



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

JOÃO FELIPE MOURA MONTENEGRO

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NA CONTRATAÇÃO

Campina Grande – PB

Julho de 2014

JOÃO FELIPE MOURA MONTENEGRO

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NA CONTRATAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Estadual da Paraíba para obtenção do
título de Bacharel em Direito

Orientador: Professor Dr. Vinicius Lucio de Andrade

Campina Grande – PB

Julho de 2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M775d Montenegro, João Felipe Moura

Discriminação de gênero na contratação [manuscrito] / João Felipe Moura Montenegro. - 2014.
65 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Esp. Vinicius Lucio de Andrade, Departamento de Direito".

1. Direito do Trabalho. 2. Organização Internacional do Trabalho (OIT). 3. Medicina do Trabalho. 4. Discriminação de Gênero. 5. Trabalho Feminino. I. Título. 21. ed. CDD

JOÃO FELIPE MOURA MONTENEGRO

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NA CONTRATAÇÃO

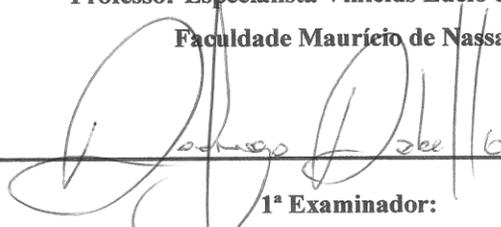
Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba em
cumprimento à exigência para
obtenção do grau de bacharel.

Aprovado em 01/07/2014.



Orientador

Professor Especialista Vinicius Lucio de Andrade
Faculdade Maurício de Nassau



1º Examinador:

Professor Especialista Rodrigo Silveira Rabello de Azevedo
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos - CESREI - FACULDADE



2º Examinador:

Professor Especialista Marônio Monteiro do Rêgo
Universidade Estadual da Paraíba

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu orientador professor Vinícius Lúcio de Andrade, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, João Moura Montenegro e Francisca Maria Moura de Souza Montenegro, e a minha irmã Kamilla Kelly Moura Montenegro, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A discriminação de gênero é o tema central desse estudo, sobretudo quando se aborda o gênero feminino, o que fez-se referência a alguns conceitos basilares como o preconceito, a discriminação e suas modalidades, o princípio da igualdade e da isonomia. Após as devidas denominações analisou-se a posição que a mulher ocupa numa perspectiva histórica. Asseverou-se as importantes conquistas que o gênero feminino teve com o avançar dos anos, tendo como ponto de partida a Revolução Industrial com o ingresso da mão-de-obra feminina no trabalho e as jornadas triplas, extenuantes, com baixos salários, além da sobrecarga doméstica. Ante este quadro histórico, Leis foram editadas com o intuito de proteger o trabalho feminino bem como as suas peculiaridades, como a maternidade, sem deixar de perceber que o trabalho masculino tem que ser preservado, pois fora diminuído com o advento da concorrência do trabalho feminino. Verificou-se que com a edição das Normas legais destinadas à proteção do trabalho da mulher muitas vezes mostraram-se com cunho discriminatório, como aquelas que previam a proibição do trabalho da mulher em subterrâneos, minerações, pedreiras e obras de construção, em atividades perigosas e insalubres, limitação do trabalho no período noturno e necessidade de autorização para proceder à compensação de jornada. Hoje em dia o trabalho feminino continua a receber proteção legal, mas pautado no aspecto fisiológico, contra atos discriminatórios. Verificou-se, portanto, que o objetivo maior desta monografia é demonstrar a discriminação de gênero que pode ocorrer em várias fases do labor, seja na pré-contratação, na contratação ou mesmo durante o trabalho. A legislação trabalhista, em seara nacional ou internacional, tutela a obreira contra atos discriminatórios, embasadas em critérios arbitrários. No que se refere à proteção internacional, ressalte-se a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração de Filadélfia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Convenções da OIT destinadas à proteção feminina. Os institutos trabalhistas nacionais elidiram várias leis visando impedir práticas discriminatórias fundadas em razão do gênero, cor, raça, religião entre outros fatos preconceituosos. Foi visto na revisão bibliográfica que a legislação criminalizou determinadas condutas, destinou normas protetoras à maternidade e à compleição física feminina, proibiu condutas discriminatórias no acesso e manutenção do emprego, além da previsão na Carta Magna do Princípio da Igualdade entre homens e mulheres e outros artigos constitucionais destinados à mulher trabalhadora, uma vez que não pode a trabalhadora (ou o trabalhador) sofrer discriminação no ambiente de trabalho, seja na admissão, manutenção ou resilição de emprego ou trabalho. A metodologia aplicada girou em torno da revisão bibliográfica consistente na localização e obtenção de documentos para avaliar a disponibilidade de material que subsidiará o tema do trabalho de pesquisa. Este levantamento é realizado junto às bibliotecas ou serviços de informações existentes.

Palavras-chave: Organização Internacional do Trabalho (OIT); Trabalho Feminino; Discriminação de Gênero; Medicina do Trabalho.

ABSTRACT

Gender discrimination is the focus of our study, especially when we approach the female, which made a reference to some basic concepts such as prejudice, discrimination and arrangements, the principle of equality and equality. After the appropriate designations analyzed the position that women in historical perspective. Asserted to the important achievements that females had with advancing years, taking its starting point the Industrial Revolution with the inflow of labor, female labor at work and journeys trebles, exhausting, low-wage, plus the overhead domestic. Against this historical framework, laws were enacted in order to protect women's work and their peculiarities, such as maternity, while realizing that the male labor has to be preserved, for it was declined with the advent of competition of female labor . It was found that with the enactment of the legal standards for the protection of women's work often showed up with discriminatory nature, such as those provided for the prohibition of women's work in underground mining, quarry and construction work in dangerous activities and unhealthy, limiting the work at night and need authorization to compensation journey. Nowadays women's work continues to receive legal protection, but ruled in Physiologically, against discriminatory acts. It is therefore the main objective of this monograph is to demonstrate gender discrimination that can occur at various stages of labor, whether in pre-hiring, hiring

or even at work. Labor legislation in national or international harvest, the worker protection against discriminatory acts, based on arbitrary criteria. With regard to international protection, it is worth mentioning the creation of the International Labour Organization (ILO), the Philadelphia Declaration, the Universal Declaration of Human Rights and the ILO conventions aimed at protecting women. The national labor institutes, elidiu several laws aimed at preventing discriminatory practices based on grounds of gender, color, race, religion and other facts prejudiced. Was seen in the literature review that legislation criminalized certain conduct, norms destined protective maternity and feminine physique, prohibited discriminatory conduct in accessing and maintaining employment, and the forecast in the Constitution of the Principle of Equality between men and women and other articles constitutional for the working woman, since the worker can not (or worker) suffer discrimination in the workplace, either on admission, retention or termination of employment or work. The methodology revolved tone of bibliographic consistent in locating and obtaining documents to assess the availability of material that will subsidize the subject of research. This survey is conducted among the libraries or existing information services.

Keywords: International Labour Organization (ILO), Working Women, Gender Discrimination; Occupational Medicine.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DA DISTINÇÃO ENTRE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO...	12
2.1 DEFININDO O PRECONCEITO.....	13
2.2 CONCEITUANDO A DISCRIMINAÇÃO.....	14
2.3 A IMPORTANCIA DA CONVENÇÃO N. 111 DA OIT PARA COMPREENSÃO JURÍDICA DO TERMO DISCRIMINAÇÃO	15
2.4 FATOS FORA DO FOCO DA DISCRIMINAÇÃO	16
2.5 MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO	17
2.5.1 Discriminação Direta e Indireta	17
2.5.2 Discriminação Negativa e Positiva	18
2.6 TUTELA DOS INSTITUTOS INTERNACIONAIS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO	19
2.6.1 Organização Internacional do Trabalho (OIT)	20
2.6.2 Declaração de Filadélfia (1944)	21
2.6.3 Declaração Universal dos Direitos do Homem	21
2.6.4 A Convenção n. 100 da OIT	22
2.6.5 Convenção n. 111 da OIT	23
2.7 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	26
2.7.1 Princípio da Isonomia	28
2.7.2 Igualdade Formal e Igualdade Material	28
3. DISCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO A LUZ DA CF/88	29
3.1 OS SUJEITOS DA DISCRIMINAÇÃO	32
3.2 DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	35
3.2.1 Discriminação Pré-contratual	36
3.2.2 Discriminação Durante o Contrato	37
3.2.3 Discriminação Pós-contratual	38
3.3 A INSERSÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E A	

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO	38
3.3.1 Pressupostos Históricos	38
3.3.2 Trabalho Feminino no mercado Brasileiro	40
3.3.2.1 <i>A Constituição Federal de 1988 e o Trabalho da Mulher</i>	40
3.3.2.2 <i>Parte da CLT revogada por conteúdo discriminatório.....</i>	42
3.3.2.3 <i>Análise do Artigo 384 da CLT de Caráter Discriminatório</i>	43
3.3.2.4 <i>Artigos específicos da CLT em relação à mulher sem teor discriminatório</i>	46
3.3.2.5 <i>Direito a licença maternidade como forma de combater a discriminação</i>	47
4. A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS FASES DO CONTRATO DE TRABALHO	52
4.1 ANÁLISE DA LEI N. 9.029/95	53
4.2 AS FASES NA RELAÇÃO DE TRABALHO QUE PODE OCORRE A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO	55
4.2.1 No Momento Pré Contratual e na Contratação	55
4.2.2 No Momento da Resilição do Contrato de Trabalho	56
4.2.3 No Momento da Ruptura Contratual	58
5. METODOLOGIA	60
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
7. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA	63

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, os casos de discriminação por gênero no mercado de trabalho acontecem no momento em que homens e mulheres, com as mesmas qualificações e atributos produtivos, recebem remunerações diferenciadas na força de trabalho, em termos de salários e ou de acesso ao trabalho.

Uma parcela da diferença de remuneração entre gênero pode ser atribuída a diferenças de preferência e qualificação entre os trabalhadores. No entanto, há uma parcela residual, que não se refere nem a preferências e nem a qualificação e que pode ser considerada indicador de discriminação.

Verifica-se frequentemente o crescimento de ações de trabalho no sentido da discriminação de gênero que acontece em dois tipos, a de cunho salarial, no momento em que os trabalhadores são igualmente produtivos e ocupam os mesmos postos de trabalho, contudo, recolhem diferentes salários; e a de caráter alocativo, quando os trabalhadores igualmente produtivos têm chances diferentes de ocupar postos de trabalho de alta produtividade.

O mercado de trabalho é o local onde, ofertantes e demandantes negociam determinado produto, envolvendo apenas relações interpessoais (nesse local não há discriminação), desde que este não sofra influência de fatores não mercadológicos (networks ou interação social), influenciando o comportamento econômico. Assim, o comportamento econômico depende da natureza das crenças e atitudes determinadas culturalmente, condicionadas pelas instituições sociais. Mercados competitivos, por ter forte interação social geram forte discriminação.

Vale salientar que a questão da permanência no trabalho é, muitas vezes, encarada como um elemento que ajudaria a definir o diferencial de salários entre homens e mulheres.

Verificam-se em estudos específicos que, em média, os salários dos homens são superiores aos das mulheres, mesmo após o controle por diversas características observáveis. O que se pode aferir é que, possivelmente, se trata de uma discriminação cultural, no mercado de trabalho. Contudo, podem existir outras formas de entender essa observação, e entre elas, a necessidade de engajamento no trabalho. Como, por exemplo, as situações em que as mulheres dividem seu tempo de atividade entre o mercado de trabalho e o trabalho doméstico (machismo a parte), devido a questão apenas cultural da divisão de

tarefas. Postos de trabalho que proporcionem essa possibilidade de flexibilidade no emprego, certamente remuneram menos.

Portanto, em muitos aspectos da vida, a discriminação é difícil ou impossível de se mensurar, mas, em outros, essa medida é possível, como é o caso do mercado de trabalho, onde há possibilidade de se efetivar a mensuração dos efeitos da discriminação.

Neste trabalho se pretende estudar, qualitativamente, os resultados sobre os indivíduos, das práticas discriminatórias no mercado de trabalho, pois a inserção da mulher no mundo do trabalho vem sendo acompanhada, ao longo dos anos, por elevado grau de discriminação, não só no que tange à qualidade das ocupações que têm sido criadas tanto no setor formal como no informal do mercado de trabalho, mas principalmente no que se refere à desigualdade salarial entre homens e mulheres, caso que se justifica, socialmente, a escolha deste tema. Também é de suma importância a questão acadêmica quando os alunos, futuros profissionais, devem ter em mente a teoria da discriminação no mercado de trabalho, e que devem observar, vigiar e inibir esta prática, pois, a discriminação atinge um ou mais grupos, em situação desfavorável, a outro grupo considerado ideal ou padrão, levando em conta suas características não produtivas, como a cor da pele, a opção sexual, a religião, o sexo, a origem social, ou quase qualquer outra marca que se impõe aos indivíduos.

Justifica-se também este importante estudo para o operador do direito, pelo fato deste ter o papel de cobrar e lutar, nas esferas da sociedade, pela eliminação de qualquer processo discriminatório que possa ocorrer no mercado de trabalho, não só no momento da contratação, como também durante o período laboral, onde nestes casos são possíveis de se mensurar os efeitos da discriminação.

Assim, o objetivo geral do trabalho é investigar a raiz da discriminação por gênero, especificamente no momento da contratação, e, de forma detalhada saber quais são os níveis dessas diferenças, seja na remuneração, no cargo ao qual ocupa, a quantidade de vagas, entre outros, a fim que se possa verificar se a diferença existente pode ser apontada como fator discriminatório.

2. DA DISTINÇÃO ENTRE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO

Primeiramente, serão tecidos comentários sobre a diferença entre a discriminação e o preconceito.

A Discriminação é, de acordo com os dicionários, o tratamento desigual ou injusto dado a uma pessoa ou grupo, com base em preconceitos de algum tipo.

Já o preconceito é a idéia ou conceito formado antecipadamente. Esta idéia (ou conceito) não tem nenhum fundamento sério ou imparcial, não se pauta em dados objetivos, apresenta-se apenas como estado de cegueira moral.

Contudo, o sentido jurídico para ambas as figuras já é definido e estabelecido pela nossa Carta Magna, pois como Constituição cidadã que é, tem como principal objetivo a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação. E que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Muitas vezes uma discriminação pode nascer de um preconceito, como o caso em que um casal homossexual é impedido de adentrar numa pousada. Neste caso, enquadra-se como discriminação, vedada pela Constituição Federal de 1988, porque um tratamento desigual e injusto foi dispensado ao casal gay com base em preconceito de opção sexual, atitude, portanto, lesiva ao princípio da igualdade. Tal atitude, dispensada ao casal, no momento da hospedagem, caracterizou-se como preconceito, o que gerou, na prática, um ato de diferenciação prejudicial daqueles hóspedes em relação aos outros.

Contudo, se apenas fosse dito que somente os gays contraem HIV, seria hipótese unicamente de preconceito, pois se trata de uma idéia que reside na mente e no espírito do preconceituoso, e, como tal, não se pode apontar como sendo ilegal ou inconstitucional. Se essa concepção errada e injusta não for a mola propulsora de atitudes discriminatórias por parte de quem a concebeu, não há glosa legal ao preconceituoso. Só repulsa moral.

Portanto, deve-se ter em mente que o preconceito não pode ser eliminado de uma pessoa por lei. A lei não retira da alma aquilo que nela reside. É importante lembrar que nem sempre o preconceituoso pratica atos discriminatórios, seja porque tem algum mínimo freio moral, seja porque tem medo da punição.

O que pode, a lei e as autoridades, é fomentar atos e iniciativas que induzam ao abandono do preconceito ou o previnam, a fim de que, com o decorrer do tempo, esta atitude, desapareça naturalmente.

A seguir será tratado do preconceito e da discriminação na opinião dos doutrinadores pátrios.

2.1 DEFININDO O PRECONCEITO

Preconceito é um juízo de valor preconcebido e manifestado, comumente, sob a forma de uma atitude discriminatória, seja contra pessoas ou lugares diferentes daqueles que consideramos nossos. Psicologicamente costuma indicar desconhecimento pejorativo de alguém ao que lhe é diferente, como apenas um modo de aversão ao que lhe é estranho. Geralmente as formas mais comuns de preconceito são: social, racial e sexual.

Acerca do termo preconceito, Dalmo Dallari (apud MARQUES, 2002, p. 178) faz a seguinte afirmação:

Do ponto de vista de sua origem, de sua etimologia, a palavra preconceito significa prejulgamento, ou seja, ter idéia firmada sobre alguma coisa que ainda não se conhece, ter uma conclusão antes de qualquer análise imparcial e cuidadosa. Na prática, a palavra preconceito foi consagrada como um prejulgamento negativo a respeito da pessoa ou de alguma coisa.

Complementando o pensamento do autor acima, aponta Marques (2002), que o preconceito está arraigado no inconsciente popular, interferindo diretamente no ato da discriminação, visto que consiste em prévio julgamento mediante generalização ou mistificação, em que as qualidades são enxergadas no aspecto negativo.

Assim, pode-se resumir que o preconceito se caracteriza quando, desprovido de informações necessárias, utiliza-se idéias pré-concebidas, retiradas do pensamento dominante da sociedade a qual se insere, onde tais idéias são assimiladas sem que antes sejam submetidas a um julgamento crítico próprio. Após a assimilação de uma idéia preconceituosa, torna-se simples, desta forma, tratar alguém com discriminação. Como alerta Marques de Lima (2007), a discriminação é o lado ativo do preconceito, é a própria atitude do indivíduo na exteriorização do sentimento.

Vale ressaltar novamente que a Constituição da República repudia o preconceito tratando-o como discriminação, como dispendo em seu art. 3º, inc.III que constitui um dos

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto a natureza do preconceito pouco importa, pois os motivos que lhes dão ensejo são meramente exemplificativos, conforme demonstrado no inciso supracitado, podendo abarcar um ou mais de um deles, além de também abrir margem para outras formas que possam estar fora desse rol apresentado.

Comumente o preconceito é desencadeado pelo estereótipo, que se forma no momento em que rotula algo ou alguém de forma definitiva, baseado em um pensamento generalizado.

Este conceito é inserido pelo Programa Nacional de Direitos Humanos (MARQUES, 2002), onde se anota que o estereótipo pode ser comparado a um carimbo e, uma vez carimbados, os membros de determinado grupo que possuem aquele atributo deixam de ser avaliados pelas suas reais qualidades, são julgados pelo carimbo.

Portanto, a sociedade adquiriu idéias preconceituosas, com base em estereótipos criados, por ela própria, e com isso teve que lidar com essas pessoas vitimadas e submetidas a um rótulo, ou seja, os já citados “carimbos”, passando a tratá-las com inferioridade, agindo de maneira discriminatória, pelo simples fato, por exemplo, de serem mulheres, ou negros, ou portadores de deficiência, etc.

2.2 CONCEITUANDO A DISCRIMINAÇÃO

Podemos conceituar o termo discriminação, em seu sentido lato, como aquele que remete à ideia de diferenciação, distinção, porém como garante Marques de Lima (2007), o vocábulo tem sido utilizado, na prática, com conotação pejorativa e significa um tratamento desfavorável que é destinado a um grupo de pessoas, arbitrariamente.

Falar em discriminação denota como interpretação a forma pejorativa, pois se imagina de pronto, que determinada pessoa ou grupo esteja sofrendo algum tipo de diferenciação no tratamento de maneira negativa, excluindo-a ou constringendo-a.

O que se questiona é o porquê se dá este fato? Se há razões diversas, podendo ser culturais, religiosas, políticas, econômicas? Se se inicia com a formação de idéias pré-concebidas, como já analisamos anteriormente, e distinguem-se as pessoas consideradas

inferiores ou simplesmente diferentes, pois se traça um perfil, através do qual se define subjetivamente a “categoria” a que certo grupo pertence?

Assim, diante deste enquadramento, verifica-se a etapa discriminatória que, segundo o argumento de Marques de Lima (2007, p. 36) configura-se como a conduta discriminatória, ou seja, *“é a execução do que foi projetado, é o ato de praticar, a ação ou o resultado dessa ação concretizadora; o procedimento executório, o ato em si mesmo isolado, sua execução, enfim”*.

Neste ínterim, a prática discriminatória seria então a implementação do que fora imaginado, onde há consecução de um objetivo que outrora existia apenas em sede teórica. Portanto, de acordo com Pinto e Pamplona Filho (2000), o ato discriminatório é a conduta que vise a segregar indivíduos em função de uma característica pessoal ou social.

2.3 A IMPORTANCIA DA CONVENÇÃO N. 111 DA OIT PARA COPREENSÃO JURÍDICA DO TERMO DISCRIMINAÇÃO

A organização Internacional do Trabalho (OIT), por sua abrangência internacional, que vai além dos limites restritivos que cada país poderia atribuir ao vocábulo, através da definição de discriminação conferida pela Convenção n. 111 em seu art. 1º, o qual se transcreve:

Art. 1 [...] -1. Para os fins da presente convenção o termo discriminação compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados (SÜSSEKIND, 1998, p. 246).

Ante o trecho transcrito, deparamo-nos com um conceito bastante amplo, pois enquanto na alínea “a” exemplificam-se os motivos causadores da discriminação, na alínea “b” abre-se um leque de possibilidades quando se utiliza a expressão *“qualquer outra distinção, exclusão ou preferência”* a ser especificada por Membro interessado, ou seja, o

país Membro da OIT, após consultar as organizações pertinentes, poderá relacionar outra distinção, exclusão ou preferência.

Vale salientar que o dispositivo refere-se à distinção, exclusão ou preferência.

No tocante a preferência, salienta-se que é também uma forma de diferenciação, considerando que, quando há escolhas preferenciais em favor de algumas pessoas, automaticamente está se procedendo à exclusão de outras. Ao serem exigidos para admissão num emprego candidatos homens, discriminam-se as mulheres, por exemplo.

2.4 FATOS FORA DO FOCO DA DISCRIMINAÇÃO

Para que se possa adentrar ao estudo da discriminação em si, precisa-se ter em mente os fatos que por sua natureza poderiam, normalmente, ser encarados como discriminatórios, mas que são, tão somente, apenas atos destinados a um grupo específico porque requer determinada característica que permita o exercício da atividade necessária a que se propõem.

Portanto, assinala-se, igualmente, que os artigos da Convenção n. 111 definem o que não se configura discriminação:

Art. 1 [...]

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

Art. 4º Não são consideradas como discriminação quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.

Art. 5º - 1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

2. Qualquer membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural (SÜSSEKIND, 1998, p. 247).

Deste modo, os artigos acima mencionados definem também o que não configura discriminação, que seriam as qualificações exigidas para certo emprego, como por exemplo, exigir que os candidatos à vaga para o cargo de secretário(a) tenham curso de

informática. Neste caso, a exigência é coerente e direcionada ao trabalho a ser desempenhado, e assim, por este motivo, não se caracterizam como discriminações as situações previstas nos artigos 4º e 5º acima transcritos. É um caso apenas de qualificação técnica genérica a qualquer gênero e agregada ao que o cargo a ser exercido impõe. O art. 4º refere-se a pessoas que sejam objeto de suspeita de atos atentatórios à segurança nacional, enquanto o art. 5º concerne a quaisquer outras medidas a fim de salvaguardar necessidades particulares de pessoas que necessitem desta proteção.

2.5 MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO

A Doutrina aponta quatro modalidades discriminatórias: positiva, negativa, direta e indireta, as quais serão examinadas, cada uma detidamente:

2.5.1 Discriminação Direta e Indireta

A discriminação pode ocorrer de duas formas, a direta e a indireta. A doutrina aponta cada uma delas, de forma a elucidar o tema.

Assevera Alice Monteiro de Barros (*apud* MARQUES, 2002, p.183), sobre a discriminação direta e indireta, que: *“a primeira pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas, enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos”*.

Neste caso, de acordo com o que pensa a autora acima citada, a discriminação direta ocorre com uma atitude positiva proibida por lei e direcionada a um determinado grupo, enquanto que a segunda se traduz quando há um ato que na sua forma foi igual para todos, mas que produz efeitos diversos para determinado grupo. É o que entende Luiz de Pinho Pedreira da Silva (*apud* MARQUES, 2002, p. 183), vem o seguinte comentário:

Na discriminação direta o empregador apenas trata de modo menos favorável os membros de um grupo cuja causa de homogeneidade é, por exemplo, o sexo, a cor, etc., exigindo-se para o reconhecimento da discriminação proibida, a prova da intenção discriminatória do autor. Quando se trata de discriminação indireta, não mais se investiga a intenção com que o ato foi praticado e sim os seus efeitos, as suas conseqüências. Constituem discriminações indiretas aquelas práticas que, sendo formal ou aparentemente neutras, possuem, não obstante, um efeito adverso sobre os membros e um determinado grupo, sobretudo quando se trate de um grupo historicamente discriminado.

Assim, percebemos que a discriminação direta ocorre no momento que há tratamento desfavorável claro e intencional, em contrário à lei, e dispensado a determinado grupo, enquanto que, na discriminação indireta, não resta clara a intenção de desfavorecer certo segmento, mas, pelos resultados da prática do ato realizado, emerge-se o prejuízo, ou seja, um efeito adverso, restringindo o acesso ao trabalho daquele determinado segmento, e tendo como causa vários fatores que discriminem, podendo ser em razão do sexo, cor, raça, entre outros.

Ocorre quando o empregador se mune da “necessidade” de justificar o efeito adverso causado na discriminação indireta. Em seu artigo, Pinho Pedreira (apud MARQUES, 2002) observa que seria inútil alegar em defesa do empregador que praticou de boa-fé o ato de efeito prejudicial, pois a intenção é absolutamente irrelevante.

Neste caso, é importante mencionar que a discriminação indireta foi reconhecida a partir da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) no caso *Griggs*, que aceitou como justificativa da empresa, para o efeito adverso, a alegação de necessidade. Neste caso em tela, a Suprema Corte dos Estados Unidos tomou decisão pioneira em matéria de discriminação na questão *Griggs C. Duke Power*, num caso em que se tratava da aplicação de teste de aptidão, assim como da exigência de diplomas de estudos não justificada pelo emprego de policial. Essas exigências, neutras à primeira vista, tinham por efeito prático excluir os negros de modo desproporcional em relação aos brancos, o que levou a Suprema Corte a proibir o serviço de polícia de se servir desses critérios de admissão (MARQUES, 2002, p. 122).

De acordo com o que postula Marques (2002), a justificativa do empregador sobre o ato é que irá definir a existência ou não de discriminação. Menciona que é necessário ser identificado o fator de discriminação, devendo haver correlação lógica entre o fator de desequiparação e a distinção estabelecida.

Caso seja plausível e razoável o motivo desequiparador, não configura ato discriminatório como, por exemplo, restringir o acesso ao emprego para o cargo de segurança a pessoas que não portem deficiências físicas. É um fator de distinção razoável para a profissão a ser exercida. O mesmo não se pode dizer se o cargo a ser exercido fosse de advogado (a).

2.5.2 Discriminação Negativa e Positiva

A questão discriminatória tem sido abordada, neste estudo, com interpretação pejorativa, onde há violação ao Princípio Constitucional da Igualdade, e em que há a prática da exclusão no trabalho contra grupos, em sua maioria, já marginalizados socialmente. Ela consiste em tratar desigualmente indivíduos por razões como o sexo, a cor, a religião ou outros fatores de discriminação.

Portanto, a discriminação positiva, é ventilada nos textos jurídicos em menor escala, como podemos perceber o que fala Marques de Lima (2007), como sendo aquela cujo fito é estabelecer favorável preferência ao sujeito distinguido.

O ordenamento jurídico vigorante tenta equiparar as situações de desigualdade, por meio de princípios constitucionais e leis, dentre elas, a Lei nº 7.853/89, que regula a situação dos portadores de deficiência física, a Lei 9.029/95, protegendo as mulheres, principalmente, contra a exigência de atestados de esterilidade e gravidez. Assim, são exemplos de discriminação positiva, em que se protege a classe menos favorecida, através de clara proteção legal, distinção esta, lícita, com o propósito maior de equiparar aqueles que estão em situação desigual socialmente, historicamente.

Assim, a discriminação positiva é uma forma de amenizar os efeitos da discriminação negativa.

Já no tocante a não aceitação da discriminação negativa, no que se refere ao trabalho a ser exercido por mulheres, transcreve-se ementa da lavra do Relator José Carlos da Silva Arouca (TRT, 2001, j):

DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. REGIMENTO INTERNO. Não se admite nas relações de trabalho qualquer forma de discriminação, pois homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. As normas regimentais instituídas unilateralmente pelo empregador geram direitos que se inserem nos contratos de trabalho, ainda que subordinados a um evento ou a condição. Quando aflorado, deve o empregador a cumprir a obrigação assumida e se negada, a lesão a seu direito poderá ser submetida à apreciação da Justiça do Trabalho.

2.6 TUTELA DOS INSTITUTOS INTERNACIONAIS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Os direitos humanos são defendidos e tutelados pela maioria do ordenamento jurídico vigente na maioria dos países, e detém relevante importância para o tema ora em

estudo, a discriminação no trabalho, uma vez que chancela o repúdio globalizado a determinadas condutas, dentre elas, as condutas discriminatórias no ambiente de trabalho.

Mister se faz observar a Constituição Federal de 1988 a respeito das normas e convenções internacionais, onde prevê em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela inseridos não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou seja, os dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil mantenha acordo.

Assim, a Constituição de 1988 iguala no rol dos direitos protegidos aqueles enunciados nos tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário, o que nos leva a perceber que, evidentemente, os direitos humanos são um deles. A partir do momento da ratificação das normas internacionais pela Constituição, estas passam logicamente a integrar no ordenamento jurídico brasileiro com as demais postuladas CF/1988, e, por conseguinte, tornam-se obrigatórias.

Vale salientar que a edição da Emenda Constitucional n. 45, ao introduzir o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal – estabeleceu um critério formal-material para que um tratado internacional pudesse galgar o altiplano do ordenamento jurídico: primeiro exige que o substrato do documento internacional verse sobre direitos humanos; segundo que o Parlamento o aprove com o mesmo *quorum* de aprovação das emendas constitucionais.

O Direito do Trabalho foi contemplado com a proteção internacional dos tratados, como podemos verificar na evolução histórica destes instrumentos de proteção em favor da igualdade no trabalho, como veremos a seguir.

2.6.1 Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Primeiramente, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, constituída pelo Tratado de Versalhes, cujo principal objetivo é o de proteger as relações trabalhistas em escala mundial, de modo a consagrar os direitos dos trabalhadores e, mais especificamente, combatendo a discriminação no trabalho e promovendo a igualdade no emprego (SÜSSEKIND, 2000).

A criação da OIT teve em vista a promoção e harmonização dos direitos do trabalho por meio do estabelecimento e aplicação de normas internacionais do trabalho, evoluindo para incluir temas mais amplos de política social e direitos humanos e civis. Os meios de ação para alcançar estes objetivos são a elaboração de normas e a cooperação técnica.

Foram trazidos trechos de Declarações internacionais que reafirmam a atuação prática da OIT e seus delineamentos no intuito de alcançar a justiça social.

2.6.2 Declaração de Filadélfia (1944)

Esta teve o condão de ampliar significativamente a competência da OIT, ao complementá-la, como por exemplo, uma de suas proposições trata da igualdade de oportunidades, em que todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, onde estes têm o direito de perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual com liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades. É um aspecto que se verifica ao perceber a tendência de se primar pela não-diferenciação dos indivíduos, assegurando acesso aos bens materiais e imateriais(SÜSSEKIND, 2000).

2.6.3 Declaração Universal dos Direitos do Homem

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi instituída pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948 e que, de acordo com Sússekind (2000), foi considerada a fonte (como originadora da Norma) de máxima hierarquia no mundo do Direito e que, através dela, visou-se explicitar os direitos supra-estatais, inerentes ao ser humano, que devem ser usufruídos por todos independentemente de leis nacionais ou tratados internacionais ratificados.

Embora haja a influencia dos fatores econômicos, sociais, políticos e culturais inerentes a cada país, não se pode, a pretexto destes fatores, deixar de observar os direitos intrínsecos de qualquer ser humano, independentemente da localização deste Estado, independentemente também a qual sistema pertença, seja capitalista, socialista, ditatorial, entre outros.

São os que denominamos direitos supranacionais, ou seja, aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana, que transcende qualquer conceito restritivo de direitos. De

acordo com Trindade (2002, p. 191), a Declaração “*inaugurou o direito internacional dos direitos humanos*”.

Vale destacar, após essa adequação da Declaração num contexto social internacional, quatro artigos que se revelam mais importantes para o tema da igualdade e discriminação:

Art. I - Todos os homens nascem livres e iguais, em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. II – Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riquezas, nascimento, ou qualquer outra condição.

[...]

Art. VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[...]Art. XXIII – [...] 2 – Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho (SÜSSEKIND, 2000, p. 358).

Assim, como acima transcrito, fica constatado o repúdio, num documento internacional (o mais importante ao nosso entendimento), às distinções e discriminações, assegurando a proteção da lei a todos e afastando tratamentos desiguais.

Vale salientar que Araújo (1999) fez pertinente crítica à ausência da força coercitiva da Declaração para fazer valer seus pressupostos básicos, alertando que este é um problema que afeta também fóruns internacionais como da Organização das Nações Unidas. O autor postula ainda, que deve ser feita uma reforma ampla nos estatutos da própria ONU a fim de que haja efetiva aplicabilidade dos preceitos contidos em documentos de importância mundial, como no caso em tela, a Declaração e seus artigos.

2.6.4 A Convenção n. 100 da OIT

A Convenção nº 100 foi aprovada pela OIT, na 34ª Conferência Internacional do Trabalho e entrou em vigor no plano internacional no ano de 1953. Esta convenção foi ratificada pelo Brasil quatro anos depois, em 1957, e este documento trata da igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a feminina por trabalho de igual valor.

Ainda nos dias de hoje, perdura a importância e relevância deste assunto, cerne do nosso estudo, pois, embora uma Convenção de 1953 já alertasse para a igualdade salarial

entre os homens e mulheres, ainda hoje, cinquenta e nove anos depois, percebemos ainda esta diferença salarial não motivada por especificidade do cargo ou função, mas sim, unicamente pela discriminação de gênero, sobretudo no momento da contratação. Como podemos perceber na alínea “b” do art. 1º da Convenção n. 100 (SÜSSEKIND, 1998, p. 212) que: *“a expressão ‘igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a feminina por um trabalho de igual valor’, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.”*

Assim, para as relações trabalhistas, esta Convenção trouxe a determinação de que o trabalho feminino e masculino deve ser remunerado de forma igualitária, quando o desempenho em questão for sobre o trabalho de igual valor.

Também temos esta ideia explicitada no art. 461 na Consolidação das Leis do Trabalho (SAAD,2002, p. 303) que amplia a compreensão do conceito acima explicitado:

Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Pode-se mensurar o que se concebe um Trabalho de igual valor com a inteligência deste artigo acima transcrito, como também é o entendimento de Nascimento (2010), que prega que a falta de um só desses requisitos exigidos pela lei ordinária invalida a pretensão de equiparação salarial, pois, desnaturaliza o trabalho de igual valor. O autor afirma ainda que, quando a empresa tiver quadro de carreira, organizado com promoções alternadas por merecimento e antiguidade, prevalecerão as regras nele fixadas, caso em que a discriminação que pode, em tese, haver é nas promoções, igualmente submetida a controle judicial.

Assim, deve-se verificar que o objetivo maior desta Convenção foi alertar para o princípio da isonomia salarial entre homens e mulheres, sobretudo quando se tratar de mão de obra masculina e a feminina por trabalho de igual valor.

2.6.5 Convenção n. 111 da OIT

Como acima já explicitado a Convenção n 111 foi de fundamental importância, sendo até mais importante que a sua antecessora, a de nº 110.

Ela foi aprovada na 42ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizado em Genebra na Suíça no ano de 1958 e entrou em vigor no plano internacional em 1960. Quatro anos depois, por meio de Decreto Legislativo n. 104 em 15.06.1964, foi aprovada no Brasil.

Esta Convenção foi denominada a Convenção sobre a Discriminação, pois trata de forma mais veemente o aspecto da não discriminação em matéria de emprego e profissão. Podemos perceber no próprio art. 1º que já vem definindo o termo discriminação como sendo:

Art, 1º [...] Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão ou mesmo outra distinção, exclusão ou preferência fundada em outro motivo qualquer, com os efeitos mencionados.

Foi, portanto, dado um conceito vasto do que seria discriminação, bem como explicitou o que não a configura, como podemos tomar como exemplo as distinções, exclusões ou preferências com base nas qualificações específicas exigidas para um determinado emprego que não são consideradas como discriminação.

Como é o caso de um período em que uma emissora de TV contratou apenas atores negros, pois necessitava para uma tomada de filmagem apenas atores que possuíssem aquele tom de pele, uma vez que a produção artística versava sobre o período da escravidão, o que justifica a necessidade de se contratar atores especificamente negros.

Assim a distinção do que é ou não exigência de qualificação será dada no cerne da questão, na análise do caso e principalmente a ponderação do julgador, pois deve-se verificar se realmente ocorreu a existência do ato discriminatório.

Neste diapasão é que pudemos anteriormente auferir que a Convenção nº 111 possui um alcance mais vasto que o da Convenção anterior, a nº 100, posto que esta referir-se somente à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, enquanto aquela abrangeu um campo mais extenso na seara discriminatória, tanto de forma direta como indireta.

Tem este mesmo entendimento Gomes (2004, p. 653):

Da análise dessa ampla definição de discriminação no trabalho, infere-se que a Convenção considera tanto as formas de discriminação direta, quanto indireta, ao referir-se aos resultados objetivos de tais práticas: a violação expressa ao princípio da igualdade ou restrições a essa norma.

Como podemos verificar, a autora citada define que a há a discriminação direta no momento em que alguém é tratado de modo distinto a partir de um dos critérios arrolados pela Convenção; de outro lado, quando alguém é tratado com prejuízos ou restrições, ocorre a discriminação indireta.

A Convenção nº 111 traz em seus dispositivos (SÜSSEKIND, 1998) que os Estados que a tenham ratificado ficam comprometidos com a formulação e aplicação de uma política nacional cujo objetivo seja a igualdade de oportunidades e a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego e profissão, por meio da promulgação de leis e surgimento de programas de educação voltados para o tema, onde deverão ser revogadas todas as disposições legislativas e modificação das disposições ou práticas administrativas incompatíveis com os preceitos da mencionada Convenção, no que tange a não discriminação no trabalho, entre outras atribuições.

Portanto, pode-se afirmar que a Convenção n. 111 foi um marco divisor em matéria de legislação internacional antidiscriminatória, e que, por seu amplo conteúdo, conceitua o que de fato se configure o que seja e o que não seja discriminação, pois ela determinou políticas públicas a serem adotadas pelos países que a ratificarem.

Deve-se ressaltar a importância desta Convenção no tocante à discriminação feminina, pois se eliminou todas as formas de discriminação contra a mulher (SÜSSEKIND, 2000). A ONU a aprovou em 1974, prevendo a igualdade de direitos ao emprego assegurando tanto para os homens quanto para as mulheres, e advertindo, ainda, que as medidas a serem tomadas destinadas à proteção da maternidade não são consideradas discriminatórias.

Deve-se lembrar que a discriminação contra a mulher no cenário mundial é eminente, pois há até um programa desenvolvido pela OIT (GOMES, 2004, p. 648-649), que apresenta alguns dados alarmantes:

- [...] - 54% das mulheres em idade ativa no mercado de trabalho, comparado com o percentual superior a 80% de participação masculina;
- as mulheres constituem 70% do 1,3 bilhões de pobres do mundo;
- metade da força de trabalho mundial exerce ocupações estereotipadas pelo sexo, com as mulheres predominando naquelas com remunerações inferiores e menos protegidas;
- mais e mais mulheres estão entrando no mercado de trabalho, porém mais empregos não significam melhores empregos. Em países desenvolvidos, a maioria dos novos empregos são trabalhos de jornada parcial, enquanto nos países em desenvolvimento as mulheres participam principalmente do mercado informal e do trabalho doméstico. Em termos mundiais, mulheres ganham 20-30% menos que homens;

- as mulheres ocupam apenas 1% dos cargos de mais alta hierarquia;
- mulheres continuam a ter menos acesso que homens a investimentos para educação.

Assim, firmando-se nas estatísticas acima transcritas, evidencia-se uma exclusão contra a mulher no ambiente de trabalho, contrário ao que se prega quanto a igualdade de gênero, como se pode perceber a incidência em menor grau, de mulheres, para o exercício de cargos de alta hierarquia, ou em relação a remuneração ser menor em relação a dos homens, ou por ter uma maior participação, principalmente, no mercado informal, ou qualquer outro fator, o que faz com que haja a grande mobilização de organismos internacionais a fim de que possa minimizar e excluir as desigualdades existentes entre o trabalho desenvolvido por mulheres e por homens.

Portanto, verificar-se a violação do princípio da isonomia e o da igualdade entre homens e mulheres.

2.7 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Dentro do universo jurídico, muitas vezes se cria uma dúvida quando procura-se demonstrar diferença entre o princípio da isonomia e o da igualdade. Contudo, cumpre-nos verificar que aquele também é tido como o da igualdade, pois não apenas ordena que se dê tratamento igual aos equivalentes, mas também que se tratem desigualmente os desiguais.

Para se entender melhor esta equivalência acima mencionada, deve-se verificar primeiramente o que significa um princípio.

Princípio é a base em que se alicerça a Norma. É o vetor onde do específico parte-se para o todo, e onde se apóiam suas raízes, o Direito. O princípio dá, essencialmente, um norteamento para a interpretação das normas. De acordo com o conceito de Delgado (2004, p. 185): “*os princípios correspondem à noção de proposições ideais, fundamentais, construídas a partir de uma certa realidade e que direcionam a compreensão da realidade examinada.*”

Já Furtado (2010, p. 136) fala sobre os princípios, dando outro aspecto a estes:

Os princípios não são, necessariamente, assertivas verdadeiras ou falseadas, servindo, contudo, de esteio para verdades que mudam, no espaço e no tempo, daí

a razão pela qual retratam a realidade política de determinado momento, dentro também de determinado momento, dentro também de individualizada cultura.

Dentro deste universo, podemos afirmar ainda que o conceito de princípio é relativo, pois condiciona-se a fatores culturais e históricos, notadamente passíveis de mudanças no decorrer do tempo, e ainda, podendo ter aspectos diferenciados em sociedades diferentes.

Faz-se necessário ressaltar que não há uma diferença essencial que afaste os conceitos de Princípio da Isonomia e Princípio da Igualdade. Praticamente o que se pode observar é que nas leituras sobre estes temas, a maioria (senão unanimidade) dos doutrinadores utilizam os dois princípios para definir as mesmas situações, indistintamente.

Contudo, resta apenas diferenciá-los a título informativo.

Quando a lei diz tratar a todos igualmente, finca-se, nesta premissa, o Princípio da Igualdade, previsto pela Norma Maior, em seu art.5º, *caput*, preceituando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Assim, como os seres humanos contêm diferenças e encontra-se em situações desiguais, cabe à lei, para a consecução do objetivo, de tratá-los igualmente, de ter dispositivos diferenciados para pessoas distintas. É exatamente no que consiste o conceito, muito difundido no mundo jurídico, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Nesta linha de pensamento, pode-se aferir que o Princípio da Igualdade seria mais abrangente que o da Isonomia, pois este último permeia apenas o tratamento isonômico que se deve ser dispensado a todos pela lei, sem privilégios ou exclusões. Já o princípio da igualdade tem por seu cume os objetivos de qualquer Estado Democrático de Direito, posto que qualquer cidadão deve ter os mesmos direitos inerentes ao ser humano, ultrapassando os aspectos sociais, culturais, políticos ou econômicos, de forma que todos tenham acesso, igualmente, à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança. Desta forma, estaria sendo assegurado o Princípio da Igualdade.

2.7.1 Princípio da Isonomia

O estudo do princípio da isonomia é imprescindível ante às mutações que permeiam a ciência constitucional pautado nos novos anseios da sociedade mundial, sobretudo a brasileira no início do século XXI.

Pinto e Pamplona Filho (2000, p. 414) entendem que o “*princípio da Isonomia é o preceito jurídico estrutural que assegura a igualdade dos indivíduos perante o Direito*”. Assim, em geral, podemos dizer que este princípio presume tratar igualmente as pessoas em situações semelhantes e, desigualmente, aqueles que estejam em situações distintas.

É previsto no art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O objetivo da lei não é tornar iguais os cidadãos, mas sim de dar-lhes um tratamento isonômico, e que, só será realizado através das normas jurídicas, que devem elevar alguns à categoria de protegidos, com algumas prerrogativas. Assim podemos ter por exemplo a proteção desferida à maternidade, através da estabilidade provisória, a licença-gestante sem prejuízo do salário e do emprego da mulher, entre outros.

Neste caso, se a lei assim não dispusesse, a trabalhadora, no momento de gestação estaria fadada a despedida arbitrária e conseqüente discriminação no trabalho, apenas por se apresentar em estado gravídico. O mesmo entendimento deve ser aplicado à proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos, previsto no art. 7º, inc. XX da Constituição Federal. Portanto, neste, e em outros casos, não há ofensa ao Princípio da Isonomia, mas sim, uma afirmação deste, uma vez que, historicamente, a mulher vem sido vítima de diferenciação de tratamento no trabalho, o que a Lei Maior procurou coibir a distinção feita ao segmento feminino, protegendo-o.

Como a legislação não pode omitir-se há uma inserção necessária do Princípio da Isonomia, justa e coerente. O que não se pode admitir é que haja a distinção sem plausibilidade e sem justificativa.

Neste sentido, Furtado (2010, p. 138) aconselha acerca das situações que não feririam o princípio em tela, ao citar a seleção de pessoas para o emprego de modelo, cuja exigência específica seria que as candidatas fossem magérrimas, ato que não seria refutado pela norma jurídica. Complementou que:

[...] com tais raciocínios, compreende-se a flexibilidade do princípio da isonomia, flexibilidade que não implica, em absoluto, tolerância com injustiças, mas admissão de diferenças que são fundamentais em determinadas circunstâncias, e

que hão de ser adotadas, sem que se esteja a cometer uma ilegalidade ou ferida o mencionado princípio da igualdade.

Destaca tal autor acima citado a correta interpretação do princípio da isonomia ao tornar inaceitável a utilização da simples discriminação de sexo, sempre que o mesmo seja feito com o propósito de desnivelar materialmente o homem e a mulher; contudo há de se ponderar quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Consequentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição (arts. 7º, XVIII e XIX; 40, § 1º, 143, §§ 1º e 2º; 201, § 7º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.

2.7.2 Igualdade Formal e Igualdade Material

Neste momento, devemos fazer uma diferenciação entre igualdade formal e igualdade material.

A formal é também denominada de igualdade jurídica e encontra seu maior respaldo legal no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, onde prevê que todos são iguais perante a lei. É através da previsão legal que, em teoria, qualquer cidadão terá o mesmo tratamento jurídico, de que não haverá privilégios ou exclusões que tenham guarida em dispositivo legal.

A lei é luz para todos, sem distinção ou diferenças. Segundo Nascimento (2010), o Juiz foi o principal destinatário do Princípio da Igualdade Formal, posto que, ao ser o aplicador da lei, deve investir-se do espírito isonômico a fim de proteger o cidadão perante o Estado.

No tocante a igualdade material, esta, também conhecida como igualdade real, refere-se à igualdade de condições e oportunidades, pois de nada adianta haver a igualdade formal se na prática os cidadãos estão em patamares diferentes econômica e politicamente. Assim se faz necessário que haja uma consideração, mas considerar as diferenças factuais para só então aplicar a lei.

De acordo com o pensamento de Marques de Lima (2007), para que se consiga alcançar a igualdade real ou material, o tratamento jurídico deverá ser diferenciado entre os desiguais. Complementa Furtado (2010) este pensamento, quando diz que todos os indivíduos têm direito à igualdade de tratamento pela lei e igualdade de tratamento no

acesso aos bens da vida, está-se, no primeiro caso, adotando-se a igualdade formal, e no segundo, a isonomia material.

A questão da discriminação de gênero abrange as duas igualdades, por isso, para que haja a coibição da discriminação feminina se faz necessário a igualdade formal e igualdade material, previstas na Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher. A igualdade formal é obtida quando o princípio da igualdade é reconhecido na legislação nacional, sobretudo a constitucional, de forma que seja proibido qualquer tratamento discriminatório em relação ao gênero, em atenção ao feminino; que a mulher tenha meios de acesso judicial para garantir seus direitos; enquanto que para se obter a igualdade material, deve a mulher possuir condições políticas, sociais, econômicas e culturais para a efetivação dos direitos fundamentais; deve haver a interferência na realidade, no sentido de correção das desigualdades existentes (GOMES, 2004).

3 DISCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO A LUZ DA CF/88

A palavra discriminação foi uma expressão adotada nas principais e mais importantes constituições elaboradas a partir da segunda metade do século XX e se caracteriza como a manifestação de um ato de distinção desfavorável, tendo seu uso mais recente no Direito Internacional e no Direito constitucional de vários países.

A partir da Carta Magna de 1988 é que o Brasil consagrou o uso dessa expressão, em sentido atual, pois antes desse período era utilizada apenas para finalidades tributárias ou administrativas, como especificação ou separação.

A Constituição Federal de 1988 usa em vários artigos e disposições a expressão discriminação que merece destaque no art. 3º, IV:

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

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não bastasse tal aparição, a expressão discriminação também se destaca no art. 5º, XLI:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

(...)

Não menos importante é o art. 7º, XXXI, no rol dos direitos dos trabalhadores:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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

(...)

Como pode ser observado, o atual texto constitucional foi bastante inovador ao utilizar a palavra discriminação como um dos objetivos da República Federativa do Brasil e enunciar a proibição da discriminação em diversos aspectos.

Conforme Firmino Alves Lima:

O texto atual dá a necessária importância conferida pelo Direito internacional ao combate da discriminação em diversos setores da vida humana, ao alinhar as relações internacionais do Brasil com a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II). Assim, procurou estar em sintonia com as declarações e tratados internacionais contra a discriminação que o Brasil ratificou antes da promulgação da Carta. (LIMA, 2011, p. 21)

Em relação à legislação infraconstitucional a Consolidação das Leis do Trabalho, através da Lei nº 9.799/99, em seu art. 373-A, parágrafo único, incluiu ao texto consolidado a palavra discriminação, em sentido de tratamento diferenciado, a saber:

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único – O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre

homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Em 13 de abril de 1995 foi sancionada uma das mais importantes normas legais que trata da discriminação no trabalho no Brasil, a Lei nº 9.029, que adotou expressamente a existência de prática discriminatória e ato discriminatório pelos empregadores, apresentando sanções trabalhistas, administrativas e até mesmo penais, em caso de prática dos tipos penais ali estabelecidos.

Logo em seu artigo 1º ressalta:

Art. 1º - Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Em seu artigo 2º especifica como crime as práticas discriminatórias, bem como aponta os sujeitos ativos desse crime, além de determinar a pena aplicável para quem comete tal ato, conforme descrito:

Art. 2º - Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No plano dos tratados internacionais, tem-se como o primeiro tratado em que consta a palavra discriminação a Convenção nº 111 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, o qual foi ratificado pelo Brasil, descreve em seu art. 1º:

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

Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito

destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

É importante ressaltar que essas foram as principais manifestações do Direito positivo pátrio que mencionam a palavra discriminação e somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a palavra discriminação consolidou-se no cenário jurídico nacional com o sentido de tratamento diferenciado.

3.1 OS SUJEITOS DA DISCRIMINAÇÃO

A discriminação utiliza de sua forma ou a metodologia para estabelecer uma desigualdade, uma diferença. Ela vai de encontro ao complexo fundamento normativo de tratamento igual entre os seres humanos, a qual, muitas vezes é vista como expressão da própria justiça.

O componente importante a ser extraído para uma definição de discriminação é a existência de um comportamento que tenha como resultado o trato desigual de pessoas ou grupo de pessoas. Firmino Alves Lima, afirma que:

Para ser concretizada uma afirmação de igualdade ou de discriminação, é necessária a existência de uma relação comparativa. Esta pode ser realizada entre uma pessoa e outra, entre uma pessoa e um grupo ou mesmo entre um grupo e uma pessoa. Portanto, para que haja a caracterização diferenciadora, necessária será a existência de um modelo sobre o qual possa ser estabelecida uma relação comparativa. (LIMA, 2011, p. 26)

Então, para que se possa afirmar a ocorrência de um ato discriminatório é imprescindível ter o cuidado de demonstrar a ocorrência da diferenciação de tratamento em relação a alguém ou a um grupo de pessoas. A falta desse cuidado na demonstração do ato discriminatório importa em reconhecer que a consideração de discriminação fica completamente afastada.

Cabe ressaltar que a quebra da igualdade, por si só, não significa exatamente uma prática discriminatória. Um grande grupo de tratamentos diferenciados pode ser permitido e aceito juridicamente pelo Direito.

Portanto, para que seja realizada uma avaliação minuciosa e concreta da ocorrência de um tratamento desigual ou não, deverá existir o elemento a ser comparado junto a norma e ao fato.

Um ato discriminatório viola, essencialmente, um dos principais sustentáculos da democracia representativa, o princípio da igualdade. Se a proibição da discriminação atinge o ápice do rol de direitos fundamentais para qualquer ser humano, não seria de forma diferente sua destacada importância dentro do Direito do Trabalho.

A clássica doutrina aponta que, necessariamente, existem três sujeitos que integram uma relação discriminatória, que são o agente discriminador, uma vítima da discriminação e um terceiro, conhecido como elemento de comparação.

Por **agente discriminador**, entende-se ser o autor, direto ou indireto do ato discriminatório, não sendo necessária a existência de apenas um agente, mas sim, poderá ocorrer uma atitude discriminatória por ação de mais de um agente, como por exemplo, o trabalho terceirizado.

Diante desse enfoque a identificação do agente discriminador se torna bastante ampla, segundo Firmino Alves Lima, determina como sendo:

- a) o empregador, tomador ou contratante de serviços;
- b) aquele que age em nome do empregador, podendo ser seu preposto, contratado ou indicado por este para desempenhar determinada atividade que seja de interesse da empresa;
- c) o terceiro que, apesar de não integrar direta ou indiretamente a relação, nem integrar o quadro de pessoas contratadas pelo empregador ou tomador de serviços, por causa dessa relação interage com a vítima, promovendo práticas discriminatórias contra ela. (LIMA, 2011, p. 79)

Esta diversificação é necessária e fundamental para afastar uma visão mais antiga de ver as coisas, onde somente o empregador poderia ser um agente de um ato discriminatório.

A **vítima da prática discriminatória** é toda aquela pessoa que sofreu determinada prática discriminatória, ou seja, enfrentou um tratamento prejudicial diferenciado, ou foi privada de um em função da relação de trabalho. A determinação da vítima está mais ligada à natureza da relação de trabalho prestada do que da condição do agente discriminador.

Pode ser tanto uma pessoa, como um grupo de pessoas, ou seja, pode ser tanto um trabalhador como um grupo de trabalhadores que, foram submetidos a mesma situação, e que poderão ser expostos de forma efetiva ou potencialmente há uma situação de diferenciação de tratamento.

Para Firmino Alves Lima, a vítima de discriminação pode ser considerada como:

- a) seja empregado ou prestador de serviços do agente discriminador;
- b) em função da sua relação de trabalho, mantenha contato com determinado agente discriminador;

- c) que possua relacionamento com outra pessoa detentora de características as quais tragam para ela um tratamento diferenciado ocasionado por tal condição. (LIMA, 2011, p. 81)

Diante do exposto, é possível observar que a vítima de uma prática discriminatória no ambiente de trabalho não esteja limitada ao empregado ou prestador de serviço, ou seja, qualquer trabalhador que tenha determinado relacionamento com um agente discriminador, por força de uma relação de trabalho, pode se tornar uma vítima. Nessa situação, é possível vislumbrar trabalhadores com ou sem vínculo empregatício, avulsos, prestadores de serviços autônomos, temporários e terceirizados.

A vítima de discriminação pode ser também um trabalhador que esteja dentro ou fora do ambiente laboral, ou ainda que não seja detentor de determinada característica social ou pessoal, ou mesmo alguém que de forma indireta, devido a um relacionamento que tenha com determinada pessoa que possua determinada característica, recaia sobre ela o efeito discriminatório por proximidade ou afinidade. Por exemplo, uma empregada doméstica cujo cônjuge ou filho tenha sido detido ou condenado criminalmente e a partir dessa informação o empregador poderá promover represálias ou até mesmo a dispensa da empregada.

Em relação ao **modelo de comparação**, trata-se de um sujeito necessário dentro da relação discriminatória. Como já tratado anteriormente, sendo a discriminação um ato diferenciador, sua caracterização também depende de um ato comparativo, já que a obrigação é o dever do trato igual.

Um problema crucial que pode se apresentar para essa questão é a inexistência de um modelo de comparação. Nesse caso, com a inexistência de pessoas que de fato apresentem as características necessárias para figurar como modelo de comparação, pode-se utilizar do cidadão médio como parâmetro de avaliação.

As consequências da prática de um ato discriminatório são desumanas e injustas, causando graves danos e retirando da vítima certas possibilidades e certos direitos que poderiam ser usufruídos livremente, caso não ocorresse o ato discriminatório.

A palavra *discriminação* expressa a prática de um ato de distinguir com uma finalidade prejudicial à vítima e por isso possui um significado negativo, cujos efeitos desse ato são extremamente diversificados e apresenta como consequência um fato que posiciona a pessoa, ou o grupo, em situação de desvantagem em comparação com o modelo adotado.

Diante disso é fácil perceber que toda atitude discriminatória causará um prejuízo à vítima tanto de ordem material como psicológica.

3.2 DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Desde a Convenção de Versalhes até a Consolidação da Declaração dos Direitos Fundamentais do Trabalho de 1988 é demonstrada a preocupação, bem como o reconhecimento da OIT – Organização Internacional do Trabalho, com a importante relevância a ser dada a igualdade de tratamento e de oportunidades no trabalho.

A proibição da discriminação está ligada ao princípio maior do Direito do Trabalho que é o da proteção do empregado, como forma de compensar sua inferioridade e dependência em relação ao empregador ou contratante de serviços.

A proibição da discriminação deve ser observada por todo e qualquer componente de uma relação de trabalho, pois tal proibição gera reflexos importantes e marcantes, impondo sua aplicação efetiva em qualquer situação laboral. Essa proibição atinge também as normas coletivas, uma vez que a autonomia coletiva privada não poderá sobrepor-se a uma obrigação geral de trato igual.

A importância do combate à discriminação nas relações de trabalho demanda não somente princípios de ordem material como também de ordem processual. As dificuldades da prova para os casos de discriminação são evidentes. Nesse caso é a capacidade de produzir prova que é lavada em conta e, no caso da discriminação, o empregador ou contratante de serviços saem na frente, uma vez que estes possuem todos os documentos, dados, recursos pessoais para investigar fatos, etc. Ou seja, as condições de realização da prova por parte do empregador ou contratante de serviços são infinitamente superiores às condições do empregado ou ex-empregado.

As situações discriminatórias nas relações de emprego se distinguem pelo momento contratual que ocorrem e diante desse critério têm características distintas.

3.2.1 Discriminação Pré-contratual

É bastante comum a ocorrência desse tipo de discriminação e apesar disso, contar com extremas dificuldades de demonstração e complexas situações de prova, pois nesse

momento ainda não há qualquer relação jurídica constituída entre a empresa e o trabalhador.

As formas de discriminação são as mais variadas possíveis, e podem ter início nos próprios anúncios de empregos. Um bom exemplo da discriminação nessa situação são os anúncios em que consta “necessária boa aparência”. O que seria “boa aparência” é, efetivamente um requisito amplo e ilimitado, gerando possibilidades para discriminações de várias espécies.

A discriminação pré-contratual é muito ampla nos dias atuais, eis que tal fase pode ser estendida por longos períodos, inclusive nos períodos dos testes seletivos, treinamentos e visitas as unidades de trabalho, viagens e outros procedimentos durante os quais, ainda que não haja uma relação de trabalho, existe uma grande possibilidade de práticas discriminatórias.

Além disso, no fim de todos os procedimentos preparatórios, a recusa a determinado candidato normalmente não é divulgada de forma clara, muitas vezes a comunicação da decisão lhe chega sem qualquer informação mais detalhada da fundamentação da escolha e muitas vezes não há se quer a consideração de informar ao candidato a decisão tomada, ficando a cargo desse a busca pela informação.

Há também o comum fenômeno das “listas sujas”, situação corriqueira em que os empregadores por medo de ter em seu quadro funcional de empregados que já tenham desencadeado algum processo trabalhista, contratam profissionais especializados em fazer esse levantamento, ou melhor, essa pesquisa junto as justiça trabalhistas, sendo esta uma prática grave de discriminação.

E embora existam muitas formas de discriminação na fase pré-contratual, infelizmente, quase nada é tratado no Brasil em termos legislativos.

3.2.2 Discriminação Durante o Contrato

Ao ser desenvolvida uma relação de trabalho, há uma série de decisões que devem ser tomadas pelo empregador junto aos seus empregados ou trabalhadores subordinados. Como por exemplo, decisões a cerca de promoção, redução de custos com corte de

funcionários, transferências, questões disciplinares, treinamento, designação de funções, ocorrências internas, etc, e que podem dar margem a atitudes discriminatórias.

Algumas atitudes chegam a ser mais severas como as que configurem assédio moral vertical, punições como rebaixamentos de função ou situações em que o empregado é deixado de lado, ou seja, é considerado como um trabalhador sem importância funcional e por isso passa a ser ignorado diante dos demais colegas.

Além disso, podem ocorrer situações em que o empregador conceda benefícios a alguns trabalhadores e a outros não, ou até mesmo que haja a ocorrência da distribuição desproporcional de cargas de ônus, podendo essas ser admitidas como atitudes discriminatórias se não ficar demonstrada pelo empregador ou tomador de serviços a real necessidade de tais medidas.

Diante da gama excessiva de possibilidades de atos discriminatórios durante a fase contratual, não há nenhuma dificuldade em reconhecê-la.

3.2.3 Discriminação Pós-contratual

São atitudes perversas praticadas por ex-empregadores ou ex-tomadores de serviços, realizadas após o término do contrato de trabalho.

A mais comum delas é a prática de prestar informações desabonadoras a outros possíveis empregadores sobre determinado ex-empregado ou ex-prestador de serviço e embora seja bastante comum a ocorrência desse tipo de situação é de quase impossível constatação. Em mercados de trabalho competitivos, uma informação negativa sobre um ex-empregado pode ter efeito negativo e definitivo em determinada atividade ou localidade, cerceando-lhe a possibilidade de obter novo emprego.

O fato de ser extremamente difícil ou até mesmo impossível a comprovação dessa atitude discriminatória acaba prejudicando demasiadamente a vítima para demonstrar em juízo um nexo de causalidade entre a informação negativa a seu respeito e a sua rejeição em determinado emprego a que se candidatou.

3.3 A INSERSÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

A história nos esclarece que a luta da mulher para se inserir no mercado de trabalho de forma igualitária para com o homem foi longa, de forma lenta e com muita represália, onde até os dias atuais ainda encontra-se seguimentos onde esta discriminação ainda persiste.

Veremos os fatos históricos que fomentam este pensamento.

3.3.1 Pressupostos Históricos

De acordo com Sena (2007), o trabalho desempenhado pela mulher esteve presente desde a época mais remota da sociedade humana, e que, por longos anos a mesma não laborou no setor produtivo. Nas Eras da Antiguidade e na Idade Média, a mulher era relegada à situação de inferioridade nos aspectos econômico, social e político. A elas cabiam, apenas, os afazeres domésticos, como cuidar da casa, dos filhos, do marido, na costura, na limpeza da casa, ou lavando e passando as roupas, o que, devido apenas ao exercício destas atividades, eram marginalizadas, ficando de fora da efetiva participação nas decisões do seu grupo social. Figuravam como donas-de-casa, que “nada” faziam.

Esse tratamento de segregação ao trabalho exterior feminino perdurou até a Revolução Industrial, momento o qual em que não só foi aceita como também foi incentivada a sua inserção nas fábricas.

Contudo, vários motivos fomentaram esta abertura ao trabalho feminino, nem todos tão nobres, pois são alguns: a simplificação de tarefas, a redução do esforço muscular dado o desenvolvimento da maquinaria, a necessidade de vultosa quantidade de trabalhadores para atender à demanda das indústrias e, sobretudo, os salários menores pagos às mulheres.

Diante desta nova situação imposta pelo crescimento industrial, os homens foram preteridos, na admissão no trabalho, em razão, primordialmente, dos salários reduzidos pagos às trabalhadoras e a elas foram destinadas as mesmas exigências feitas aos homens.

Acerca do trabalho feminino durante a revolução industrial, analisa Nascimento A.b (2010, p. 223):

Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão-de-obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava

essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações [...]

Em meados do século XIX, após época de total omissão do Estado que permitiu a exacerbada exploração do trabalho, este começou a tomar algumas medidas de proteção à mulher, atitude de alguns Governantes gerada para impedir o desemprego masculino, em muitos casos, e tendo em vista que a proteção deveria vir para os trabalhadores em geral, e não direcionado especificamente ao trabalho da mulher, pois esta estava representando, naquele momento uma forte concorrência para com o trabalho masculino.

As jornadas de trabalho eram extenuantes não só para as mulheres, para os homens também, o que foi necessário o Estado intervir para proteger todos os obreiros, independente do sexo, e ao tomarem medidas protetoras do trabalho da mulher, acabou por discriminá-la, restringindo o seu acesso ao trabalho. Sobre esta legislação protetora

Neste sentido, Cesarino Júnior e Cardone (2008, p.344) fazem seu comentário:

Houve, assim, um interesse “coletivo” (masculino) em criar, uma legislação ‘protetora’ do trabalho da mulher fora do lar. Para o trabalho doméstico não estavam voltadas as atenções, porque ele não criava concorrência com o mundo profissional masculino. Tampouco se cogitou, em momento algum, de dividir a carga doméstica entre os sexos, para aliviar a mulher. O que ocorria é que esta, tão explorada como os homens por longas jornadas de trabalho, a isto ainda se acrescentava o serviço doméstico. A atitude natural dos homens teria sido dividir com elas essa tarefa, como elas estavam dividindo com eles o sustento da casa. Mas eles preferiram manter a situação de supercarga para a mulher, esta, sim, discriminatória, pois uma mulher extenuada era sempre alvo de compaixão.

Historicamente, (SENA, 2007) em 1842 surgiu na Inglaterra a primeira lei de proteção à mulher, que tratava da proibição, para elas, do trabalho em subterrâneos. Logo após, em 1844, a jornada foi estabelecida em dez horas e meia e o trabalho noturno proibido. Já o trabalho insalubre e perigoso foi vedado em 1978. Assim podemos perceber que houve uma gradativa proibição do trabalho a ser realizado pela mulher.

Mas apenas depois do Tratado de Versalles, em 1919, quando houve a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi que, através dela, ao trabalho feminino foi concedida a proteção internacional, estabelecendo assim o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres. Conseqüentemente, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada em 1948, houve a inserção, nos seus artigos, da repulsa às discriminações por conta do gênero.

Assim, por meio da criação da OIT e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, houve o início de um processo legítimo de proteção aos direitos da mulher,

enquanto trabalhadora, ao introduzir o princípio de igualdade de salário entre homens e mulheres e negando a discriminação em razão do sexo.

Neste diapasão, com respeito à proteção internacional ao trabalho feminino, tem-se a Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (SENA, 2007), ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 89.460, de 20.03.1984. Esta convenção já reconhecia que para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher era necessário modificar o papel tradicional de ambos.

3.3.2 Trabalho Feminino no mercado Brasileiro

No Brasil, o trabalho feminino também sofreu uma evolução acompanhada pela edição de nossas Constituições Federais, de forma gradativa, até assimilar os institutos internacionais de proteção ao trabalho da mulher. Vejamos a seguir esta conjectura.

3.3.2.1 A Constituição Federal de 1988 e o Trabalho da Mulher

Nossas Constituições Federais (SENA, 2007), em relação ao trabalho da mulher, adicionaram aos seus dispositivos, comandos que se apresentavam ora protetores, ora discriminadores. As normas Constitucionais versavam sobre a proibição de discriminação quanto ao salário por motivo de sexo; vedava o trabalho em locais insalubres e garantia a repouso antes e depois do parto, sem que houvesse o prejuízo do salário e havendo, sobretudo, a garantia ao emprego; desenvolveu a instituição de previdência em prol da maternidade, e a proibição de diferença salarial por motivo de sexo, tendo, inclusive quanto ao critério de admissão, vedação expressa do trabalho em indústrias insalubres.

A Constituição Federal de 1988 consignou mais artigos no tocante ao trabalho feminino, como também em relação à mulher em si. Podemos exemplificar a título inicial, o que prescreve o *caput* do art. 5º, concernente ao Princípio da Igualdade, acima comentado, onde todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

De forma mais enfática, quanto ao homem e a mulher, segue-se o inciso I do artigo citado, em que ambos, homens e mulheres, são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Neste momento, referenciamos o art. 3º, inciso IV, que estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos,

sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, restando inequívoca a manifestação do legislador constituinte originário em refutar quaisquer discriminações. Este artigo trata dos princípios fundamentais, diretrizes que o texto constitucional seguiu.

O art. 7^a relaciona os Direitos Sociais generalizados dos trabalhadores. Mas neste mesmo dispositivo, verifica-se alguns específicos das trabalhadoras:

a) a licença-gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7^o, inciso XVIII);

b) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7^o, inciso XX);

c) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7^o, inciso XXX).

Estas Normas constitucionais abordaram a proibição da discriminação em razão do gênero, assim como dispuseram acerca do labor feminino e sua proteção. Não se observa, entretanto, quaisquer restrição ao trabalho feminino em locais insalubres, perigosos, com jornada extraordinária ou no período noturno, como faziam outras Constituições e leis infraconstitucionais, fomentada pela era industrial em que houve abstenção estatal e exploração do trabalho feminino, além do que à medida que as mulheres trabalhavam mais e por menores salários, desempregavam os homens. Portanto, leis foram criadas impondo limites à jornada e ao tipo de trabalho a ser executado pelas mulheres.

Deve-se ter em conta que muitas vezes algumas limitações apresentam mais um caráter discriminatório do que necessariamente protetor, uma vez que ao invés de amparar a mulher, apenas dificulta o seu acesso ao mercado de trabalho.

É neste pensamento que pousa a tese defendida por SENA (2007, p. 587), quando afirma que:

O excesso de restrições à contratação de mão-de-obra feminina começa a emergir como elemento de discriminação, eventual inibidor da plena afirmação da mulher na sociedade democrática moderna. O que fora proteção ganha, portanto, décadas após, certo sabor de discriminação.

3.3.2.2 Parte da CLT Revogada por Conteúdo Discriminatório

A doutrina polemizou quando conjecturas foram levantadas acerca de se entender o objetivo da norma Constitucional, por conta do art. 5º e seu inciso I, que asseveram que todos são iguais perante a lei e que homens e mulheres têm os mesmos direitos e obrigações, revogavam os artigos constantes na CLT, no Capítulo III, referente à proteção do trabalho da mulher, que dispunham uma situação diferenciada para a trabalhadora.

Foi necessário a edição da Lei n. 7.855, de 24.10.1989 (CESARINO JÚNIOR; CARDONE, 2008), para que a celeuma fora resolvida, pois revogou expressamente os artigos 374, 375, 378, 379, 380 e 387 da CLT, que tratavam de:

- Art. 374 - Tratava da autorização do sistema de compensação de horas trabalhadas.
- Arts. 375 e 378 - Exigência de atestado médico para que a mulher pudesse fazer horas-extras e anotações destes atestados em suas Carteiras de Trabalho.
- Art. 379 - Proibição do trabalho noturno em indústrias, salvo exceções.
- Art. 380 - Exigência de atestado de bons antecedentes e de capacidade física e mental para o trabalho à noite.
- Art. 387 – Proibição do trabalho feminino em subterrâneos, minerações, pedreiras e obras de construção, além de atividades perigosas e insalubres.

Foi revogado ainda, o art. 446 (NASCIMENTO, 2010, p. 225), que previa que, em se tratando de mulher casada, presumir-se-ia a autorização do marido para o trabalho e a ele era assegurada a faculdade de pleitear a rescisão do seu contrato de trabalho, se suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família ou perigo manifesto às suas condições peculiares.

Nascimento (2010) comentou esta revogação:

Essa restrição não mais existe, porque a Lei n. 7.855, de 25.10.1989, art. 13, revogou o art. 446 da CLT. Como consequência, a mulher casada está autorizada a obter trabalho, não só presumida, mas efetivamente. Aliás, desde o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 1962), esta passou a ser considerada plenamente capaz e não mais relativamente incapaz, como injustificadamente ocorria.

Através do advento da Lei 7.855/89, a mulher não precisou mais presumir de autorização do marido para laborar, ou autorização para compensação de jornadas, como também de atestado médico para efetuar jornadas extraordinárias, bem como de bons antecedentes e de capacidade física e mental para o trabalho noturno, tendo conquistado a possibilidade de trabalhar em locais subterrâneos como mineiras, pedreira e obras de

construção civil, que antes eram para elas consideradas atividades perigosas e insalubres, de forma que esta “libertação” não constituía uma exceção a regra.

Muitos alardearam como sendo uma grande vitória contra a discriminação no acesso ao trabalho, posto que todas aquelas restrições, até então contidas no Capítulo protetor do trabalho feminino na CLT, o que realmente se apurava era um resultado de não proteção, mas de dificuldade para a sua contratação, indo de encontro ao Princípio Isonômico contido na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que os mencionados artigos apenas demonstravam uma capacidade relativa da mulher, consonante com um contexto histórico ultrapassado.

Já o que dispunha no art. 376 da CLT (GUNTHER; ZORNING, 2002), que versava sobre a jornada extraordinária da mulher apenas quando fosse motivado por força maior, foi revogado pela Lei n.10.244, de 27.06.2001.

Contudo, outros artigos no Capítulo acima mencionado não foram expressamente revogados pelas Leis 7.855/89 e 10.244/01, sendo que alguns ainda estão vigorando e, os quais analisaremos a seguir, enquanto o art. 384 da CLT, há quem entenda que, tão somente pela promulgação da Constituição de 1988, deixou de ser eficaz, mas sua revogação pela Constituição Federal de 1988 é bastante questionada.

3.3.2.3 Análise do Artigo 384 da CLT de Caráter Discriminatório

Para que possamos analisar o texto do artigo acima citado, devemos entender o espírito da lei, onde, para tanto, o citaremos literalmente:

Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

Sob a ótica do Princípio da Isonomia, percebe-se que não existe coerência jurídica para se conceder às mulheres um intervalo de 15 minutos e não o mesmo ser ofertado aos homens, por inexistir, neste caso, motivo plausível que o justifique, pois se justifica-se tal intervalo, e o é, a fim de que haja descanso ao término de uma jornada normal e o início de uma extraordinária, então que ambos os sexos sejam contemplados de tal concessão, posto que têm, homens e mulheres, os mesmos direitos e obrigações. Além do que, ao coroar as trabalhadoras com tal privilégio, ostenta-se, aos olhos astutos dos empregadores,

maior proveito tirar do trabalho dos homens, já que não “perderão” 15 minutos de trabalho para descansar. Gunther e Zornig (2002, p. 51) reforçam que:

O artigo 384 da CLT tem escopo conscientizar o empregador na concessão de intervalo ao trabalhador, antes de adentrar em jornadas extraordinárias, de molde a recuperar suas forças laborais, mormente naquelas que exigem maior desempenho físico, prevenindo desgastes maiores. Na verdade, a norma deveria ser aplicada indistintamente, com vistas ao bem estar físico e psíquico do empregado, sem exigir-lhe trabalho contínuo além de suas forças, o que, em ocorrendo, pode implicar maior ocorrência de acidentes de trabalho, menor desempenho e produtividade.

Em relação ao entendimento de ofensa contido no revogado art. 384 da CLT para com a Norma constitucional, é importante citar decisão da 4ª Turma do TRT da 9ª Região de lavra do Juiz Dirceu Pinto Júnior (apud GUNTHER; ZORNING, 2002, p. 53):

Quanto a não concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT, entendo que, por não importar em acréscimo de jornada, configura mera infração administrativa. Além do mais, o dispositivo trata de proteção do trabalho da mulher, o qual se encontra revogado em face das disposições constitucionais que asseguram igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher. A meu juízo, impossível a manutenção de qualquer norma de proteção, salvo aquelas que se referem a condições especiais da condição da mulher, como a maternidade e o deslocamento de peso. Ante o exposto, reformo o julgado para excluir da condenação ao pagamento de 15 minutos extraordinários e reflexos baseados no artigo 384 da CLT.

Vale salientar que alguns doutrinadores ainda entendem o contrário, pautados em justificativas fisiológicas, apontadas por biólogos e fisiologistas, que tentam provar a menor resistência feminina a jornadas extenuantes e, por meio destes pensamentos sexistas, considerar perfeitamente aplicável o art. 384 da CLT, bem como não o considerar ofensivo ao princípio constitucional da igualdade, o que gera o entendimento de que o descumprimento do dispositivo celetista acarretará no pagamento, como hora extra, do intervalo de 15 minutos suprimido.

Este não é nosso entendimento, posto que consideramos ser eivado de desinformação e equívoco, onde pensar que a mulher teria menor resistência do que os homens quando submetidas a jornadas extraordinárias, é esquecer que de forma contraditórias as mulheres sempre tentaram provar que sempre exerceram jornadas sem um limite definido, seja quando exerciam a função exclusiva de dona-de-casa com jornada praticamente ininterrupta, ou seja laborando fora do seu domicílio, onde acumula trabalho fora de casa, em casa e administrando o lar, a famosa jornada tripla.

Em nível social, deveria ser questionado era a divisão de tarefas domésticas, principalmente no tocante a educação e assistência aos filhos, sendo este um dos motivos de extenuação e sobrecarga do trabalho da mulher, que passou a ter também função de mantenedora do lar e continuou com os encargos familiares.

Relevante seria a disposição do direito de descanso a todos os trabalhadores, pois traria isto sim, a igualdade de oportunidades de emprego para os obreiros em geral, uma vez que o descanso seria ofertado a qualquer um indistintamente. Caso seja concedido em exclusividade às mulheres, será uma regra que fomentará a preterição na admissão das mesmas, manchando a norma comentada a égide da discriminação.

Contudo, há também outro entendimento, que é defesa da interpretação ampliativa do art. 384 da CLT, estendendo também ao homem o intervalo de 15 minutos entre o fim da jornada normal e o início do trabalho extraordinário. Existe Jurisprudência legitimando esta tese (apud GUNTHER; ZORNING, 2002, p. 55):

Trabalho da Mulher. O artigo 384, da CLT, dispondo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa a ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. (TRT-PR-RO 2.659/01. Rel. Juiz Roberto Dala Barba. A.C. 29.654/01. DJ/PR 19.10.01).

Mas o que realmente percebe-se é que este e outros dispositivos que restrinjam o acesso ao trabalho pela classe trabalhadora feminina deverão ser considerados inconstitucionais, uma vez que agridem o pleno exercício de igualdade de condições previsto na Constituição Federal de 1988, fora que, submete a mulher a uma situação de inferioridade, alegando-se justificativas científicas e fisiológicas como se fizera outrora para excluí-la do trabalho noturno, insalubre ou perigoso.

Utilizando-se analogicamente, se a lei revogou estas proibições (trabalho noturno, insalubre ou perigoso), entendemos que se deve, de forma extensiva, interpretar que a lei também atacou à necessidade para descanso entre jornadas normal e extraordinária. Deste modo, ratifica-se que para qualquer trabalhador seria vantajoso uma pausa entre os expedientes referidos, por motivos e questões a ambos inerentes, e que realmente se estenda a todos para não tolher mais uma vez os direitos de igualdade entre os sexos.

3.3.2.4 *Artigos específicos da CLT em relação à mulher sem teor discriminatório*

Diferentemente do dito encontra-se relativo aos artigos que têm real escopo de proteção, ou protegendo a compleição física feminina ou protegendo a maternidade, tutelando a perpetuação da espécie. Verifica-se que estes artigos não ferem o princípio isonômico.

Segundo Saad (2002) a proteção dispensada pela CLT à mulher não é inconciliável com o princípio da igualdade previsto no art. 5º da Constituição porque se ocupa dos aspectos do trabalho feminino que dizem respeito a necessidades que obviamente o homem não tem.

A Lei n. 9.799/99 alterou o art. 373-A (SAAD, 2002), sendo que tem relevância para com a eliminação de atitudes discriminatórias contra a mulher. Tal artigo trata, dentre outras coisas, da publicação de anúncio de emprego que faça referência ao sexo, salvo quando a atividade o exigir; da recusa de emprego, promoção ou dispensa do trabalho em razão do sexo, salvo quando a natureza da atividade for incompatível; estabeleça a proibição de considerar o sexo como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; como também veda a exigência de atestado ou exame de qualquer natureza para fins de comprovação de esterilidade ou gravidez; e proíbe revistas íntimas nas empregadas.

Contudo, deve-se ter cautela ao aferir as situações que tornam e agregam exceções a algumas regras, como, por exemplo, o citado art. 373-A, inciso I, em que é vedado publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual faça referência ao sexo, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente assim o exigir. A lição de Saad (2002, p. 237) ensina que:

As situações que excepcionam o inciso I do artigo em tela são tão numerosas que sugerem um critério, pela via regulamentar, capaz de identificar a atividade profissional compatível, ou não, com o regramento do dispositivo sob exame.

Caso a natureza da atividade laboral a ser exercida prescindida que seja feita por um homem e não por uma mulher, ou vice e versa, obrigatoriamente deve-se ser feita a justificativa do motivo de forma pública e notória, a fim de que não se acoberte mais uma atitude preconceituosa contra a mulher, e a isonomia seja em fim preservada.

É imprescindível que se pondere que o 373-A menciona outras situações discriminatórias, contudo, citou-se, apenas, o que tem pertinência com o objeto deste trabalho, no que pese a discriminação em razão do sexo.

Concernente ao art. 389 da CLT, e quanto às obrigações da empresa, destacamos o § 1º que dispõem que os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 mulheres acima de 16 anos, terão local apropriado para guardar sob vigilância e assistência seus filhos no período de amamentação. Já o § 2º afirma que esta exigência poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios. Assegurada, portanto, a possibilidade da mulher trabalhar, mantendo seus filhos em segurança. Infelizmente, muitas vezes, esta previsão legal é inobservada pelos estabelecimentos empregadores, apesar de decisão jurisprudencial legitimar o artigo 389, & 2º (TRT, 1994, g):

Trabalho da mulher. Maternidade. Creche - o empregador poderá optar em possuir creche própria ou em propiciar o benefício através de convenio com entidades publicas ou particulares (art. 389, §§ 1 e 2, clt). O vocábulo "própria" utilizado em norma coletiva não se insinua em sede de "propriedade", posto que tem sentido equivoco e não unívoco. Entendimento diverso, mal fere o principio da razoabilidade e, afronta a própria lei.

Os demais incisos do art. 389 são normas de higiene e estrutura físico-básicos, comuns, em sua maioria, a homens e mulheres e exigíveis por ambos.

Já a limitação no carregamento de peso, disposto no artigo 390 da CLT, vedando-se que a mulher exerça força muscular superior a 20 quilos num trabalho contínuo e superior a 25 quilos em trabalho não contínuo, objetiva o não comprometimento da estrutura física feminina, uma vez que a completude de seu esforço muscular só suportaria a quantidade definida no artigo. Entende Cesarino Júnior e Cardone (2008), que o referido artigo fundamenta-se na diferença da massa muscular entre homens e mulheres, e não pode o artigo ser considerado tangido pela isonomia constitucional, posto que a norma não tem o condão de mudar a natureza, enfatizando que está em pleno vigor o dispositivo.

3.3.2.5 Direito a licença maternidade como forma de combater a discriminação

A proteção da maternidade tem como objetivo e fundamento a preservação da própria vida, passando a ser matéria e questão de ordem pública, tendo caráter social, e que, por este motivo principal, afasta qualquer interpretação discriminatória. Tutela-se a mãe

que trabalha para que haja a perpetuação da espécie, onde deve ser oferecido um trabalho compatível com os limites suportáveis pelas gestantes sem que haja prejuízo da sua saúde nem da mesma, nem de seu filho. Transcreve-se o sentido definido por Vianna (2003, p. 985) relativo à proteção à maternidade:

Essa proteção à trabalhadora [...] visa a conservar em toda integridade as forças vitais da operária, de modo que ela possa cumprir normalmente sua função de mãe.

A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 7º, inc. XVIII, às mães trabalhadoras a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias, assim como lhes é garantido, através do art. 203, assistência social com o objetivo de proteção, entre outros fins, à infância e à maternidade. A Previdência Social atenderá à proteção à maternidade, especialmente à gestante, conforme disposto no artigo 201, inciso I do Texto Constitucional, além de garantir o direito social previsto no art. 7º, inc. XXV, da assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escola. Pode-se definir essa proteção, como tantas outras dispensadas às mulheres, como discriminação positiva, conceito já analisado em capítulo antecessor, onde se visa amparar, através do ordenamento jurídico, situações desniveladas, tencionando torná-las mais equiparadas e, neste caso particular, dando às mulheres condições de se ausentarem dos seus trabalhos para terem seus filhos, podendo auferir seu salário, a ser suportado pela Previdência Social, mantendo seu emprego e, deste modo, evitando atos discriminatórios por conta do seu estado gravídico.

O art. 10, inc. II, letra “b” da Carta de 1988 ampliou as garantias às mulheres grávidas, ao vedar a dispensa de empregada gestante, desde confirmada a gravidez até cinco meses após o parto. É o que o direito chama de estabilidade provisória da gestante, observando o aspecto positivo da gravidez para configurar o início da estabilidade, isto é, apenas pede-se a comprovação do estado de gravidez da trabalhadora para que a ela seja assegurada a estabilidade provisória, independentemente de informação ao empregador. O que se quer dizer é bem ilustrado por acórdão do Tribunal Superior do Trabalho - TST (SAAD, 2002, p. 243):

Estabilidade provisória. Gestante. A garantia à empregada gestante consagrada no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não estabeleceu o requisito de ciência do empregador em relação ao evento. Configura-se o suporte fático do direito com o implemento de duas condições: confirmação da gravidez e dispensa imotivada. É irrelevante o conhecimento, pelo empregador, do estado gravídico da empregada, quando da dispensa, sendo-

lhe assegurados os salários relativos ao período de estabilidade provisória. Revista parcialmente conhecida e provida. (TST, 2ª T., RR-125377/94.1, in DJU 29.11.96, p.47474).

Decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8ª Região confirma a teoria da responsabilidade objetiva, no caso da gestante (TRT, 1996, b):

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. É dispensável para a garantia da estabilidade prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a ciência da reclamada do estado gravídico da empregada. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 88 do C. TST. 1 RELATÓRIO.

Contudo, existem decisões em contrário, entendendo-se que o empregador deva estar ciente do estado gravídico da funcionária para restar caracterizada a estabilidade provisória. Neste sentido, transcreve-se decisão do TRT da 2ª Região (TRT, 2007, c):

GRAVIDEZ. COMUNICAÇÃO. Pressuposto inarredável de qualquer indenização é a ação ou omissão (culposa ou dolosa). Não se pode falar em indenização quando a parte despede a mulher gestante se ignora este estado, pois seu ato se traduz no exercício de um direito. Por isso ninguém pode ser penalizado. É preciso prova de que a gravidez precipitou a dispensa; que teve conotação discriminatória e obstativa do direito à estabilidade. Má fé não se presume. O interesse no emprego é da trabalhadora que tem o dever de agir na proteção de seu direito, sempre com ética e moralidade. A empregada que omite a gravidez na homologação; que não apresenta atestado de gravidez ao empregador não tem interesse no emprego, mas, sim, no ócio indenizado, o que deve ser tão repudiado quanto a dispensa obstativa da estabilidade

Opta-se pela corrente que filia-se à teoria da responsabilidade objetiva do empregador, que independe do seu conhecimento a gravidez da empregada para a mesma ter adquirido a estabilidade provisória, senão estaria esta obrigada a comunicar a gravidez ao empregador, fato que configuraria ofensa do direito à intimidade.

Alguns dispositivos da CLT foram destinados à proteção à maternidade (artigos 391 a 400). Ressalte-se o artigo 391, que preceitua não constituir justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho o fato da mulher ter contraído matrimônio ou estar grávida. Uma notória disposição legal contra atos discriminatórios por conta do estado civil ou de gravidez.

O art. 396 prevê que a mulher para amamentar o filho até que ele complete 06 meses de idade tenha direito a 02 descansos de meia hora, cada um. Caso este intervalo não seja concedido poderá a trabalhadora pleiteá-lo como hora-extra. Em sede jurisprudencial este entendimento foi acatado (TRT, 1998, h):

Mulher. Amamentação. Intervalo não concedido (CLT, art. 396). É devida a hora extra diária, a partir do retorno ao serviço após o parto, até que o filho complete seis meses. A condenação em horas extras não atende o direito da criança, mas é indubitável que, nesse período, a genitora estava desobrigada por lei de prestar serviço.

Em resumo, podemos verificar que a empregada gestante começa sua estabilidade desde a confirmação da gravidez até os cinco meses depois dar a luz, conforme determina o art. 10, inc. II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), sendo ratificada a garantia no emprego nas quatro semanas anteriores ao parto e até os cento e vinte dias posteriores sem prejuízo do salário nem do emprego, com determinação do art. 7º, inc. XVIII da Constituição Federal.

O contrato determinado, como já afirmado anteriormente, é uma forma de contrato com prazo pré- fixado para o seu término, onde as partes têm ciência do prazo. Ocorre que, se uma mulher ficar gestante na duração desse prazo e em razão da estabilidade provisória surgida durante a vigência do contrato determinado, discute-se se o prazo é mantido ou o contrato passa a sofrer com o fenômeno da interrupção, e dessa forma o prazo é dilatado.

A figura do contrato determinado caracteriza-se numa forma de contratação com tempo previamente definido, as partes sabem, em primeira mão, o que pode acontecer durante o lapso do contrato, mas não após a conclusão do prazo. Por consequência, fatos surgidos durante o período do contrato determinado devem ser avaliados por dois prismas: um, a possibilidade em cumprir o contrato; e dois, a possibilidade em não cumprir o contrato. E se este estará num processo de suspensão ou interrupção, causas que podem modificar o período do prazo.

Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 66.) entende que a Constituição Federal dispõe que o início da estabilidade da Gestante ocorrerá com a confirmação da gravidez. A confirmação é um ato formal a ser praticado. Caberá à interessada a demonstração da gravidez, porém só depois que o fizer será protegida. Diverge o critério agora adotado da concepção objetiva sufragada pelos Tribunais do Trabalho segundo a qual a garantia, pela sua finalidade social, independe, para que se efetive, da comunicação da gravidez.

Vejamos o texto divergente do TST:

Com a falta de comprovação do estado gravídico, fica impossível a garantia de estabilidade provisória da gestante. (TST, RR 16.736/90.5, Ac. 3ª T. 975/92).

Empregada grávida que ignorava tal estado no momento da despedida não pode invocar posteriormente, essa circunstância para reivindicar os salários previstos

no art. 392 da CLT. (TST RR 6.712/89.8. José Luiz Vasconcelos Ac. 3ª T. 5140/91).

Prevaleceu, contudo, a tese objetiva que defende a desnecessidade da comunicação para a aquisição do direito, baseando-se na ponderação de que o instituto tem o fito de defender a maternidade em si e, não, o direito individual da gestante. Como assume esta ideia o TST:

Exegese do art. 10, inciso II, letra “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A garantia à empregada gestante consagrada no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não estabeleceu o requisito de ciência do empregador em relação ao evento. Configura-se o suporte fático do direito com o implemento de duas condições. Confirmação da gravidez e dispensa imotivada. (TRT-12ª Reg. Ac. 1ª T 4.972/92, Relatora Juíza Lígia Maria G. Villar, in Trabalhista, n. 459, junho/93, p. 507).

É irrelevante o conhecimento, pelo empregador, do estado gravídico da empregada, quando da dispensa, sendo-lhe assegurados os salários relativos ao período de estabilidade provisória. (TST, RR 33.743/91, Ac. 1ª T., 1976/92, Relator Ministro Afonso Celso).

Sendo a gravidez um fato biológico, o direito a estabilidade não pode depender de um laudo médico, assim o termo confirmação deve equivaler à concepção, servindo o atestado médico apenas para determinar o início da gestação e fixar o termo *ad quem* da estabilidade e seus efeitos jurídicos.

SÚMULA Nº 244/TST Gestante. Garantia de emprego. A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Contudo o STF entende de forma contrária e em jurisprudência tem entendimento no sentido de que as gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Como verificamos no julgado abaixo em destaque:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidora gestante. Cargo em comissão. Exoneração. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Indenização. Possibilidade. 1. As servidoras públicas, em estado gestacional, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão, têm direito à licença maternidade e à estabilidade provisória, nos termos do art. 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, § 3º, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT. 2. Agravo regimental não provido (AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 420.839 DISTRITO FEDERAL. Rel. Min. Dias Toffoli, 20/03/2012).

A fundamentação que o STF usou no seu julgado que a Servidora pública, ainda que ocupante só de cargo em comissão (em princípio demissível *ad nutum*), não pode ser

dispensada sem justa causa durante a gravidez, posto que amparada pelo art. 71, I, da Constituição e art. 10, II, b, do ADCT. Precedentes.

Alega a União violação dos arts. 7º, I; e 37, II; da Constituição, e art. 10, II, b; do ADCT sob o argumento, em suma, de que a garantia constitucional da estabilidade provisória é voltada tão somente para resguardar as relações empregatícias regidas pela CLT. É inviável o RE. A exoneração de servidora pública no gozo de licença-gestante viola a garantia constitucional prevista nos arts. 7º, XVIII, e 10, II, b do ADCT, é o que foi decidido no julgamento, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-GESTANTE. EXONERAÇÃO. C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b. I. - Servidora pública exonerada quando no gozo de licença-gestante: a exoneração constitui ato arbitrário, porque contrário à norma constitucional: C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, “b”. II. - Remuneração devida no prazo da licença gestante, vale dizer, até cinco meses após o parto. Inaplicabilidade, no caso, das Súmulas 269 e 271-STF. III. - Recurso provido. (RMS 24.263, 2ª T, Carlos Velloso, DJ 09.5.03).

Portanto o voto do Sr. Min. Dias Toffoli (relator do acórdão acima exposto) foi no sentido de que se insurge a União contra a decisão que, ao negar provimento ao seu recurso extraordinário, manteve o acórdão prolatado na Corte de origem, a qual entendeu que era devido o pagamento de indenização à ora agravada, uma vez que ela teria sido exonerada do cargo em comissão que ocupava quando em estado gestacional.

Aduz a União que a agravada não teria direito ao recebimento de indenização, tendo em vista que à época dos fatos era detentora, apenas, de cargo em comissão, podendo ser exonerada *ad nutum*, mesmo estando gestante. Como apresentado mesmo entendimento no julgado que ora transcrevemos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, ‘B’, do ADCT. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 23/10/09).

Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as servidoras públicas e as empregadas em estado gestacional, inclusive as contratadas a título precário, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, têm direito à licença-

maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, § 3º, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do ADCT.

4. A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS FASES DO CONTRATO DE TRABALHO

A ocorrência da discriminação de gênero comumente acontece nas fases do contrato de trabalho, sobretudo no momento da contratação. A seguir, perceberemos os momentos propícios que podem ocorrer este tipo de discriminação, que é o cerne de nosso estudo.

4.1 ANÁLISE DA LEI N. 9.029/95

Qualquer prática discriminatória com relação ao trabalho foi explicitamente vedada pela Lei n. 9.029, de 13.4.95 (MARQUES DE LIMA, 2007, p. 19-23), tanto no momento da admissão do trabalhador, quanto no curso da relação de trabalho ou mesmo na sua rescisão. A lei supracitada tem um leque que abrange qualquer situação de intenção discriminatória por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ocorrida na relação de trabalho, mas comporta algumas falhas.

A lei foi duramente criticada pelos doutrinadores, como o fez Marques de Lima (2007, p. 21), quando assevera que o legislador deveria ter alcançado outras modalidades de discriminação, afora aquelas citadas no art. 1º (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade), assim como não previu, expressamente, penas para todos os casos retro mencionados, resultando numa *“ineficácia sancionatória, pois ilicitude sem sanção torna infrutífera a finalidade da norma que a coíbe”*.

Corroborando com este pensamento, Furtado (2010) também se expressou lamentando o legislador não ter protegido todo e qualquer tipo de discriminação, restando demonstrado que os tipos de discriminação insertos no art. 1º da Lei 9.029/95 são enumerativos e não apenas exemplificativos. Comentou, ainda, a expressão “qualquer” contida no texto do art. 1º da referida lei, cujo significado se refere às formas, meios e

métodos pelos quais venham a se consumir as discriminações enumeradas, restringindo-se a tais quesitos: sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Portanto, verifica-se a previsão de proibição de qualquer prática discriminatória relacionada a motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, contudo, no que se refere à sanção, esta se limita apenas a exigências relativas à esterilização, gravidez e controle de natalidade, imputando a estas condutas, pena de detenção e cominando multas; quanto a esta penalidade, ver-se-á sua derrogação em momento posterior.

Percebe-se que o legislador poderia ter ido além, pois deveria ter estendido estas penas a outras práticas discriminatórias, como por exemplo, os deficientes físicos, e aqueles portadores do vírus HIV, e uma gama de outras situações peculiares que excluem determinados cidadãos, deixando-os à margem do mercado de trabalho.

Embora tenha-se estas considerações acerca da referida lei, vale salientar que foi de fundamental importância a introdução no ordenamento jurídico de dispositivos coibidores da adoção de algumas práticas discriminatórias no ambiente de trabalho.

Deve-se ter em observância a consideração de Marques de Lima (2007) acerca das leis que estão vigendo quanto às discriminações em razão do sexo, que são as seguintes:

Lei 7.437/85 - Define como contravenção penal a prática de atos resultantes de preconceito de raça, cor, de sexo ou estado civil.

Lei 7.716/89 – Revogou parcialmente a Lei 7.437/85. Considerou crime as práticas resultantes do preconceito de raça, de cor, inclusive com implicações no campo das relações de trabalho, mas no que tange às práticas discriminatórias em razão de sexo ou de estado civil, permaneceu vigente.

Lei 9.029/95 – Já comentada no início deste tópico, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória relacionada ao acesso ao emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, bem como a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, além de prever sanções trabalhistas, administrativas e penais. Lei 9.263/96 – Derrogou o art. 2º da Lei 9.029/95, pertinente à indução ou instigamento à esterilização cirúrgica e à exigência de atestado de esterilização; a partir de então, estas modalidades de crime passaram a ser punidas com pena de reclusão de 1 a 2 anos.

Contudo, todas estas leis acima mencionadas, de acordo com Marques de Lima (2007, p. 55): “*permanecem parcialmente vigentes [...] no que compatíveis entre si, e quanto à Lei 9.263/96, concluiu: “derrogou apenas em parte a Lei n. 9.029/95, art. 2º, de modo que ambas também coexistem, nos termos expostos acima.”*”

Pela análise cronológica das leis que versam acerca da discriminação em razão do sexo, a Lei 9.029/95 e o art. 373-A da CLT são formas legais de se coibir a discriminação no emprego em qualquer fase do contrato laboral, seja no ingresso, na manutenção ou mesmo na sua rescisão, como será adiante analisado, imputando a lei vedações e cominações trabalhistas, penais e administrativas, enquanto o artigo sujeita os infratores ao pagamento de multa prevista no art. 401 da CLT.

4.2 AS FASES NA RELAÇÃO DE TRABALHO QUE PODE OCORRER A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Quanto às fases na relação de trabalho que possivelmente possa ocorrer a discriminação de gênero, deveremos analisar em separada cada momento, seja o anterior o durante ou o pós-contratação.

4.2.1 No Momento Pré Contratual e na Contratação

Antecedendo o próprio contato entre empregado e empregador, pode, desde já, ocorrer a discriminação de gênero, como por exemplo, em anúncios de emprego que faz-se alusão ao sexo para fins de preenchimento de cargo, configura-se discriminação, ressalvando-se os casos em que se exige determinado sexo para o emprego, por conta da natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, conforme prescreve o art. 373-A, I da CLT (SAAD, 2002), mas esta exigência, quanto a este ou aquele sexo, é uma exceção.

Vale salientar que, deve-se retirar do pensamento dominante que trabalhos exercidos unicamente por homens e outros somente por mulheres, é taxar como sendo discriminatório, uma vez que há um pensamento reinante de que só há discriminação feminina. Ledo engano. Há setores profissionais que exigem apenas funcionárias mulheres.

Até que ponto uma ou outra exigência seria lícita? Nas atividades em que seja necessário que carregue bastante peso, superior àquele definido no art. 390 da CLT, referente à limitação feminina no uso de sua força muscular (SAAD, 2002), seria bastante coerente serem exigidos apenas funcionários homens. Já em atividades como zeladora de banheiro feminino ou profissional para proceder a revistas íntima em mulheres, nada mais razoável do que serem exigidas apenas funcionárias. Este último procedimento será apreciado em tópico posterior.

O que se é vedado é quando na admissão em emprego, ser refutado qualquer trabalhador com base em motivos discriminatórios, proibição prevista no retro mencionado art. 1º da Lei 9.029/95 (MARQUES DE LIMA, 2007) e respaldada no Texto Constitucional de 1988, no artigo 3º, inc. IV, onde se configura como um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e sobretudo, no art. 7º, inc. XXX, que prevê proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

4.2.2 No Momento da Resilição do Contrato de Trabalho

Pode ocorrer a discriminação de gênero durante a vigência do contrato de trabalho, pois neste momento podemos observar diversas modalidades de práticas discriminatórias, principalmente em face das mulheres, como no caso de revista íntima procedida por funcionárias em outras funcionárias. Quanto a esta atividade de revista íntima em empregadas, ela é vetada pelo inciso VI do art. 373-A da CLT (SAAD, 2002).

A respeito da revista feminina, Saad (2002, p. 238) informa que: “*O legislador, exagerando na proteção do trabalho feminino, criou-lhe, em verdade, mais um obstáculo à sua utilização, sobretudo nos precitados setores econômicos*”. O autor referia-se aos setores econômicos que produzem joias, pedras preciosas, cosméticos, lingerie, entre outros.

Neste sentido, em sede jurisprudencial, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a condenação à Marisa Lojas Varejistas Ltda. de pagar indenização por dano moral por submeter uma ex-funcionária a quatro revistas íntimas por

dia. A medida objetivava coibir eventuais furtos de mercadorias, entretanto o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo entendeu que, embora o empregador tenha certos direitos contratuais, no entanto, o limite destes está na dignidade e intimidade do trabalhador (TST, 2005).

Acerca da revista íntima transcreve-se ementa oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TST, 2005, i):

Dano moral. CF, art. 5º, inciso X. Revista íntima à saída do serviço. Atende ao bom senso e à equidade a fixação de um salário para cada ano de trabalho, quando a mulher, à saída do serviço, for submetida a revista íntima, com suspeita infundada de furto de mercadorias, o que equivale à acusação de improbidade (art. 482, letra "a", da CLT). Se o constrangimento for continuado, mês a mês, também é razoável a fixação de um salário para cada ato do empregador, a critério do juiz.

Assim, nas atividades em que se lide ou com bens de muito valor ou de fácil ocultação, deve o empregador fazer uso de todo o aparato tecnológico necessário para evitar o possível furto de seus produtos, uma vez que as ações de revistas íntimas agridem a dignidade e a privacidade das pessoas, posto que tal ação parte do pressuposto de que toda funcionária poderia cometer o delito de furto, pois, como no caso citado, a empresa Marisa determinava que suas funcionárias, 04 vezes por dia, se despissem para mostrar o tipo e a cor de suas lingerie. É uma prova vexatória da violação à intimidade e honra das trabalhadoras, cujos direitos estão assegurados constitucionalmente no art. 5º, inc. X da Constituição Federal: *“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

Outra ressalva que deve ser feita é quanto à norma do art. 373-A, VI, da CLT referir-se a empregadas ou funcionárias, usando o termo no feminino. Ou seja, deve-se entender a norma de forma extensiva aos homens e estes também serem submetidos a revista? Ao nosso ver, interpretação literal da norma a resposta é sim. Mas numa exegese sistêmica e considerando o direito à intimidade e o direito à honra já mencionados, previstos pela Norma Maior, deve ser estendida a vedação se aplica aos homens também, até porque esta proibição de revista íntima, tão somente às mulheres, pode restar como discriminação pelo empregador em admitir mulheres para certas profissões pelo motivo de ser permitida a revista em homens. Entende-se que não há essa permissão, mas não é tema pacífico em seara jurídica.

Quanto à discriminação durante o contrato de trabalho, refere-se às empregadas que engravidam, já verificamos que a estas foi destinado o instituto da estabilidade provisória. “Proteção à Maternidade como forma de evitar a Discriminação”, previsto no artigo 10, inc. II letra *b* da Carta de 1988, garantia às mulheres grávidas, tendo em vista a vedação à dispensa de empregada gestante, desde confirmada a gravidez até cinco meses após o parto, importando na estabilidade provisória da gestante, que se inicia com a confirmação do estado de gravidez da trabalhadora, independentemente do conhecimento do empregador, para que a ela seja assegurado a estabilidade.

Também há de ser considerada, ainda, a dispensa da empregada após assédio moral por superior hierárquico.

É vedada também a dispensa de empregado por discriminação em razão do sexo. Assim como o art. 1º da Lei n. 9.029/95 referia-se à proibição de adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso, proibiu-se, outrossim, para efeito de manutenção, ou seja, previu coibição para o empregador que não mantivesse em seus quadros algum funcionário por preconceito de gênero e efetivasse sua demissão discriminatória.

4.2.3 No Momento da Ruptura Contratual

O momento da ruptura contratual deve ser muito bem fundamentada e pautado na proteção ao empregado, momento o qual, evidencia-se, na prática, várias formas de discriminação, sobretudo no momento desta ruptura.

Marques de Lima (2007, p. 30) que assim se expressa-se muito bem conceituando este tipo de discriminação:

[...] De fato, ao contrário do que se possa a princípio imaginar, mesmo após a ruptura do contrato de trabalho, o empregado não raro continua sob a égide do ex-empregador, dependendo, por exemplo, de carta de recomendação (carta de referência) ou de informações profissionais, a fim de conseguir novo emprego em novel empregador.

Esse tipo de discriminação independe do sexo do trabalhador. Caracteriza-se esta discriminação pela má informação dada pelo empregador, na carta de recomendação, a ulterior empregar do obreiro. A informação pode ser de toda sorte: que não prestava os serviços de forma condizente com o esperado ou a contento, que era displicente e desidioso

nas suas funções, ou mesmo, que era costumeiro em ajuizar reclamações trabalhistas contra seus ex-patrões.

Diante destas praticas, muitas empresas estavam solicitando aos Tribunais Trabalhistas, listas de empregados que por ventura tenham ajuizado ações reclamationárias (tidas como “listas negras”), e, de posse destas listas, evitavam contratar aqueles trabalhadores relacionados nas mesmas, numa ação claramente discriminatória.

Marques de Lima (2007) lembrou que quanto ao direito de ação previsto pela Carta Constitucional, em seu art. 5º, XXXV, que prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Assim fazer restrição ao direito de qualquer trabalhador em acionar seus empregadores através de condutas excludoras, como no caso da não contratação no emprego, configura ação discriminatória, além de constituir “*abuso de direito*” e gerar a obrigação de “*reparar os danos sofridos pelo trabalho*” (MARQUES DE LIMA, 2007, p. 30-31).

5. METODOLOGIA

A metodologia é vista, em muitos casos, como a disciplina instrumental, pois é condição necessária para a competência científica, ou seja, como pesquisa, a metodologia “significa a produção crítica e autocrítica de caminhos alternativos, bem como a inquirição sobre os caminhos vigentes e passados” (DEMO, 2007, p. 59).

Segundo Gonçalves (2001, p. 26) “metodologia significa o estudo dos caminhos a serem seguidos, incluindo ai os procedimentos escolhidos”.

O trabalho tem caráter descritivo, explicativo e bibliográfico, pois na visão de Vergara (2005) a pesquisa descritiva pode expor características de determinado fenômeno, como forma de correlacionar variáveis e definir sua natureza.

Da mesma forma, Vergara (2005, p. 47) define a pesquisa explicativa que tem “como principal objetivo tornar algo inteligível, justificar-lhe os motivos”, podendo dessa

forma esclarecer quais fatores contribuem de alguma forma para a ocorrência de determinado fenômeno.

Já o levantamento bibliográfico “consiste na busca de estudos anteriores que já foram produzidos por outros cientistas e que geralmente são publicados em livros ou artigos científicos” (ACEVEDO; NOHARA, 2007, p. 47).

Assim, a metodologia aplicada girou em torno do levantamento de literatura, que é a localização e obtenção de documentos para avaliar a disponibilidade de material que subsidiará o tema do trabalho de pesquisa. Este levantamento é realizado junto às bibliotecas ou serviços de informações existentes. Abaixo informaremos os passos que seguimos para a consecução deste trabalho.

A pesquisa realizada teve caráter exploratório, descritivo e bibliográfico. De acordo com Gonçalves (2001) a pesquisa de caráter exploratório:

[...] se caracteriza pelo desenvolvimento e esclarecimentos de idéias, com o objetivo de oferecer uma visão panorâmica, uma primeira aproximação a um determinado fenômeno que é pouco explorado. Este tipo de pesquisa também é denominada ‘pesquisa de base’, pois oferece dados elementares que dão suporte para realização de estudos mais aprofundados sobre o tema (GONÇALVES, 2001, p.65).

Já no que diz respeito à pesquisa descritiva a mesma objetiva a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou estabelecimento de relações entre variáveis (GIL, 2002, p. 42).

Por fim, a pesquisa bibliográfica se caracteriza como, por está baseada em livros, artigos e demais materiais disponíveis relacionados com o tema em questão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É princípio basilar a garantia a todos de um trabalho digno, justo e principalmente um que seja independente do sexo do trabalhador. Embasando este pensamento, vem a Constituição Brasileira de 1988 ao estatuir o Princípio da Igualdade, onde esta igualdade idealizada perante a lei põem homens e mulheres no mesmo patamar de direitos e obrigações.

Com base neste pensamento, o legislador quis proibir ações discriminatórias direcionadas a trabalhadora, de forma a coibir qualquer tipo de discriminação, seja quanto

ao salário, ou no momento da admissão, manutenção ou despedida do emprego pelo empregador, e ainda mesmo quanto ao tipo de trabalho a ser desempenhado. Assim, foi afastada a possibilidade também de que haja a discriminação negativa, sendo possível, entretanto, haver a discriminação positiva, como forma de igualar o desnível existente entre homens e mulheres em seara trabalhista.

Durante o estudo em tela, verificou-se que a legislação nacional é extensa quanto à proteção legal desferida ao trabalhador do sexo feminino, pois tipifica condutas discriminadoras como criminosas. Prevê a aplicação de multas, ou mesmo sanções administrativas. Também procura proibir os atos preconceituosos, determinando procedimentos a fim de que a trabalhadora seja melhor amparada em todas as fases da maternidade.

Quando faz a discriminação positiva, verificamos em institutos como o da empregada ter o direito à licença-gestante, à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto e a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escola. Vimos que se embasa a Lei na questão fisiológica, pautando-se na sua força muscular, que deve ser respeitada no limite em que a natureza permitiu.

Estes exemplos acima especificados são formas de discriminação positiva plenamente justificáveis, pois abraça a historicidade da mulher e seus casos de desrespeito e discriminações que sofreu no ambiente de trabalho.

Deve-se ter em pauta que esta discriminação positiva também foi evidenciada em outros exemplos, como o caso que foi citado de uma emissora de TV que restringiu a contratação de figurantes e atores àqueles de etnia negra, não sendo essa decisão pautada em discriminação, pois foi uma questão da obra televisiva versar sobre a história da escravidão, representada pelos negros, o que justifica a restrição da necessidade da emissora e apenas contratar atores negros.

Assim, percebeu-se que não bastava apenas a lei se pronunciar contra a discriminação, mesmo que a intervenção seja imprescindível. Urge que toda a sociedade exija a edição de políticas públicas voltadas para afastar a discriminação de gênero, pautado na igualdade almejada entre homens e mulheres, de forma consciente e eficaz, ou seja, que haja a implementação, inicialmente, de condições materiais, quais sejam:

- No âmbito cultural – ao efetivar a mudança nos preceitos e costumes, desmistificando o homem superior frente ao frágil segmento feminino;
- No âmbito social- modificar os papéis tradicionalmente desempenhado pelos homes e pelas mulheres na estrutura familiar patriarcal, com uma melhor repartição das responsabilidades domesticas, quanto aos filhos primordialmente;
- No âmbito educacional – assegurar às mulheres, mais intensa e extensa formação educacional e profissional, mediante incentivos e subvenções; e, finalmente,
- No âmbito laboral – proteger o direito das mulheres a igual oportunidade de emprego, progressão justa na melhoria de cargo por merecimento e competência igualmente exigida ao sexo oposto, e ascensão profissional voltada ao desempenho, não ao gênero.

Através de uma melhor conscientização social e política das pessoas, sobretudo dos empregadores, atingir-se-á a real igualdade entre homens e mulheres, idealizada, postulada e normatizada pela Constituição Brasileira de 2008, a fim de que sejam banidas da esfera social quaisquer práticas discriminatórias contra o gênero.

7. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

ARAÚJO, Washington, Comentário ao artigo 7º. In: CASTRO, Reginaldo Oscar de (Org.). **Direitos Humanos: Conquistas e Desafios**. Brasília: Letraviva, 1999.

BRASIL, Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, Legislação Previdenciária, Código de Processo Civil (excertos), Profissões regulamentadas: legislação complementar, súmulas. São Paulo: Manole, 2004. – (5 em 1).

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social: Teoria Geral do Direito Social, Direito Contratual do Trabalho, Direito Protecionista do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR: 2008. 1 v.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no Trabalho e a Discriminação por Idade**. São Paulo: LTr, 2010.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. A Proteção Internacional contra a Discriminação da Mulher no Trabalho e o Direito do Trabalho Brasileiro. **Gênesis: Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, ano 1993, v. 1, p. 647-663, Nov. 2004.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O Trabalho da Mulher e os Artigos 376, 383 e 384 da CLT. **LTR**, São Paulo, ano 66, p. 50-55, Jan. 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo, LTR: 2010.

PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. A Discriminação Indireta. **LTR**, São Paulo, ano 65, p. 402-406, Abr. 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2000. 1v.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 35. ed. São Paulo, LTR: 2002.

SENA, Adriana Goulart de. Trabalho da Mulher. In: BARROS, Alice Monteiro de (Org.). **Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

Direito do Trabalho. 21 ed. São Paulo: LTr, 2003.

Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. TST mantém condenação às Lojas Marisa por revista íntima. TST, 05/04/2005. (RR 2671/2001-433-02-00.7) Disponível em: <http://www.tst.gov.br/noticias/> Acesso em: 17 janeiro. 2014.

Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Portal da Justiça do Trabalho da 8ª Região. TRT, link: jurisprudência. TRT, 27/05/2003. ACÓRDÃO 02796-2002-201-08-00-4 (1ª T./RO 2122/2003) RELATOR (A): WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA. http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos2002.htm/ Acesso em 17 jul. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: Jurisprudência – Ementas. TRT, 08/04/1997. ACÓRDÃO Nº: 02970166016 (3ª T/ RO), Processo: 02950458585, ano: 1995.

RELATOR(A): MARIA DE FATIMA ZANETTI BARBOSA E SANTOS.
<http://www.trt2.gov.br/>, acessado: 07 out. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: jurisprudência - Ementas. TRT, 11/05/2004. Acórdão n. 20040225300 (4ª T). Processo: 20030333509. Relator: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos.htm, Acesso em 17 jul. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: jurisprudência - Ementas. TRT, 14/08/2001. Acórdão n. 20010503530 (10ª T). Processo: 20000383150 Relatora: Vera Marta Publio Dias. http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos.htm, Acesso em 17 jul. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: jurisprudência - Ementas. TRT, 10/05/2005. Acórdão n. 20050288894 (4ª T). Processo: 01531-2001-464-02-00-0 Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos.htm, Acesso em 07 out. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: jurisprudência - Ementas. TRT, 28/06/1994. Acórdão n. 02940355910 (5ª T). Processo: 029300080846 Relator: Francisco Antônio de Oliveira. http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos.htm, Acesso em 07 out. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: jurisprudência - Ementas. TRT, 06/07/1998. Acórdão n. 029800371658 (9ª T). Processo: 02970259774 Relator: Valentin Carrion. http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos.htm, Acesso em 17 jul. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: jurisprudência - Ementas. TRT, 17/10/2001. Acórdão n. 20010669773 (9ª T). Processo: 20000561970 Relator: Luiz Edgar Ferraz de Oliveira. http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos.htm, Acesso em 07 out. 2013.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT, link: jurisprudência - Ementas. TRT, 23/10/2000. Acórdão n. 20000577060 (8ª T). Processo: 19990516882 Relator: José Carlos da Silva Arouca. http://www.trt8.gov.br/frset_juris_acordaos.htm, Acesso em 06 set. 2013.