pela sua própria deficiência, acabam sendo excluídos.

Cumprido destacar que a denominação internacionalmente mais freqüente, conforme orienta o Consultor de inclusão social, Sasaki (2005, p. 1236), é “pessoa com deficiência”. Tendo em vista que ao longo dos anos várias denominações já foram utilizadas, até que a Constituição de 1988, por influência do Movimento Internacional de Pessoas com Deficiência incorporou a expressão “pessoa portadora de deficiência”, que se aplica na legislação ordinária.

Especificamente para este trabalho, convém delimitar melhor o conceito de deficiência e nesse sentido, merece destaque o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7835/89 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, a qual concebe um conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1999). Para os efeitos desse Decreto, o seu art. 3º, considera-se:

- I – 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;
- II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III- incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida (BRASIL, 1999, não paginado).

Ainda de acordo com esse Decreto, o seu art 4º elenca as categorias para que uma pessoa seja considerada portadora de deficiência, enumerando a deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla (BRASIL, 1999).

Segundo preleciona Araújo (2011, não paginado), “o que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência”.

E no que tange mais especificamente ao objeto de estudo desse trabalho, a convenção internacional nº 129/91 da OIT orienta que “a Pessoa Portadora de Deficiência para o trabalho é aquele cuja possibilidade de conseguir, permanecer e progredir no emprego é substancialmente limitada, em decorrência de uma reconhecida desvantagem física ou mental” (BRASIL, 1991b, não paginado).

E ainda, segundo Rodrigues (2012), pode-se definir, de forma sintética, que a pessoa com deficiência é o ser humano que sofre limitação considerável nas funções naturais do físico para a realização das atividades do cotidiano. Isso inclui as atividades que pratica como meio de subsistência e que a faz atuar no mercado de trabalho, formal ou informalmente.

A partir de todos esses conceitos, nota-se o quão importante juridicamente e socialmente é a definição da pessoa portadora de deficiência. Tendo em vista que para se proteger juridicamente essas pessoas, faz-se necessário delimitar qual a sua definição, e a partir disso, defender os seus direitos diante do preconceito e discriminação das quais são vítimas, não somente no que tange ao trabalho, mas em outros setores da sociedade.

Convém destacar que nos casos das pessoas com deficiência, o direito da igualdade ganha bastante enfoque, tendo em vista que não se trata apenas de igualar essas pessoas às consideradas “normais”, mas sim, assegurar a elas o direito de não serem discriminadas, excluídas, colocadas à parte dos demais cidadãos em razão de suas limitações.

Conforme assinala Cruz (2006, p. 12), “o deficiente é aquele que a sociedade considera digno de pena, o inútil e inválido que necessita da ajuda dos outros”. Esse tipo de concepção deve ser afastado, tendo em vista que a pessoa portadora de deficiência não deve ser associada com incapacidade.

Tendo em vista que, partindo-se da premissa de que todo o Estado se forma a partir de um povo, não seria possível sua existência sem o elemento pessoal, pois todo o ordenamento jurídico é voltado para pessoa humana, em especial, os direitos à igualdade e dignidade da pessoa humana (DALLARI, 2013).

No que tange ao direito a Igualdade, foi na Idade Moderna, com a Revolução Francesa, que se fortaleceu a ideia jurídica de igualdade, inserida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que em seu art. 1º dispõe: “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum” (ASSEMBLEIA NACIONAL, 1789, não paginado).

Brito Filho (2002) assinala que esse princípio possui relação direta com a temática da discriminação, uma vez que dele pode-se sustentar duas formas de combate a toda e qualquer forma de exclusão ou desigualdade, estimulando a inclusão.

O que se deve, na realidade, é criar condições para inserir os portadores de deficiência na sociedade, por meio de mecanismos que os auxiliem na sua integração com os demais, de maneira que consigam ter uma vida normal, inclusive no que se refere ao trabalho, reconhecendo suas aptidões e capacidades e valorizando o trabalho como forma de reconhecimento social.

Tendo em vista que a dignificação da pessoa humana, na sociedade moderna, acontece principalmente por meio do trabalho. Nesse sentido o Estado possui o papel de fiscalizar as condições de trabalho, porquanto a melhoria de sua condição social está relacionada à existência e condições dignas de trabalho.

Nesse aspecto, ressalta Melo (2006) que assim como o direito à vida, a qualidade desta é um elemento integrante do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável.

No entanto, na prática, o cenário é bem diferente, haja vista que as pessoas portadoras de deficiência encontram inúmeros entraves para o seu acesso ao mercado de trabalho, em muitas situações possuem capacidade, qualificação necessária para o preenchimento do cargo ou emprego, mas o ambiente de trabalho oferecido pelas empresas não comporta essas pessoas.

A proteção jurídica dispensada à pessoa com deficiência baseia-se principalmente no princípio da igualdade, isso ocorre não apenas quando busca garantir a isonomia dessas pessoas perante a lei, evitando a discriminação, mas também quando cria uma distinção, em relação aos demais cidadãos, nesse momento tal distinção se justifica pela própria dificuldade que o portador de deficiência possui em integrar-se socialmente.

No ordenamento jurídico pátrio existem várias situações que reafirmam a necessidade de inserir o portador de deficiência no mercado de trabalho, como por exemplo, a fixação de percentuais mínimos obrigatórios de participação de pessoas com deficiência em cargos e empregos públicos (art. 37, VIII, CF), bem como privados (art. 93, da Lei n. 8213/91) (BRASIL, 1988a, 1991).

Tais políticas, por mais que sejam desequiparadoras, não devem ser consideradas discriminatórias, na medida em que são mecanismos especiais com o objetivo de atingir a igualdade (material) de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores com deficiência e os demais trabalhadores (Conv. 159, da OIT) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1983).

Aos poucos foram sendo criadas diversas normas a fim de tratar dos interesses das pessoas com deficiência, a nível infraconstitucional, estando dentre as principais:

A CF/88 dispensou tratamento diferenciado às pessoas com deficiência com relação ao salário e à admissão nas relações de trabalho, além de proibir qualquer forma de discriminação, conforme dispõe o art. 7º, XXXI “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (BRASIL, 1988a, não paginado).

A Lei nº 7853/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) (BRASIL, 1989).

Lei nº 8112/90, em seu art. 5º assegura às pessoas portadoras de deficiência o direito a se inscrever em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com suas limitações, para tais pessoas serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso (BRASIL, 1990a).

Lei 8213/91 (Lei de Cotas), que estabelece a reserva de vagas de emprego para pessoas com deficiência (habilitadas) ou para pessoas que sofreram acidentes de trabalho, beneficiárias da Previdência Social (reabilitados) (BRASIL, 1991a).

Decreto nº914/93 que institui a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (BRASIL, 1993).

Decreto nº 3298/99 que regulamente a Lei nº 7859/89, dispondo sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolidando as normas de proteção. Ressalte-se que esse Decreto define os termos de deficiência, deficiência permanente e incapacidade (BRASIL, 1999).

Lei nº 10.098/00 (Lei da Acessibilidade) que estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida (BRASIL, 2000).

Decreto nº 3.956/01 que promulga a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 2001).

No âmbito da CLT, o art. 461 estimula a reinserção do trabalhador portador de deficiência reabilitado em uma nova função (BRASIL, 1943).

Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção nº 111 da OIT e a Convenção nº 159 da OIT, Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência ou Convenção de Guatemala, em 1999, que em seu art. III, item 1, alíneas b e c, aborda mais especificamente o tema da acessibilidade (CONVENÇÃO..., 1999); e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2006, tal convenção trata mais diretamente sobre os direitos humanos de acessibilidade.

Um aspecto bem interessante é no que diz respeito à inserção da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho e como essa proposta é interessante e importante, não só para o portador de deficiência, como sujeito de direitos, como também para a empresa.

Lorentz (2006, p. 103-104) chama a atenção para os pontos positivos que a presença da pessoa com deficiência agrega à empresa. Conforme salienta a autora:

[...] a aceitação da diversidade e mesmo da fragilidade humana pode apontar para uma ‘humanização’ e diversificação do ambiente laboral, contribuir para o desenvolvimento de relações mais afetivas, onde a presença deste ‘estranho’ possa até mesmo quebrar rotina maçante e alienante da técnica repetitiva de produção e, sobretudo, onde as PPD’s possam agregar diferentes visões no processo produtivo, sendo sua diversidade de perspectiva uma visão e não um vício.

Ainda segundo Lorentz (2006, p. 177):

O empregador deve contratar as pessoas com deficiência por meio da colocação seletiva, além da colocação competitiva – quando o trabalhador não poderá deixar de ser contratado em razão de sua deficiência, exceto se a atividade a cuja vaga ele concorre for notoriamente incompatível. Ao exercer sua responsabilidade social, cumpre às empresas assegurar igualdade de oportunidades às pessoas com deficiência, promovendo a contratação e a permanência no emprego, adaptando o ambiente de trabalho e as tarefas às capacidades das pessoas com deficiência.

Verifica-se, então, a importância de assegurar a igualdade dos trabalhadores portadores de deficiência, levando em conta as suas limitações e o seu potencial para o trabalho.

No entanto, segundo Pastore (2000), um cuidado deve ser tomado no que tange a absorção de trabalhadores com deficiência para o trabalho, que exige um conjunto de forças

que vai muito além do direito. O legislador deve estar atento para não forçar demais os empresários, em especial, com condições irrealistas, sob pena de os empresários passarem a usar de meios para não empregar, ou pior, empregar por obrigação, marginalizando o trabalhador com deficiência.

No que tange aos procedimentos de admissão da pessoa portadora de deficiência, estes não podem resultar em recusa, sem justa causa, do emprego ou do trabalho, por motivo ligado à sua deficiência, sob pena de restar caracterizado o crime tipificado no art. 8º, inciso III, da Lei nº 7853/89 (BRASIL, 1989).

Os critérios adotados na seleção devem observar o princípio da não discriminação, para que, no processo de contratação da pessoa com deficiência, seja assegurado a esses candidatos, o direito de serem avaliados unicamente com base em suas potencialidades. Nesse sentido, os testes seletivos devem ser centrados nas habilidades específicas ou nas capacidades para o desempenho da função que está sendo ofertada.

Assim, considerando que foi respeitada a condição de habilitação ou capacitação da pessoa portadora de deficiência para o trabalho, tal pessoa não poderá sofrer qualquer forma de discriminação, com relação a nenhum dos aspectos do contrato de trabalho.

É necessário conhecer o alcance do conceito da pessoa portadora de deficiência, a fim de que se possa identificá-la como sujeito de direitos e que goza de proteções legais, garantindo-lhe plena integração na sociedade.

5.4 Discriminação contra portador do vírus HIV

A infecção pelo vírus HIV não deve ser razão para discriminação contra as pessoas portadoras desse vírus, mas o que se percebe é que o temor e a desinformação têm sido a causa de muito preconceito e práticas discriminatórias contra essas pessoas nas relações de trabalho. A seguir serão demonstrados alguns aspectos referentes ao tema presente.

O conceito de síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS)/SIDA pode ser entendido da seguinte maneira, conforme dispõe Gurgel (2010, p. 178):

AIDS/SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou AcquiredImunologicalDeficiencySyndrome, doença transmitida pelo vírus da imunodeficiência humana através das relações sexuais, de sangue introduzido por meio de transfusão ou acidentalmente, do transplante de tecidos, da gravidez, do parto, do uso de drogas injetáveis.

Ainda segundo Gurgel (2010, p. 178), “a pior causa dessa epidemia é a ausência de programas de prevenção e sistemas de saúde precários, associadas à ignorância quanto ao uso de preservativos, ao preconceito e às crenças religiosas.”

Ainda quanto à contextualização da doença, a propagação do vírus HIV ocorreu principalmente a partir da década de 70. O primeiro caso confirmado da doença se deu nos Estados Unidos e, 1981 pelo Center for Disease Control de Atlanta, na Georgia. Na década de 80, a doença espalhou-se mundialmente alcançando níveis elevados capazes de transformá-la em doença do século.

No Brasil, apesar da doença possuir índices elevados, especialmente nos últimos anos, o governo tem se comprometido a atuar no sentido de mudar esse quadro, por meio de ações do Ministério da Saúde, e isso gerou resultados bastante positivos e grandes avanços no combate à essa doença.

No contexto empregatício, o trabalhador soropositivo é bastante afetado, tendo em vista que o estigma social em torno da doença é razão para uma série de preconceitos e práticas discriminatórias em torno do trabalhador acometido pelo HIV.

No entanto, há que se ressaltar que a qualidade de soropositivo, a depender do estado de saúde do trabalhador, em nada interfere na sua capacidade para prestação de serviços, podendo o trabalhador com esta doença desempenhar suas funções normalmente, sem risco para o ambiente de trabalho.

Verifica-se que, na prática, esse tipo de trabalhador tem sido uma grande vítima da discriminação laboral, desde o momento do acesso ao emprego, perpassando pela execução do contrato de trabalho e, até mesmo, no momento de sua rescisão.

Nesse sentido, analisa Coutinho (2002, p. 99):

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.

Cumprido ressaltar que, mesmo na condição de portador do HIV, o homem não fica impossibilitado para prestar atividades laborais, haja vista que a fase de incubação do vírus pode permanecer durante anos e, nesse caso, o soropositivo deve receber tratamento equivalente aos demais trabalhadores.

Somente se justifica o tratamento diferenciado quando o trabalhador já estiver manifestando os sintomas da doença e seu sistema imunológico já foi comprometido pela doença e não mais resistir às infecções oportunistas.

Nessa situação, o contrato individual de trabalho ficará suspenso e o trabalhador passa a ser beneficiário do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Nesse sentido, a

Lei nº 7.670 dispõe que a AIDS é motivo para concessão de licença para tratamento de saúde e consequente auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência para o segurado (BRASIL, 1988b).

Convém destacar que a Organização Mundial de saúde, em conjunto com a Organização Internacional do Trabalho, proferiu a Declaração da Reunião Consultiva sobre a Aids e o Local de Trabalho, assegurando que a maior parte das profissões pode ser exercida por pessoas portadoras do vírus HIV, sem que haja qualquer possibilidade de contágio a outro trabalhador ou mesmo cliente. Assim, não deve ser exigida a investigação do vírus HIV antes da contratação, como um dos procedimentos de seleção, ressalvadas as hipóteses que requerem cuidados (BARROS, 2009).

Todavia, mesmo com o reconhecimento da capacidade laboral do trabalhador portador do HIV, é necessário manter alguns cuidados. Principalmente quando a sua ocupação oferecer risco de contaminação, como em algumas profissões, tais como enfermeiros, dentistas e cirurgiões, pois estes se encontram em contato permanente com sangue e fluidos corpóreos. Além disso, tais atividades exigem o manuseio de seringas ou outros materiais que põem em risco à saúde da coletividade.

Nesse tipo de circunstância, a empresa deve requerer por meio de um médico do trabalho, a solicitação para que os trabalhadores da área médica e os envolvidos na atividade, como técnicos em enfermagem, sem exceção, realizem o teste de HIV no ato de admissão e periodicamente.

Uma vez que, nesse caso, o interesse da coletividade se sobrepõe ao individual, sendo necessário levar em conta os direitos humanos de toda coletividade. Saliente-se que, não se deve perder de vista o direito à privacidade quanto aos resultados dos exames.

Dessa maneira, desde que o trabalhador tenha condições para o exercício de suas atividades laborais, não deve sofrer qualquer tipo de impedimento ou discriminação que o impossibilite de exercer suas funções. Nem ter negado seu acesso ao emprego ou mesmo a continuidade da relação de emprego.

Pois, o empregador que agir com preconceito ou discriminação contra o trabalhador portador do vírus HIV pratica conduta discriminatória. E, se dessa conduta resultar a rescisão do contrato, tal ato será considerado dispensa arbitrária, mesmo que se reconheça o poder diretivo do empregador para rescindir o contrato de trabalho.

O Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/ AIDS e o Mundo do Trabalho “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 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2001).

Segundo tais recomendações, os empregadores não devem

[...] exigir estudos ou testagem de HIV/ Aids [...], de maneira que possuem a função de assegurar que o trabalho seja desempenhado livre de discriminação ou estigmatização por situações reais ou supostas pelo HIV [...], e ainda devem estimular as pessoas com doenças relacionadas ao HIV e Aids a trabalhar enquanto forem clinicamente aptas para o Trabalho (BARROS, 2008, p. 156).

Além disso, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos do Sistema Geral e Especial de Proteção da Organização das Nações Unidas (ONU), além do Sistema Interamericano de Proteção, associado às Convenções da OIT, visam proteger o trabalhador contra discriminações diretas e indiretas nas relações intersubjetivas, inclusive as trabalhistas.

Alguns princípios devem ser observados também quanto à proteção desses trabalhadores, como: princípio da não discriminação, da igualdade de gênero, do ambiente de trabalho saudável, da confidencialidade, da prevenção, assistência e apoio, e também o da continuidade da relação de trabalho.

O ordenamento jurídico pátrio, baseado nos princípios da igualdade e da não discriminação, no aspecto constitucional e infraconstitucional, protege os trabalhadores contra a discriminação em suas relações de trabalho, inclusive os portadores de HIV.

Convém destacar, nas palavras de Gurgel (2010, p. 183), a proteção infraconstitucional adotada em favor do portador de HIV nas relações de trabalho:

Com o advento da Lei n° 9029/95, o Sistema Jurídico pátrio ratifica o entendimento acerca da proibição de discriminação em todas as fases da relação de trabalho. Apesar de não fazer referência expressa à não discriminação do trabalhador por seu estado de saúde, tem caráter eminentemente exemplificativo ao proibir a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para acesso à relação de emprego ou sua manutenção.

Ainda, com relação a Lei 9.029, em seu art. 4º, dispõe que o rompimento da relação de trabalho em decorrência da prática de discriminação, faculta ao trabalhador optar pela reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou por receber em dobro a remuneração relativa ao período de afastamento. No entanto, tal reintegração não garante a estabilidade aos trabalhadores que foram vítimas de discriminação, tendo em vista que o empregador pode demiti-los por qualquer motivo que não esteja relacionado ao preconceito em razão de sexo, cor, idade, condição física, orientação sexual, opção religiosa, entre outros (BRASIL, 1995).

Afinal, a dispensa discriminatória vai de encontro aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade e Não Discriminação, o que se considera um fator capaz de justificar a permanência no emprego.

No que tange a estabilidade do trabalhador portador do vírus HIV, Cassar (2014, p. 1141) se posiciona no sentido de que tais trabalhadores “não possuem o direito à estabilidade pelo simples fato de estarem acometidos pela doença, apesar da relevante questão social da matéria”. Tendo em vista que as estabilidades decorrem da lei e esta não possui amparo legal. Corroboram com esse entendimento Alice Monteiro de Barros e Sérgio Pinto Martins.

Todavia, não há nenhum impedimento de a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos trabalhadores portadores de HIV.

O que se veda é a dispensa discriminatória. Podendo ensejar a reintegração do trabalhador ao emprego com fundamento na Lei 9029/95. Dessa maneira, quando o empregador tem ciência da doença do empregado e, logo em seguida, demite o trabalhador portador do vírus HIV, pratica ato discriminatório.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou uma súmula no qual consagra que a dispensa do trabalhador portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito é discriminatória, como abaixo transcrito:

Súmula nº 443: Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. Presume-se discriminatória a despedida do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego (BRASIL, 2012a, não paginado).

Cassar (2014), entende que a discriminação só pode ser presumida se o empregador tiver ciência da doença. Em outra esteira, Delgado (2014) entende que trata-se sim de discriminação presumida, *júris tantum*, admitindo análise em contrário, pois havendo provas consistentes de que não houve discriminação, esvai-se a diretriz presuntiva firmada pelo Direito do Trabalho). Filio-me a posição de Maurício Godinho.

Se o trabalhador desenvolver a doença no curso da execução do contrato de trabalho e se tornar inviável a sua permanência na atividade que desempenha em razão da doença, deve remanejá-lo para outra atividade, mais adequada as suas condições físicas, e se não houver essa possibilidade, em virtude do agravamento do estado de saúde do trabalhador, este deve ter seu contrato suspenso e receber benefícios previdenciários do INSS.

Diante de todo o exposto, entendo que deve se garantir ao trabalhador portador de HIV a garantia de emprego, se a sua condição de saúde lhe permitir a execução normal de suas atividades laborais, até se tornar beneficiário do INSS, em virtude do agravamento natural da doença.

No que tange à sua dispensa, essa deve ser motivada conforme os preceitos do art. 482 da CLT, ou seja, por falta grave do empregado, além de comprovação por meio de

inquérito judicial, em decorrência do impacto da resolução contratual do empregador. Não se justificando a dispensa por motivo de discriminação em razão da doença, quando o trabalhador tiver condições para o desempenho normal de suas funções.

5.5 Discriminação em razão de acidente de trabalho

A priori é necessário fazer algumas considerações acerca do conceito de acidente de trabalho, tal conceito encontra-se no art. 19 da Lei 8213/91, e 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.

Outros dispositivos também trazem a conceituação de acidente de trabalho, da maneira que é conveniente abordá-los no presente estudo, tal como o art. 20, incisos I e II, da Lei 8213/91, em que considera acidente do trabalho a doença profissional, dessa forma entendida como a doença produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho, peculiar a determinada atividade, e ainda como doença do trabalho (ocupacional), que seria aquela adquirida ou desencadeada em razão de condições especiais no qual o trabalho é realizado, e que possua relação direta com ele (BRASIL, 1991a).

Nesse sentido, deve-se ressaltar que a legislação previdenciária não trata somente dos acidentes de trabalho típicos, mas também conceitua doenças profissionais e doenças do trabalho, conforme já mencionado acima (OLIVEIRA, 2007).

Cumprido ressaltar que há situações que se equiparam a acidentes do trabalho, mesmo que este não seja o único motivo, como aqueles que acontecem no local e horário do trabalho, e também aquele sofrido fora do local e horário de trabalho, no entanto ocorre na execução de ordem ou serviço, em viagem a serviço da empresa, ou mesmo no percurso da residência para o local de trabalho, ou deste para aquela, conforme dispõe o art. 21, da Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991a).

Além disso, segundo Martinez (2008), cumpre destacar que o nexo entre a doença e o trabalho é presumido. E o ônus de demonstrar que o adoecimento não foi causado pelo exercício de determinada atividade é do empregador.

No que tange à proteção do trabalhador em vista de acidentes de trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)/88 refere-se expressamente em seu art. 7º, XXII, como direito do trabalhador a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Também assegura como direito do trabalhador, no

art 7º, inciso XXVIII, o seguro contra acidentes de trabalho, sem excluir o direito à indenização em caso de dolo ou culpa do empregador (BRASIL, 1988).

Tal indenização em face do empregador visa ressarcir o trabalhador acidentado pelos danos materiais e/ou morais sofridos. Desse modo, segundo assinala Almeida (2006, p. 34)“a reparação deve ser integralmente correspondente ao dano sofrido”, tendo em vista que não há na CRFB/88 qualquer limite para a responsabilidade reparatório em face do empregador, devendo a reparação ser medida pela extensão do dano sofrido (BUTIERRES, 2011).

Convém ressaltar que até 2005, o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionava-se no sentido de que a Justiça Comum e não a Justiça do Trabalho possuía a competência para processar e julgar as ações que pleiteavam as ações por danos morais e/ou materiais decorrentes de acidente de trabalho em face do empregador.

Todavia, houve uma mudança no entendimento do STF, em junho de 2005 com o julgamento do conflito de competência nº 7204-1², suscitado pelo Tribunal Superior do Trabalho frente ao extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Tal julgamento influenciado pelas mudanças provocadas pela EC nº 45/2004, passou a reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para julgar esses tipos de ações.

Além dos dispositivos constitucionais, há também outros dispositivos infraconstitucionais que tratam da temática. Nesse sentido, dispõe a CLT em seu art. 157 sobre o dever do empregador de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; art. 158, a obrigação de o empregado colaborar no seu cumprimento e atribuição de o Estado em promover a respectiva fiscalização (art. 156).

A Lei 8213/91, em seu art. 118, assegura ao segurado que sofreu acidente de trabalho, no prazo mínimo de 12 meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após o término do auxílio-doença acidentário, mesmo que não receba auxílio-acidente (BRASIL, 1991a).

Por fim, menciona-se a Lei nº 9029/95, tal dispositivo normativo apesar de não tratar especificamente da discriminação por motivo de acidente de trabalho ou doença ocupacional, vem sendo bastante mencionado em sede jurisprudencial.

O art. 1º da supracitada Lei proíbe qualquer prática limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho ou mesmo sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor,

² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência nº 7204-1. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de junho de 2005a. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 2 dez. 2014.

estado civil, situação familiar ou idade. Já seu art. 4º impõe sanção ou rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório (BRASIL, 1995a).

No entanto, apesar de diversos instrumentos normativos, as estatísticas demonstram que as previsões legais acabam sendo mais ideais a serem alcançados do que direitos efetivos dos trabalhadores. Observa-se que é crescente o número de ações visando à condenação dos empregadores ao pagamento de indenizações decorrentes de acidente de trabalho na Justiça do Trabalho.

Dessa maneira, por meio deste capítulo observaram-se inúmeros tipos de discriminação que comumente ocorrem nas relações trabalhistas e que geram danos, muitas vezes irreversíveis aos trabalhadores.

Verificou-se, também, algumas proteções concedidas pelo ordenamento jurídico a fim de reduzir ou fazer com que tais práticas deixem de acontecer. Posteriormente será visto quais os mecanismos utilizados para o combate efetivo dessas práticas que vão de encontro a direitos humanos da pessoa do trabalhador e influenciam não só a sua vida no que tange ao aspecto laboral, mas também a sua relação com a sociedade, e em muitas situações, acabam afastando tais trabalhadores do mercado de trabalho.

6 MECANISMOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA DO TRABALHADOR

A terceira parte deste trabalho científico discorre, inicialmente, acerca dos Instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, abordando os principais Tratados de Direitos Humanos, assim como as Convenções Internacionais e os Pactos firmados a fim de assegurar a efetividade dos Direitos Humanos.

Adiante, será objeto deste estudo a discussão sobre a Ordem Constitucional brasileira e a recepção de tais Tratados. E adentrando mais especificamente na temática abordada, será feita uma análise sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional frente ao combate à discriminação nas relações de trabalho, bem como a utilização das políticas de ações afirmativas.

Em seguida, será abordada a atuação do Poder Judiciário com a análise de algumas jurisprudências relacionadas ao tema central do estudo e, finalmente, será visto como acontece a atuação do Ministério Público do Trabalho com relação às práticas discriminatórias nas relações de trabalho.

6.1 Instrumentos internacionais

Antes de discorrer acerca dos instrumentos jurídicos para eliminação da discriminação nas relações de trabalho, faz-se necessário discorrer um pouco acerca dos instrumentos internacionais à disposição dos operadores de direito.

É oportuno iniciar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, como ponto de partida para as conclusões a serem apontadas posteriormente.

Antes da Segunda Guerra Mundial, a soberania dos Estados era ilimitada, vista como algo absoluto, por esse motivo não era aceita a intervenção de outros Estados na maneira com que o soberano lidava com seus súditos.

No entanto, o pós-guerra trouxe consigo uma série de mudanças, muitas delas decorrentes do forte clamor pela reconstrução de valores éticos e morais e também da necessidade de se internacionalizar direitos comuns a todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade. Depois da Segunda Guerra Mundial a soberania não era mais absoluta, mas compartilhada, diante disso a proteção dos direitos do homem não cabia mais unicamente ao Estado, mas contava também com uma proteção supranacional.

Segundo Piovesan (2002, p. 17): “[...] sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, no pós-guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, por outro, a nova feição do Direito Constitucional Ocidental, aberto a princípios e valores”.

E reafirmando essa nova abertura a princípios e valores, Gurgel (2010, p. 74) se posiciona no sentido de que “o Ordenamento Constitucional, até então regido sob o prisma do positivismo, cede espaço para o campo de valores, sobretudo pela necessidade de oferecer proteção ao ser humano”. Por esse motivo, houve a supervalorização dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, assim como o da Igualdade e Não Discriminação, como suporte para Ordem Jurídica Internacional.

Em 1945, nasceu a Organização das Nações Unidas, sucedendo a Liga das Nações, esta foi criada com o propósito de promover a paz e aplicar sanções econômicas aos Estados que descumprissem suas obrigações internacionais, no entanto, não prosperou, e por esse motivo outra organização foi criada, a ONU, que acrescentou aos ideais de paz mundial a internacionalização de direitos essenciais à integridade física e moral do homem.

Em 25 de junho de 1945, foi assinada a Carta das Nações Unidas, para regular a ONU, tal carta foi a primeira a trazer em seu conteúdo, com abrangência internacional, direitos que determinavam aos Estados obrigações para com os homens dentro de cada jurisdição. Desse modo, o homem passou a ser sujeito de direitos internacionais, pois os Estados, agora com soberania compartilhada, respondem internacionalmente pela violação contra os homens, em tempos de guerra ou paz.

A partir desse momento, a ordem disciplinava matérias que antes só eram de competência dos Estados, que governavam conforme sua conveniência e oportunidade. O Estado passou a possuir a obrigação perante a Comunidade Internacional de assegurar os Direitos Humanos sem qualquer tipo de discriminação e dispensar às minorias uma proteção especial.

Tendo em vista a necessidade de promover a Igualdade de Direitos entre os Povos, a Carta das Nações traz uma cláusula de Não Discriminação, onde consta em seu art 1º, § 3º, com o objetivo de promover os Direitos Humanos, o seguinte:

Art. 1º Os Propósitos das Nações Unidas são: [...]

3º Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...] (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, não paginado).

E, finalmente, em 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia da ONU, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que ocorreu em Paris, revelando um interesse comum entre muitos países pela integridade dos homens. Nesse momento, surge o Sistema Jurídico Internacional de proteção aos direitos essenciais do homem em sociedade. Com isso, vários Estados aceitaram os valores e princípios contidos nessa Declaração, incorporando-os às suas legislações, com fundamento na maior valoração do homem, onde este se tornou o centro da vida em sociedade.

Conforme salienta Gurgel (2010, p. 76) a respeito dessa Declaração: “seu grande trunfo é a crença e consciência na universalidade de valores compartilhados por toda a Humanidade, daí o respeito a ela oferecido pelos Estados-membros”.

A partir da DUDH, todos os Tratados de Direitos Humanos da ONU e da Organização dos Estados Americanos (OEA) de proteção, assim como da OIT, no que se refere aos Direitos Humanos de Primeira e Segunda Dimensão, possuem como fundamento jurídico os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação.

A DUDH veda qualquer tipo discriminação e possui como forte objetivo não reger a relação entre os iguais, mas proteger os mais vulneráveis. No que tange a esse aspecto, enquadram-se todos aqueles vítimas de discriminação nas relações de trabalho.

Nesse sentido, Barzotto (2007, p. 78), disciplina da seguinte maneira um dos aspectos que a entrada em vigor da DUDH deu origem:

Os Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais são oferecidos dentro da concepção de interdependência e indivisibilidade entre eles, o que, jurídica e socialmente, representa a consciência da necessidade de pôr fim à opressão e à desigualdade, cedendo espaço aos valores humanistas, como os ideais de liberdade, igualdade e inclusão social.

Dessa maneira, verifica-se a necessidade da implementação conjunta dos Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais. Tendo em vista que os Direitos Humanos são indivisíveis, onde o desrespeito a um deles repercute nos demais.

6.2 Principais tratados de direitos humanos e convenções internacionais e o combate à discriminação nas relações de trabalho

Diante da luta pela efetividade dos Direitos Humanos, veio o combate à discriminação, assim como o respeito à identidade e diferença entre todos os homens. Diante disso, surgiram várias Convenções, Tratados e Pactos que fazem parte do Sistema Especial de Proteção, demonstrando que a Comunidade Internacional possui interesses afins.

Tendo em vista a necessidade de dar efetividade aos Direitos Humanos e expandir os Direitos de Primeira e Segunda Dimensão, foram aprovados em 1966, pela Assembleia Geral da ONU e pela Resolução nº 2.220 os Pactos Universais dos Direitos Humanos: Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC) e Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), onde tais pactos só entraram em vigor em 1976, após as ratificações necessárias.

O PIDCP, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, possui vigência Internacional a partir de 23 de março de 1976 e no Brasil desde 24 de abril de 1992, com fundamento na Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, validando o direito à autodeterminação dos povos e também ressaltando o dever do Estado parte em adotar medidas legislativas e administrativas com o objetivo de assegurar a efetividade dos Direitos e garantias fundamentais oferecidos pelo Tratado, com ênfase na não discriminação. Em tal pacto há a preocupação pela preservação da igualdade de tratamento e não discriminação.

O PIDESC, Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, possui vigência internacional a partir de 3 de janeiro de 1976, e no Brasil desde 1992. Tal Pacto detalhou os valores definidos na DUDH no que tange aos Direitos de Segunda Dimensão, necessários à Justiça Social, gerando a obrigação do Estado perante a Comunidade Internacional de implementar os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constitui o principal mecanismo de defesa nesses aspectos, e também possui como fundamento os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Não Discriminação.

A necessidade de promulgar tais Pactos surgiu diante da ausência de força normativa necessária ao cumprimento obrigatório dos Direitos, uma vez que a DUDH não é um tratado, mas apenas uma Carta de Intenções, uma declaração de valores, desse modo era fundamental detalhar melhor os Direitos Humanos, a fim de garantir sua efetividade.

Impende destacar que o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, iniciando com a DUDH e posteriormente com os Pactos Internacionais voltados à efetividade dos direitos de Primeira e Segunda Dimensão, é ampliado a medida que novos Tratados com proteções específicas são criados, haja vista que há a necessidade de regular e proteger grupos vulneráveis específicos, diante de suas particularidades e necessidades, sempre em torno da defesa das minorias.

Nessa esteira, dentro do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, algumas Convenções merecem destaque, como: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, onde possui como objetivo eliminar toda forma de

discriminação e segregação por motivo de raça, além de adotar um viés promocional por meio das Ações Afirmativas; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, tal Tratado inova no sentido de obrigar os Estados- partes a combater não apenas a discriminação cometida pelo Estado, mas também a que ocorre na esfera privada da vida das mulheres, ou seja, em seu ambiente familiar; e por fim, há também a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de combater a discriminação e marginalização das pessoas com deficiência.

No âmbito da OIT, existem alguns Tratados e Convenções que se aplicam especialmente à temática em questão. E a partir do momento em que os Estados- membros da OIT ratificam tais tratados a Convenção passa a integrar a sua legislação doméstica, gerando obrigações por parte do Estado.

Tais Convenções gozam do status de Tratados de Direitos Humanos, tendo em vista que tratam de direitos essenciais, mínimos, à condição humana. Nesse cenário e diante da necessidade de combater a discriminação nas relações de trabalho, assim como outros pontos que colocam o ser humano em posição degradante, a OIT adotou em 1998 a Declaração sobre os Princípios de Direitos Fundamentais no Trabalho.

Referida Declaração tem o objetivo de ratificar a necessidade de combater a pobreza e para isso utiliza-se de políticas sociais e de desenvolvimento econômico e social sustentável.

Assim, dentre as Convenções inseridas na Declaração supracitada, as Convenções nº 100 e 111, tratam mais especificamente da Discriminação nas Relações de Trabalho, tendo como fundamento o Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

A Convenção nº 100 da OIT foi ratificada em de 25 de abril de 1957 e possui vigência nacional a partir de 25 de abril de 1958. Tal Convenção refere-se à igualdade salarial entre homens e mulheres para o trabalho de igual valor, e tem como base o Princípio da Igualdade e Não Discriminação (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1951).

A Convenção nº 111 da OIT, que possui vigência internacional a partir de 15 de junho de 1960 e nacional, desde 26 de novembro de 1968. Esta Convenção trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, e por meio da Recomendação nº111 inova no sentido de tratar esse assunto como de interesse público (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1968).

Merece destaque a análise feita por Carlos (2004, p. 114), que se posiciona da seguinte maneira acerca de tais Convenções:

Enquanto a Convenção n° 100 tem como foco central o tratamento equivalente para homens e mulheres, em especial quanto à questão salarial, a Convenção n° 111 mostra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de discriminação, não somente quanto à questão salarial. Esta última Convenção não visa à proteção específica – gênero -, mas tem por objeto o combate a toda e qualquer discriminação, independentemente do contexto sociocultural do país.

Dessa maneira, fica evidente que a Convenção n° 111 da OIT protege o trabalhador em todos os ambientes de trabalho, e também em todas as fases da relação laboral, ou seja, na fase pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo após o término do contrato individual de trabalho.

Outro aspecto que diferencia essas Convenções é que a Convenção n° 100 promove a igualdade de maneira linear “salário igual para o trabalho de igual valor entre homem e mulher” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1951, não paginado). De modo diferente, a Convenção n° 111 possui como traço característico a aplicação da igualdade sob o enfoque material, haja vista que em seu art. 5° oferece a possibilidade de implementação de políticas afirmativas, a serem aplicadas no ambiente laboral visando a inserção dos grupos vulneráveis (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1968).

Além disso, é oportuno ressaltar que não é considerada discriminação, segundo o art. 2° da Convenção n° 111 da OIT, as preferências e distinções em matéria de emprego, desde que estejam baseadas em qualificações específicas e necessárias à atividade profissional (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1968). No que tange a esse aspecto, verifica-se que a legislação internacional não perde de vista as necessidades específicas de cada atividade.

Nessa esteira, convém salientar que há algumas obrigações a serem cumpridas pelo Estado membro que ratifica a Convenção n° 111 da OIT, tal Estado deverá prestar anualmente relatórios informando a situação socioeconômica do país, assim como as mudanças e adoção de medidas jurídicas internas para implementação material de tal Convenção, e também demonstrar os resultados do combate à discriminação nas relações de trabalho, e a inclusão dos grupos vulneráveis.

Em seguida, a OIT irá elaborar relatórios, apresentando a efetividade dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, se estes estão realmente sendo considerados no que se refere aos grupos vulneráveis.

No que tange ao Brasil, nos últimos 10 anos, o País reiterou seu compromisso junto à OIT de implementar políticas antidiscriminatórias para dar eficácia às Convenções n° 100 e 111 da OIT.

6.3 A Ordem Constitucional e os Tratados de Direitos Humanos

Inicialmente, faz-se necessário discutir alguns pontos acerca dos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Segundo preceitua Gurgel (2010, p. 140):

Os Direitos Fundamentais são normas jurídicas consagradas pelo Ordenamento Constitucional de cada País, cuja aplicação se restringe ao território nacional. Sua extensão e acepção dependem basicamente da forma de Estado, do grau de respeito à dignidade da pessoa humana e da promoção do bem-estar da coletividade.

Entende-se que como normas de ordem pública, os Direitos Fundamentais gozam de hierarquia jurídica superior no Ordenamento Jurídico Nacional, desse modo nenhuma outra norma interna pode ser contrária a eles.

Por sua vez, os Direitos Humanos inseridos por meio de Tratados Internacionais, nas palavras de Gurgel (2010, p. 140), significam “parâmetros mínimos de proteção, destinados a todas as pessoas. Foram conjugados pela ética universal e consagrados na Ordem Internacional.”

Nesse sentido, vale a pena mencionar o comentário de Sarlet (2001, p. 10) no que tange aos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos:

[...] a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporariamente) e os assim denominados “Direitos Humanos”, que, por sua vez, constituem posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.

Desse modo, percebe-se a clara distinção entre esses dois institutos de proteção ao ser humano, haja vista que os Direitos Humanos visam proteger o homem a nível internacional e os Direitos Fundamentais, por sua vez, oferecem uma proteção constitucional, ou seja, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição de cada País.

No que tange aos Tratados de Direitos Humanos que regulam deveres dos Estados que os ratificam, não há uma contraprestação quanto a isso, o objetivo de referida ratificação nas palavras de Ramos (2004, p. 8) é sempre a proteção “de direitos de seres humanos diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contratante.”

Além disso, cumpre destacar que a partir do momento em que o Estado-membro ratifica um Tratado Internacional ele responde internacionalmente pelo descumprimento das obrigações e desrespeito aos Direitos Humanos por ele ofertados.

É oportuno destacar que a incorporação dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Pátrio segue alguns requisitos complexos, que exige a participação ativa do Congresso Nacional e também do Presidente da República.

Dessa maneira, o primeiro ato que deve ser efetuado quando da vigência nacional dos Tratados Internacionais, seja da ONU, da OEA, da OIT, é de competência exclusiva do Congresso Nacional, que atua por meio de um decreto legislativo, conforme art. 49, I, da CF (BRASIL, 1988). Após essa primeira aprovação é que o Presidente poderá ratificar o Tratado, também mediante decreto.

Ainda no que tange ao aspecto supracitado, o segundo ato interno a ser tomado dá-se conforme o art. 84, VIII, da CF (BRASIL, 1988). Ultrapassada essa fase, o Tratado será promulgado e publicado oficialmente, e a partir desse momento, irá gerar efeito jurídico no plano interno.

Cumpre destacar a posição de Piovesan (1998, p. 72), na qual também me filio, quando afirma que “o Brasil adota a teoria mista quanto à incorporação dos Tratados”. Tendo em vista que, para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a incorporação é automática por força do art. 5º, § 1º. Já para os Tratados que não possuam essa natureza adota-se a sistemática de incorporação não automática.

À vista do que foi mencionado, verifica-se que o Estado brasileiro possui a obrigação jurídica de adotar os preceitos do Tratado Internacional de Direitos Humanos após a sua ratificação e incorporação. Além disso, há certa superioridade dos Direitos Humanos em relação ao Direito Interno no que se refere à proteção internacional.

Ainda, segundo Piovesan (2002, p. 79), “a Constituição em vigor atribui aos Tratados de Direitos Humanos status de norma constitucional”. Somado a esse aspecto, e com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da CF/88, o Ordenamento Jurídico Constitucional adotou a possibilidade de constitucionalização formal dos Tratados de Direitos Humanos.

Nessa esteira, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem ratificados e incorporados pelo Estado brasileiro e aprovados internamente como emenda constitucional, adquirem força jurídica para reformar a Constituição, tendo em vista que não podem ser denunciados, já que gozam do status de cláusula pétrea.

E quanto aos Tratados de Direitos Humanos que já forem ratificados pelo Estado brasileiro, mas ainda não foram aprovados pelo fórum qualificado, estes também possuem posição hierárquica de norma constitucional, no entanto em nível de exclusividade material, segundo art. 5º, § 2º, haja vista que se trata de cláusula constitucional aberta.

Em resumo, quando os Tratados Internacionais são ratificados pelo Brasil e entram em vigor no âmbito nacional, os Direitos Humanos adquirem, internamente, status de

Direitos Fundamentais, e conseqüentemente passam a ter aplicação imediata, gerando os mesmos efeitos jurídicos que os Direitos Fundamentais expressos na Constituição de 1988.

E no que tange mais especificamente a ratificação dos Tratados ratificados pelo Estado brasileiro que abordam a questão da Discriminação nas relações de trabalho, sejam eles da ONU, OEA, OIT, ou mesmo as Convenções da OIT n° 100, 111, todos ratificados pelo País, adotam o viés repressivo-punitivo para combater a discriminação, assim como a vertente promocional, através das Ações Afirmativas, para promover a inclusão social por meio da igualdade de oportunidades e dar maior efetividade aos Direitos Humanos.

Quanto às principais Convenções da OIT, inseridas nos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, o Estado brasileiro adotou a maior parte delas, e tem buscado adaptar sua Ordem Interna Jurídica e Social aos preceitos internacionais.

6.4 O Ordenamento Infraconstitucional e o combate à discriminação nas relações de trabalho

A priori é oportuno ressaltar que a relação de trabalho é um campo fértil às discriminações, tendo em vista o poder diretivo que o empregador possui, colocando o empregado em uma posição de submissão e subordinação ao empregador, devido a sua hipossuficiência.

Nesse sentido, cabe destacar que a discriminação pode ocorrer em todas as fases do contrato do trabalho, pelo empregador ou mesmo pelo seu preposto, visando impedir o reconhecimento e o exercício dos Direitos Fundamentais do trabalhador.

Dessa maneira, o Ordenamento Jurídico pátrio atual possui alguns mecanismos para evitar e reprimir as práticas discriminatórias. E como destaque nesse combate, tem-se a CLT, em especial após as mudanças realizadas pela Lei n° 9799/99, no que tange ao acesso da mulher ao mercado de trabalho e pela Lei n° 9.029/95, que disciplina sobre a discriminação nas relações de trabalho.

A CLT foi pensada com o objetivo principal de proteger o trabalhador, inclusive contra a discriminação feita pelo empregador. Trata da temática da igualdade em seu art. 5°, ao assegurar que a todo trabalho de igual valor corresponde igual salário, independentemente de sexo. Além disso, o art. 9° assegura a nulidade de ato que tenha por objetivo, ainda que indiretamente, impedir a aplicação dos preceitos da CLT, inclusive quanto à discriminação. E o art. 461 trata das condições para equiparação salarial.

Ainda quanto à proteção infraconstitucional contra a discriminação, tem-se a Lei 9.029/95, foi um elemento inovador, exerceu grande impacto na Defesa dos Direitos de Personalidade do Trabalhador.

E nessa esteira quanto à supracitada lei, nas palavras de Carlos (2004, p. 155):

Dispõe sobre a proibição da discriminação, entre outros motivos, por situação familiar e origem, fatores a que a Constituição em vigor não faz referência. A Lei não menciona expressamente a proibição de discriminação por motivo de condição física ou saúde e orientação sexual, mas isso não impede sua proteção, bem como por qualquer outro motivo, em razão do respeito ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação, adotado expressamente pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e pela Constituição em vigor.

Acerca do campo de aplicação, o art. 1^o da referida Lei irá tratar da proibição da prática discriminatória no que tange ao acesso à relação de *emprego*, no entanto, o art. 4^o disciplina o rompimento da relação de *trabalho*. Apesar de o legislador ter tratado as terminologias “trabalho” e “emprego” como sinônimas, tal disposição deve ser aplicada a todas as relações de trabalho, uma vez que o objetivo é a proteção do ser humano trabalhador.

O art. 2^o proíbe a exigência de testes, laudo, atestado ou qualquer outro tipo de procedimento indicador do estado de gravidez da mulher, além de outras coisas. O parágrafo único deste artigo é firme ao assegurar que são sujeitos passivos do crime de discriminação a pessoa física empregadora, inclusive a empregadora doméstica, assim como o representante legal do empregador e o dirigente de Órgão Público da Administração Direta, Indireta e Fundacional (BRASIL, 1995a).

A responsabilidade do empregador, mesmo quando for o Estado por meio de atos de seu preposto, será objetiva. Além disso, sempre que for reconhecida a discriminação nas relações de trabalho, independente da fase contratual, o sujeito ativo, na figura do empregador, deverá responder civilmente, com base no arts. 932 e 933 do Código Civil (CC).

O art. 3^o, de caráter punitivo-repressivo, impõe ao empregador que cometeu algum tipo de prática discriminatória contra trabalhador, mesmo no período de seleção, a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto às Instituições Financeiras Oficiais, além de ter que pagar multa administrativa de 10 vezes o valor do maior salário pago pelo empregado, valor este que será acrescido da metade, no caso de reincidência (BRASIL, 1995a).

Conforme o que foi mencionado anteriormente, e como o legislador não estipulou um tempo no qual o empregador ficará proibido de realizar empréstimos frente às Instituições

³ “Art. 1^o Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7^o da Constituição Federal.” (BRASIL, 1995a, não paginado).

Financeiras Oficiais, o Poder Judiciário Trabalhista deverá impor sanção pautado no princípio da razoabilidade.

Por fim, no que tange à referida Lei, o art 4º, faculta ao trabalhador, no caso de rompimento da relação de trabalho por motivo de discriminação, a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou receber em dobro a remuneração do período de afastamento.

Cabe ressaltar que, a nulidade da rescisão do contrato de trabalho por motivo de discriminação não gera como consequência jurídica a estabilidade. O que o Ordenamento Jurídico pretende é garantir que o trabalhador permaneça no emprego, exerça suas atividades, e o empregador pode dispensá-lo, desde que tenha motivo para isso, e que este não possua cunho discriminatório.

Dessa maneira, a Lei 9029/95 oferece proteção ao trabalhador contra as discriminações cometidas durante a fase pré-contratual e contratual, assim como após o término do contrato.

Convém trazer o posicionamento de Lima (2006, p. 259), acerca dos desafios enfrentados por essa lei e da sua tímida solução no combate à discriminação nas relações de trabalho:

A lei 9029/95, longe está de ser uma norma ideal para combate à discriminação nas relações de trabalho. Após completar onze anos de vigência, seus resultados são muito tímidos. [...] Essa lei carece inicialmente de uma definição mais precisa quanto à discriminação, pelo fato de haver situações duvidosas de sua aplicabilidade, exigindo uma delicada interpretação de seus termos. Carece de remédios eficientes quando não é omissa em determinadas situações e ainda possui erros terminológicos graves que podem levar a interpretações desfavoráveis ao combate da discriminação.

Desse modo, observa-se que muitos aspectos dessa lei ainda precisam ser melhorados para que tenha maior efetividade no combate à discriminação nas relações de trabalho, tendo em vista que se trata de um tema de difícil visualização na prática, e por esse motivo necessita de normas com critérios bem objetivos, capazes de não dar margem a inúmeras interpretações e, dessa maneira, dificultar a sua aplicação.

6.4.1 As ações afirmativas e sua relação com a discriminação

A priori é necessário tecer alguns comentários sobre a conceituação de ações afirmativas. Na visão do jurista Gomes (2001, p. 138), tais ações são:

Conjunto de políticas públicas e privadas, de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização

do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

O glossário do Ministério do Trabalho também possui uma definição bem interessante na qual a ação afirmativa:

[...] seria uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem destes grupos (BRASIL, 2008, não paginado).

Dessa maneira, o que se verifica é que as ações afirmativas podem estabelecer políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente desfavorecidos e fragilizados. Nesse aspecto, o Estado atua de forma ativa, visando a maior potencialização de igualdade possível, uma vez que tais políticas podem ajudar a superar os obstáculos e as condições concretas que impossibilitam o gozo da igualdade constitucionalmente assegurada.

Nesse sentido, essas ações visam promover uma discriminação de determinados grupos, concedendo-lhes algumas vantagens em relação aos demais, para que possam competir sob condições mais justas e a igualdade de fato seja estabelecida no resultado da competição social.

Ainda no que se refere a condições mais igualitárias, tais políticas visam estabelecer uma igualdade de oportunidades com o objetivo de assegurar a igualdade nos resultados. Em outras palavras, é realizada uma diferenciação na largada da disputa, a fim de que todos os competidores possam competir de igual maneira. Dessa forma, a igualdade deixa de ser uma mera garantia e passa a ser o próprio objetivo, mediante o estabelecimento de desigualdades.

Alguns autores chegam a tratar as ações afirmativas como discriminação positiva, tendo em vista que se trata de fato de uma discriminação, no entanto tais políticas não possuem um caráter negativo e nem causam prejuízo para as minorias, esta entendida em seu caráter mais amplo.

Além disso, cumpre ressaltar que a ação afirmativa não constitui apenas um meio de combate à discriminação, mas também é um meio de inclusão, na medida em que visa estabelecer a igualdade de fato, corrigindo os efeitos da discriminação, conhecendo suas causas e atuando no sentido de evitar que tais práticas persistam.

Como bem salienta Lima (2006, p. 140), “o componente histórico do reconhecimento de discriminações passadas será fundamental para justificá-las, atuando as ações afirmativas como meio de reparar essa injustiça historicamente perpetrada e atualmente influente na igualdade de oportunidades das minorias desfavorecidas.”

Noutro giro, convém destacar que as ações afirmativas possuem íntima relação com a discriminação indireta, tendo em vista que esta modalidade possui maior dificuldade de percepção, e geralmente só é observada por meio de seus efeitos perversos.

No que tange a esse aspecto, um exemplo bem claro de tal situação é quanto ao mito da existência de democracia racial no Brasil, pois o país é altamente miscigenado e aparentemente é considerado racialmente integrado, no entanto a discriminação e exclusão social dos cidadãos de pele mais escura é notória em dados econômicos e sociais, que demonstram a realidade.

As informações obtidas em estatísticas sociais e pesquisas nacionais realizadas por institutos especializados permitem que haja uma aproximação bem maior da ação afirmativa e de suas finalidades, uma vez que tais estatísticas e pesquisas servirão de meio a comprovar os efeitos da discriminação que, em muitas situações, não são facilmente verificados.

Adentrando mais especificamente na temática do presente estudo, é preciso estabelecer uma relação com a discriminação nas relações de trabalho. Deve-se levar em consideração que a discriminação nas relações de trabalho possui características próprias.

A obrigação de não discriminar é um princípio que se aplica não apenas às relações laborais, mas também a qualquer relação jurídica, tendo em vista que faz parte de uma das vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

A proibição da discriminação é, portanto, um direito fundamental das relações trabalhistas, uma vez que se encontra na mesma base dos direitos humanos, porque visa proteger o homem em qualquer circunstância ou condição, e no estudo em análise, o trabalhador em qualquer fase do contrato de trabalho, ou até mesmo na fase pré-contratual.

Nesse sentido, para corroborar com tal entendimento, convém destacar que a obrigação de não discriminação foi adotada como direito fundamental do trabalhador pela Organização Internacional do Trabalho, conforme

[...] texto aprovado pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 86^o reunião em 18 de junho de 1998, em que seu art. 2^o considera como princípio relativo aos direitos fundamentais do trabalho, no item d, a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (LIMA, 2006, p. 151).

Diante de tal consideração, resta evidente que a obrigação de não discriminar é um princípio do Direito do Trabalho.

A repercussão desse princípio nas relações trabalhistas é de suma importância, haja vista que se de um lado esse princípio visa proteger o trabalhador contra atitudes discriminatórias tomadas por seu empregador, por outro, limita o poder do empregador de

contratar e dirigir a prestação laboral, tal proibição decorre da obrigação constitucional imposta pelo Estado, que possui uma série de reflexos nas relações privadas.

Ainda no que se refere à intervenção estatal na proibição da discriminação, isso acaba relativizando o poder do empregador de contratar, no entanto, é necessário, na medida em que objetiva assegurar os direitos humanos do trabalhador.

7 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A fim de ilustrar a dificuldade que o Poder Judiciário Trabalhista, em especial o TST, tem para enxergar e reconhecer a questão da discriminação no mercado basta fazer uma busca jurisprudencial acerca dessa temática e o resultado será surpreendente (ou não!). Tendo em vista que poucas são as decisões jurisprudenciais encontradas nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho em que se constata a abordagem da discriminação nas relações de trabalho.

E mesmo com a Convenção nº 111 da OIT que possui como objetivo a erradicação de todo tipo de discriminação em matéria de emprego e trabalho, é, ainda, pouco utilizada, ou mesmo, superficialmente citada.

A dificuldade que se verifica na pesquisa envolvendo o comportamento dos julgados sobre o tema, de certa forma, ampara a linha de pesquisa do presente estudo, uma vez que a discriminação está presente em grande parte das relações de emprego e trabalho, além de ser amplamente constatada por meio de pesquisas e dados estatísticos, todavia ainda está praticamente invisível quando se trata de demanda judicial com o objetivo de corrigir e eliminar a violação do direito fundamental de não ser discriminado assegurado na Constituição Federal.

Entre as razões apontadas por Lima (2006) para as poucas ações trabalhistas envolvendo o tema da discriminação em geral nas relações de trabalho são em sua maioria, o receio da exposição pública de uma situação de discriminação, as dificuldades processuais encontradas, em especial a que se refere ao ônus de comprovar a discriminação sofrida e, também, a pouca intimidade dos operadores do direito com o tema, entre outras razões.

Lima (2006) salienta ainda que, antes da Constituição de 1988 as demandas envolvendo esse tipo de situação eram quase inexistentes, sendo que após a reforma constitucional, houve um significativo aumento no ajuizamento de ações nesse sentido.

Cumprido ressaltar que nas demandas que envolvem a discriminação na relação de trabalho, é importante que o julgador lance um olhar além da simples incidência da regra ou norma jurídica, deve voltar-se também para uma interpretação sistemática das normas constitucionais e as normas de Direito Internacional.

Nesse sentido, convém transcrever as palavras de Cavalcante (2008, p. 359), em que:

[...] frente aos novos direitos, de conceitualidade aberta, o judiciário tem um vasto campo fecundo, não se limitando a aplicar a norma concreta preexistente

insatisfatória ou mesmo inexistente, mas sim laborando com os princípios em uma atividade criadora, sopesando valores.

Desse modo, entende-se que a interpretação deve buscar a real extensão de um conceito firmado constitucionalmente e este termo constitucional vai além dos limites da norma.

Além disso, cabe salientar que é necessário uma reinvenção do Judiciário, no sentido de reinventar para modificar, de maneira que o Judiciário não seja agente de negação de direitos ou de ineficácia das normas e princípios constitucionais, nesse sentido os ensinamentos de Sarlet (2001, p. 16), quando afirma:

Por derradeiro, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que sua supressão, ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade. A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais correspondentes, em última análise, a ter como objeto permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça.

Assim, é necessário assegurar os mecanismos de acesso ao exercício do direito, o que constitui um grande desafio. Nessa seara, o Poder Judiciário pode e deve exercer papel fundamental na eficácia dos direitos sociais. Mesmo que seja proferindo decisões em caráter individual, levando em consideração os casos em concreto, suas decisões podem levar a modificação de uma realidade coletiva, impondo uma nova maneira de se enxergar a discriminação nas relações de trabalho. Além disso, “ousar na interpretação da lei pode conferir às decisões uma força legislativa supridora de lacunas” (NOCCHI, 2011, p. 19).

7.1 Jurisprudência firmada na Justiça do Trabalho

No que se refere a jurisprudência firmada na Justiça do Trabalho, verifica-se que, infelizmente, antes da Constituição de 1988 existiam poucas reclamações que envolvessem discriminação nas relações de trabalho no Brasil. No entanto, após a CRFB/88, houve um aumento significativo dessas lides no âmbito da Justiça do Trabalho.

Por meio de estudos da Jurisprudência a fim de enriquecer este trabalho e demonstrar como a Justiça trabalhista tem se posicionado diante das lides envolvendo discriminação trouxe alguns julgados a respeito dos tipos de discriminação mais recorrentes no âmbito trabalhista.

O primeiro deles é no que tange a discriminação racial ou étnica nas relações de trabalho. Cumpre destacar que as decisões envolvendo discriminação racial não costumavam

ser apreciadas pelo TST até a vigência da Constituição de 1988, somente em 1995 esta Corte veio a decidir o primeiro caso de discriminação racial explícita.

Nesse aspecto, cabe ao Poder Judiciário assumir a posição de personagem atuante na construção de democracia racial de fato, auxiliando os outros poderes do Estado para trabalhar a questão da discriminação.

Nesse sentido, Ferraz (2012, p. 110) traz um argumento bem interessante e que merece ser apontado no presente estudo:

Por inúmeras vezes percebe-se em algumas decisões do Poder Judiciário – apesar de afirmar a existência de discriminação racial, ainda que velada - emana decisões que traduzem a ineficácia prática das normas antidiscriminatórias e o desconhecimento do verdadeiro papel dos operadores do Direito, no que se refere ao combate de todas as formas de discriminação. Mais do que buscar a aplicação fria do texto de lei, ao operador do direito, de uma forma geral cabe entender que é impossível à lei compreender todas as situações fáticas.

Geralmente, fazer prova em ações de discriminação racial é uma tarefa extremamente difícil, e isso acaba prejudicando o(s) autor(es). No entanto, tenta-se trazer o máximo possível de indícios sobre o fato ocorrido, a fim de viabilizar o trâmite processual.

Além disso, é necessário contar com a intervenção e sensibilidade do poder estatal, do magistrado, em cada caso, para que, conforme disciplina o art. 130 do Código de Processo Civil (CPC), ele possa, de ofício, requerer elementos, ao réu ou a quem for necessário, para, então, decidir a demanda.

A título de ilustração, faz-se necessário trazer ao presente estudo algumas decisões que envolvem a discriminação racial na relação de trabalho, ressalta-se que as decisões buscam fazer uma análise da situação amparada não somente na legislação nacional, mas também em normas internacionais:

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RACISMO. DISCRIMINAÇÃO. OFENSAS VERBAIS.

O ordenamento jurídico brasileiro e normas internacionais proíbem o empregador e a qualquer pessoa a adoção de qualquer prática que implique preconceito ou discriminação em virtude da raça. Constituição Federal, 3º, inciso IV e art. 5º, caput. Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 62150, de 19.01.1968, em que se preconiza a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego, inclusive por motivo de raça. Assim também a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, na qual se reafirmou o compromisso dos Estados membros, dentre os quais figura o Brasil, de aplicar o princípio da não-discriminação em matéria de emprego e ocupação. Nesse sentido também a Lei nº 9029, de 13.04.95.

A emissão de vocativos de cunho explicitante racista e de cunho depreciativo, dirigidos por chefe imediato a empregado negro, constitui ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana. Patente que constribe e humilha o ser humano, provocando-lhe profunda dor na alma. Comportamento discriminatório e preconceituoso desse jaez não apenas merece o mais candente repúdio da cidadania, como também gera direito a uma compensação pelo dano moral daí advindo.

Incumbe ao empregador velar pela respeitabilidade, civilidade e decoro na ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego, cabendo-lhe responsabilidade civil por quaisquer danos causados a outrem ou por seus prepostos (Código Civil de 2002, arts. 932, III e 933).

1. Recurso de revista de que não se conhece, no particular (BRASIL, 2005b, não paginado).

O acórdão supracitado aborda a discriminação racial com relação à cor. O empregado sempre foi ofendido na frente de outros colegas pelo superior hierárquico. A empresa alegou que não estava ciente da situação, portanto, não teria responsabilidade sobre os atos dos funcionários. No entanto, com base no poder diretivo da empresa, e o dever de estabelecer um ambiente harmônico, assim como normas de combate à não discriminação de tratamento nas relações de trabalho, o juízo concedeu dano moral, baseando-se em prova testemunhal.

Outro precedente judicial no que tange à discriminação racial nas relações de trabalho é uma sentença prolatada em novembro de 2011, na qual concede o dano moral em razão das ofensas proferidas por superior hierárquico:

Danos morais. Discriminação racial. Reclamante vítima de ofensas verbais proferidas por superior hierárquico no local de trabalho e na presença de colegas. Tratamento diferenciado, de caráter persecutório, em razão da cor da pele. Responsabilidade da empresa. Indenizações devidas (BRASIL, 2011, não paginado, grifo do autor).

Conforme foi observado, uma das ferramentas viáveis ao Judiciário, na esfera da justiça Trabalhista, para impedir a continuidade de atitudes dessa natureza, ou seja, discriminação racial nas relações laborais é, sem dúvida, a fixação de valores para indenização por danos morais, cujo aspecto pecuniário possa servir como parâmetro para os empregadores não admitirem que seus subordinados sejam expostos a situações que possam abalar sua autoestima e dignidade.

Noutro giro, outra questão que mais tem exigido a atenção do Judiciário Trabalhista é a dispensa arbitrária pelo fato de o trabalhador ser portador do vírus HIV/SIDA, havendo jurisprudência no sentido de que ainda que não haja previsão legal, a dispensa do portador do vírus, sem a devida motivação, é presumida como arbitrária e discriminatória, conforme ementa de decisão ora transcrita:

RECURSO DE REVISTA - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA IMOTIVADA - PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso. Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a referida sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2012b, não paginado).

Os casos por discriminação contra portadores do vírus HIV têm sido bastante freqüentes perante a Justiça do Trabalho, não obstante posições em contrário, comumente ocorrem dispensas consideradas discriminatórias. No que tange à garantia ou não de estabilidade pelo trabalhador portador do vírus HIV, tal questão já foi discutida no segundo capítulo do presente estudo.

Há ainda casos envolvendo a discriminação por gênero, haja vista que embora a participação das mulheres no mercado de trabalho tenha se intensificado nos últimos anos, esta participação ainda se caracteriza pela desigualdade de oportunidades.

Nesse viés, cabe trazer à discussão a questão relacionada às revistas íntimas, aspecto já abordado no segundo capítulo, mas que, a título de ilustração, trouxe um julgado que expõe essa situação e a condenação da empresa ao pagamento de danos morais pela violação de diversos direitos no que tange ao trabalhador, passo a transcrever abaixo a ementa do julgado em questão:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA DIÁRIA EM ROUPAS E PERTENCES. 1 - Constatou no acórdão recorrido que houve Incidente de Uniformização Jurisprudencial no TRT de origem que pacificou o entendimento de que a fiscalização praticada pela reclamada TESS consiste em revista íntima diária em roupas e demais pertences dos trabalhadores. 2 - Constatou ainda decisão recorrida que, no caso concreto, havia a -revista pessoal dos empregados [...]. 4 - Importante notar que, diante das alegações da reclamada de que -a revista era visual, indistinta, genérica, inespecífica e sem direcionamento-, o próprio desembargador relator consignou que -Diversamente do que tenta fazer crer a recorrente, a indenização por danos morais decorrente da revista íntima ao empregado é devida-, acrescentado que -restou claro que havia a revista do empregado-. 5 - Diante das premissas fáticas insuperáveis nesta Corte Superior, de que exame de roupas e pertences era na realidade revista íntima diária, há o inequívoco dano moral. Esta Corte entende que apenas quando a revista dos empregados é feita de forma visual, sem contato físico e sem exposição do corpo é lícita e não gera o direito a indenização por dano moral. 6 - Recurso de revista de que não se conhece (BRASIL, 2014b, não paginado).

No entanto, tal matéria ainda não é pacífica na jurisprudência e doutrina, tendo em vista que há alguns entendimentos em sentido contrário ao posicionamento supracitado, como o da doutrinadora Barros (2009), que defende a hipótese de revistas exercidas de forma moderada pelo empregador como último recurso do qual disponha para assegurar a defesa de seu patrimônio, como por exemplo, em bolsas, e nesse sentido o entendimento da 6ª Turma do TST que decidiu pela admissibilidade de revista moderada em bolsas, desde que não exponha a intimidade ou privacidade do trabalhador, dessa maneira, não enseja caracterização de dano moral, conforme ementa do Recurso de Revista (RR) transcrito:

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA E DE BOLSA DE EMPREGADO. EMPRESA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. PRODUTOS COM POUCO VOLUME. DEFESA DO PATRIMÔNIO. Emerge do quadro fático delineado pelo v. acórdão recorrido que a revista era realizada com moderação e razoabilidade. E que, em momento algum, houve constrangimento e humilhação na

realização destas. Sendo assim, as revistas da maneira como eram realizadas não caracterizam abuso de direito ou ato ilícito, constituindo, de fato, exercício regular do direito do empregador, inerente ao seu poder diretivo e de fiscalização. Nessa esteira, a revista em bolsas, sacolas ou mochilas dos empregados, sem que se proceda à revista íntima e sem contato corporal, mas apenas visual e em caráter geral relativamente aos empregados de mesmo nível hierárquico, não caracteriza excesso por parte do empregador, inabilitando o autor à percepção da indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e não provido (BRASIL, 2009, não paginado).

Outra questão que tem suscitado a atuação do Judiciário trabalhista no que se refere à discriminação em questões de gênero é a questão da constitucionalidade ou não do art. 384 da CLT que, ao fixar o intervalo para descanso entre a jornada normal e extraordinária, não concedeu um direito desarrazoado às trabalhadoras, mas sim, visou preservar as mulheres do desgaste decorrente do trabalho em sobrejornada, que, por sua vez, é bastante nocivo a todos os trabalhadores.

Além disso, alguns fatores foram levados em consideração, tais como a condição física, psíquica e social da mulher, este último fator inclui a sua dupla jornada, tendo em vista que muitas mulheres ainda têm que cuidar dos lares e família.

Nesse sentido, o legislador ordinário, teve a sensibilidade de conceder um intervalo mínimo de 15 minutos, para a mulher que terá sua jornada de trabalho elasticizada, em conformidade com o novo ordenamento jurídico constitucional. A fim de enriquecer o argumento utilizado, abaixo transcrevo a ementa do RR nº 1540/2005-046-12-00.5:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT. POSSIBILIDADE. 1. O Colegiado de origem entendeu que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o art. 384 da CLT, que trata do intervalo de 15 minutos obrigatório antes da realização de trabalho extraordinário pelas mulheres. 2. O acórdão regional está em harmonia com a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do TST, no julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. Óbice da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT. Precedentes. Recurso de revista não conhecido (BRASIL, 2014c, não paginado).

Desse modo, o art. 384 da CLT, ao prever o referido intervalo mínimo para descanso entre a jornada normal e a jornada extraordinária, está em perfeita sintonia com o texto constitucional, com plena vigência e eficácia (BRASIL, 1943).

Noutro giro, no que tange aos portadores de deficiência, os Tribunais do Trabalho têm tomado decisões em favor da pessoa com deficiência, aplicando a Convenção nº 159 da OIT, além da legislação nacional, especialmente as Leis. 7853/99 e 9029/95, em face de qualquer tipo de discriminação decorrente das relações de trabalho. Nesse sentido, transcrevo abaixo a ementa de decisão que corrobora com tal entendimento:

VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR. DISCRIMINAÇÃO POR SER DEFICIENTE FÍSICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CARÁTER PEDAGÓGICO. A discriminação ao deficiente físico no emprego é preconceito que fere o princípio de igualdade previsto no artigo 5º da

Constituição Federal e que deve ser erradicada, eliminada, combatida, ficando sempre garantido ao trabalhador o pleno exercício da cidadania. Esta discriminação gera dano moral, que deve ser indenizado, e cujo montante deve buscar mais que a reparação imediata do ofendido, através de seu caráter educativo, coibir a repetição de práticas discriminatórias e violadoras da dignidade da pessoa humana do trabalhador (BRASIL, 2010b, não paginado).

O Judiciário Trabalhista também tem decidido em favor das pessoas com deficiência no que se refere à sua dispensa imotivada, conforme ementa abaixo transcrita:

DISPENSA IMOTIVADA - EMPREGADO DEFICIENTE - INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 93, § 1º, DA LEI N. 8.213/91 - REINTEGRAÇÃO.

Em sintonia com o avanço do princípio da igualdade, passando de uma defesa passiva contra as discriminações para uma ação afirmativa visando à promoção de oportunidades, surgiram diversos documentos legislativos no Brasil favorecendo as pessoas com deficiência. Dentre eles, o artigo 93 da Lei n.º 8.213/91, ao estabelecer a obrigação das empresas que contam com 100 ou mais empregados de reservar em seus quadros funcionais um percentual mínimo para fins de admissão de trabalhadores deficientes (ou beneficiários reabilitados), conforme o número de empregados na empresa. O § 1º do referido dispositivo ainda determina que a dispensa sem justa causa do empregado deficiente somente pode ser efetivada se atendidos cumulativamente dois requisitos: 1. se o empregador contar com o número de empregados reabilitados ou deficientes habilitados pelo menos no limite do piso estabelecido; 2. admissão prévia de outro empregado em condição semelhante. Trata-se de modalidade de estabilidade provisória sem prazo certo, que limita o exercício do direito potestativo do empregador referente à dispensa, decorrente de seu poder diretivo. Assim sendo, na hipótese de não restarem preenchidos tais requisitos, o empregado deficiente dispensando imotivadamente faz jus à reintegração ao emprego (BRASIL, 2012c, não paginado).

Portanto, proíbe-se qualquer tipo de discriminação nas relações de trabalho no que tange ao acesso, ocupação e dispensa, além da remuneração em razão da condição do trabalhador.

8 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Um relevante e importante instrumento contra as práticas discriminatórias tem sido o aforamento de ações coletivas, assim consideradas as ações civis públicas e as ações coletivas no âmbito da Justiça do Trabalho, merecendo destaque a atuação do Ministério Público do Trabalho na realização da igualdade substancial.

Nesse aspecto, salienta Correia (2012, p. 55) que em uma sociedade de massas, a tendência é tratar o indivíduo em termos uniformes quando há uma massificação de destinatários da norma. E sustenta o referido autor que tais ações são benéficas para que se obtenha uma maior eficiência na prestação da tutela jurisdicional, sendo, dessa maneira, um fator preventivo em relação a futuros dissídios de natureza individual.

O que se percebe atualmente por meio das estatísticas oficiais é um número cada vez maior de reclamações apresentadas na Justiça do Trabalho. No que tange a esse aspecto, há uma completa distorção do sistema de relações trabalhistas no Brasil, na medida em que se encaminha ao Judiciário especializado qualquer tipo conflito, e em sua maioria, após a dissolução da relação.

Diante dessa situação e à expressiva quantidade de reclamações trabalhistas sem perspectiva de solução em médio prazo, a atuação do Ministério Público do Trabalho tem sido fundamental, pois atua no sentido de favorecer o cumprimento das normas trabalhistas, além disso, tem sido muito útil no combate à discriminação, pois as medidas adotadas por esse órgão são cada vez mais satisfatórias.

A atuação do Ministério Público do Trabalho já vem sendo realizada com bons resultados em determinadas situações, em especial naquelas em que o Poder Público vem se demonstrando ineficiente para fiscalização do cumprimento de determinadas normas, como por exemplo, o cumprimento do art. 93 da Lei. 8213/91 e do Decreto n° 3.298/99, no que se refere à reserva de mercado, por meio de cotas percentuais que variam de 2 a 5 (por cento) para trabalhadores com porte de deficiência ou beneficiários reabilitados. Nesse sentido, a ementa abaixo transcrita:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSERÇÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E REABILITADOS NO MERCADO DE TRABALHO. CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 93 DA LEI N. 8.213/1991. Ao tratar da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o art. 93 da Lei n. 8.213/91 visa, em última análise, a garantir o pleno acesso ao emprego (CF, art. 170, VIII), conferir concretude ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e vedar a discriminação (CF, art. 7º, XXXI). O fundamento da inclusão dos deficientes físicos no mercado laboral está relacionado à política social ou mesmo institucional, voltada a alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, por meio das chamadas ações afirmativas, modificando positivamente a situação de

desvantagem de determinados grupos. É certo, porém, que há particularidades em algumas ocupações e profissões cujo exercício implica o cumprimento de condições e requisitos específicos e dispensam, por isso, tratamento diferenciado, sem que essas circunstâncias resultem qualquer tipo de conduta discriminatória negativa [...]. Recurso ordinário da Ré parcialmente conhecido e parcialmente provido; recurso ordinário do Autor conhecido e parcialmente provido (BRASIL, 2013, não paginado)..

Além disso, os inquéritos realizados pelo Ministério Público do Trabalho suprem diversas deficiências das partes em juízo em casos de discriminação, tendo em vista que as prerrogativas que seus integrantes possuem, acabam formando um importante corpo probatório suficiente para que seja levada em juízo uma comprovação mais consistente sobre as práticas discriminatórias, principalmente as de difícil percepção.

Além disso, antes da proposição de ações judiciais, o Ministério Público do Trabalho pode firmar termos de ajustamento de conduta com previsão no art. § 6º do art. 5º, da Lei nº 7347 de 24 de julho de 1985, introduzido pela Lei nº 8078/90. Tais termos poderão determinar a reversão de práticas discriminatórias, a efetivação de ações afirmativas, além de outras medidas que forem necessárias para que as práticas de discriminação sejam eliminadas.

Nesse sentido, Melo (2004) constata que esta prática de firmar termos de ajuste de conduta tem o objetivo de evitar a discussão em juízo, tendo em vista a demora do procedimento de outorgar um título executivo mais adiante acaba sendo negativo, ao passo que firmar o termo de ajuste de conduta permite a confecção de um título executivo de forma mais rápida.

9 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A questão do ônus da prova dos fatos que são apontados em processos envolvendo discriminação possui bastante relevância, uma vez que alguns obstáculos processuais podem ser decisivos, capazes de inibir a apresentação de questões dessa natureza.

No que tange a esse aspecto, Mallet (2008) discorre que o Direito Processual não pode ser neutro diante da particularidade dos litigantes, prossegue o autor, mesmo que a regra seja dispensar às partes um tratamento igualitário. Tendo em vista que a igualdade formal não satisfaz as necessidades do processo.

Nesse sentido, é de suma importância à efetividade do processo do trabalho, e o desenvolvimento regular do processo, os arts. 765 e 852-D da CLT, uma vez que permitem ao juiz a atuação proativa na condução do processo, principalmente a apreciação de provas, para concretização do direito material.

Assim, quando o art. 818 da CLT disciplina a competência do ônus da prova, em que cabe à parte que fizer as alegações, fez isso de maneira simplista, não se preocupou com os litigantes hipossuficientes, fato este que, muitas vezes, impede o litigante de provar o que está sendo alegado. Tendo em vista que o empregador possui muito mais facilidades para defender suas teses.

Outro obstáculo é a possibilidade jurídica de denúncia vazia das cessações do contrato individual de trabalho, com exceção das hipóteses de estabilidade provisória, o âmbito das discriminações fica bastante fértil, haja vista que o empregador não precisa expressar o motivo da dispensa.

Dessa maneira, o ônus da prova, quando se tratar de discriminação, deve ficar a cargo de quem tenha maiores condições de provar ou desconstituir o que está sendo alegado. Para que isso ocorra, deve ser aplicado por analogia, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n° 8.078/90, que também possui por objetivo proteger a parte menos favorecida na relação intersubjetiva, conforme art. 6°, VIII.⁴

Corroborando com tal entendimento, Brito Filho (2002) entende que a inversão do ônus da prova somente deverá acontecer quando for verificada verossimilhança da alegação ou hipossuficiência das partes.

⁴ “Art. 6° São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras de experiência; [...]” (BRASIL, 1990b, não paginado).

Diante disso, o que se pode concluir é que quando se tratar de ações individuais que tratem de discriminação, o ônus da prova deve ser invertido. Pelos argumentos supracitados. No que tange às ações coletivas, a situação torna-se diferente, tendo em vista que o autor(es) da ação, o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos da categoria não presumem incapacidade para provar o alegado.

A Jurisprudência ainda é divergente quanto a esse ponto, parte dos julgados adotam o art. 818 da CLT no que refere às provas, em todas as ações trabalhistas, inclusive nas que tratam de discriminação, nesta situação a título de ilustração convém citar a questão da reintegração do portador de vírus HIV ao trabalho, hipótese que já foi discutida em outros tópicos.

Desse modo, a inversão do ônus da prova nas ações que dizem respeito à discriminação praticada em desfavor das minorias sociais representa a sintonia das normas processuais com as necessidades sociais, bem como ao acesso à justiça. Além de dar vazão a diversos instrumentos de proteção internacionais, nacionais e, também, ser um mecanismo que auxilia no combate à discriminação nas relações de trabalho.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta pesquisa foi analisar os mecanismos utilizados para combater os mais diversos tipos de práticas discriminatórias nas relações de trabalho, lançando mão de instrumentos jurídicos internacionais, nacionais, bem como o arcabouço principiológico que auxilia nesse combate.

À luz dos autores estudados, bem como das análises feitas, verificou-se que o Brasil ainda não desenvolveu plenamente no que tange ao combate às discriminações no âmbito laboral. Tendo em vista que a efetivação da garantia de que todas as pessoas humanas são iguais, com a mesma dignidade de direitos, está muito distante de ser atingida. É necessário aperfeiçoar a atuação estatal e aumentar a conscientização social sobre o problema.

O histórico brasileiro no que se refere aos mecanismos antidiscriminação nas relações de trabalho é bem limitado, não somente porque existem poucas normas sobre a temática, mas também porque não existem outros mecanismos, ressalvados as disposições legais de caráter proibitivo das atitudes discriminatórias.

Não obstante, a Constituição de 1988 permitir a existência de vários mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho, a legislação infraconstitucional não acompanha a amplitude introduzida pela Carta Política, o que acaba deixando lacunas preenchidas parcialmente por leis esparsas e muito específicas.

Dessa maneira, os mecanismos inibitórios de atitudes discriminatórias, assim como os demais mecanismos promocionais de minorias, encontram amplo amparo no texto constitucional para sua implantação, todavia, poucos e tímidos mecanismos são adotados por via judicial.

Observa-se que no Brasil não existe uma postura antidiscriminatória eficiente e percebe-se facilmente os resultados negativos, ainda que persista a falsa idéia de que não existe discriminação. O que se percebe é certa timidez na implantação de mecanismos antidiscriminatórios e os que existem são bem antigos ou incompletos.

Cumprido ressaltar que a implantação de mecanismos públicos e privados deve vir acompanhada de uma efetiva participação de todas as esferas do Poder Público, atuando na elaboração de uma política nacional abrangente, envolvendo inclusive a própria população em torno desse grave problema.

Tendo em vista que somente assim, com a conscientização e uma atuação conjunta de todos os segmentos sociais em torno da eliminação da discriminação nas relações de trabalho é que os mecanismos atualmente vigentes poderão surtir algum efeito.

Cabe acrescentar que não foi encontrada uma preocupação científica significativa com o tema dentro do Direito do Trabalho brasileiro, proporcional à gravidade e extensão da situação atualmente existente.

No presente estudo, verificou-se que poucas são as obras sobre o assunto, assim como é pequena a procura no Judiciário para solução de controvérsias que tratem de condutas discriminatórias. O que se observa é que grande parte da sociedade brasileira sofre exclusão social associada à discriminação, todavia, pouco é produzido cientificamente na área do Direito do Trabalho que possa contribuir para a solução do problema.

Como se verificou ao longo do presente estudo, o tema fascina porque se refere ao direito mais importante após o direito à vida: o de ser tratado de forma igualitária nas relações de trabalho, tendo direitos assegurados pela própria condição de ser humano.

Dessa maneira, o tratamento diferenciado costuma ser muito doloroso para vítima, que possui poucos elementos para reagir. No que tange a esse aspecto, deve-se levar em consideração que vivemos em um país em que a taxa de desemprego é alta, as oportunidades sociais são cada vez mais difíceis, o número de excluídos sociais só aumenta, todo esse cenário só reafirma a necessidade de que a igualdade deva ser respeitada.

Mesmo constatando que a legislação pátria e as normas de direito internacional conseguiram formalmente assegurar um tratamento igualitário e o combate aos atos de discriminação, nota-se que os mecanismos antidiscriminatórios pelos operadores do direito tem sido ineficiente.

Diante disso, percebe-se que muita coisa deve ser feita no Brasil para que a nossa sociedade possa obter sucesso no combate às práticas discriminatórias, cujas estatísticas oficiais demonstram números de ocorrência de discriminação cada vez maiores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. **O dano moral e reparação trabalhista**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília, DF: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/dirhum/doutrina/id248.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

ASSEMBLEIA NACIONAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/dh/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **AIDS no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direito humanos e trabalhadores: atividade normativa da organização internacional do trabalho e os limites do direito internacional do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Brasília, DF, 1991b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em: 19 nov. 2014.

_____. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1999, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. Decreto nº 4.738, de 12 de junho de 2003. Promulga a Declaração Facultativa prevista no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação Racial, reconhecendo a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos cobertos na mencionada Convenção. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4738.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

_____. Decreto nº 956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF, 2010a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

_____. Lei nº 12.990, de 9 de julho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF, 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988. Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências. Brasília, DF, 1988b. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7670.htm>. Acesso em: 8 nov. 2014.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 7 nov. 2014.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 1991a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Ação Afirmativa:** igualdade de oportunidades. 2008. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/fisca_trab/acao-afirmativa-igualdade-de-oportunidades.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência nº 7204-1. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de junho de 2005a. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (10ª Região). Recurso Ordinário nº 1991201100410000 DF 01991-2011-004-10-00-0. Relator: Desembargador Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124286784/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1925201100803003-0001925-1820115030008>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário nº 01925201100803003 0001925-18.2011.5.03.0008. Relator: Juiz do Trabalho Sebastiao Geraldo de Oliveira. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2012c. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124286784/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1925201100803003-0001925-1820115030008>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 00006221820115040403 RS 0000622-18.2011.5.04.0403. Relator: Juiz do Trabalho Adair João Magnaguagno. Brasília, DF, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128292003/recurso-ordinario-ro-6221820115040403-rs-0000622-1820115040403/inteiro-teor-128292013>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Recurso Ordinário nº 1109008220085050009 BA 0110900-82.2008.5.05.0009. Relatora: Juíza do Trabalho Maria Adna Aguiar. Brasília, DF, 5 de abril de 2010b. Disponível em: <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8555964/recurso-ordinario-record-1109008220085050009-ba-0110900-8220085050009>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1011009420015040561 101100-94.2001.5.04.0561. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 10 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1703818/recurso-de-revista-rr-1011009420015040561-101100-9420015040561>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1216500432003509 1216500-43.2003.5.09.0008. Relator: Ministro Horácio Raymundo de Semna Pires. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5389076/recurso-de-revista-rr-1216500432003509-1216500-4320035090008>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1244004320045020074 124400-43.2004.5.02.0074. Relator: Ministro José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. Brasília, DF, 25 de abril de 2012b. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21614867/recurso-de-revista-rr-1244004320045020074-124400-4320045020074-tst>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1576007320135130024. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, DF, 15 de outubro de 2014b. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/147930157/recurso-de-revista-rr-1576007320135130024>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 16226420125010027. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, DF, 22 de outubro de 2014c. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/148904947/recurso-de-revista-rr-16226420125010027>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 443. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. Brasília, DF, 25 de setembro de 2012a. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=1&idarea=1&idmodelo=31544>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2004.

BUARQUE, Cristóvão. **Conferência realizada entre os dias 29 de março e 1º de abril de 2004 no TST/Brasília**: Fórum Internacional sobre direitos humanos e direitos sociais: direito: assistência ou abolição. São Paulo: Ltr, 2004.

BUTIERRES, Maria Cecília. **Discriminação por acidente de trabalho ou por acidente de trabalho ou por doença ocupacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPLAN, Luciana. **Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam a sua inefetividade**: uma leitura a partir da teoria crítica. São Paulo: LTr, 2008.

CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

CAVALCANTE, Patrícia de Medeiros Ribeiro. **A compreensão político-jurídica atual da função jurisdicional**: a omissão legislativa e os direitos sociais em aberto: do juiz burocrata ao juiz concretizador: a mediação judicativa: decisória dos princípios jurídicos: direitos sociais na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 2008.

CID, Clarissa Felipe. **Discriminação racial**: étnica na relação de trabalho. São Paulo: Ltr, 2012.

CONVENÇÃO interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (Convenção da Guatemala). 1999. Disponível em: <http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/secretarias/saude/deficiencia/0008/Convencao_da_Guatemala.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **A teoria da Constituição à luz da teoria da norma**: um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais. 2012. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es/webct/urw/1c102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na relação de trabalho**: uma afronta ao princípio da igualdade. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

FERRAZ, Fabiana Kelly. **Discriminação racial**: uma leitura dos instrumentos legais. <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_04_234.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2014.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GURGEL, Yara Perereira Maria. **Direitos humanos**: princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Mini Aurélio**: dicionário da língua portuguesa. 8. ed. São Paulo: Positivo, 2010.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Campus, 2011.

LOPES, Otavio Brito. **A questão da discriminação no trabalho**. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_17/artigos/art_otavio.htm>. Acesso em: 6 dez. 2014.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: LTr, 2006.

MALLET, Estêvão. **Discriminação e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Prova e contraprova do nexa epidemiológico**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho**: direito fundamental. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência**: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOCCHI, Andréa Saint Pastous. **Discriminação da mulher**: o olhar do Judiciário trabalhista. São Paulo: LTr, 2011.

NORMANDO, David. Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. **Dental Press Journal of Orthodontics**, v. 15, n. 3, p. 121-124, maio/jun. 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/3tratados.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 100, de 28 de junho de 1951. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-conv-oit-100.html>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 111, de 19 de janeiro de 1968. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. Convenção nº 159, de 1983. Genebra, 1983. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/505>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

_____. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu segmento**. Brasília, DF, 2001.

PASTORE, José. **Oportunidade de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. São Paulo: Renovar, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. **Limites à liberdade de expressão**. São Paulo: Max Limonad, 2008.

RODRIGUES, Rita de Cassia Gerlach. **O trabalhador com deficiência e a discriminação no ambiente de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Cristiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação: análise jurídico penal da Lei 776/89 e aspectos correlatos**. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-46, abr. 2001.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Vida independente: história movimento, liderança, onceito, reabilitação, emprego e terminologia**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

THEODORO, Mário. **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 após a abolição**. 2008. Disponível: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5605>. Acesso em: 10 nov. 2014.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios**. São Paulo: LTr, 2006.