

IGUALDADE, DISCRIMINAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO

Estêvão Mallet*

“Dans l'état de nature les homes naissent bien dans l'égalité, mais ils n'y sauroient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennet égaux que par les lois.” (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livro VIII, Capítulo III)

1 – INTRODUÇÃO

É certo que há vários conceitos de igualdade. Pode-se pensar em igualdade formal ou em igualdade material, bem como em igualdade absoluta ou igualdade relativa. Um dado, porém, é seguro: se não há uma certa igualdade, algum tipo de igualdade pelo menos, não há como falar em justiça. Existe, pois, profunda relação entre a ideia de justiça e a ideia de igualdade. Como anota Friedman, “equality is a postulate of justice”¹. Tanto a ideia de justiça está associada à de igualdade que Aristóteles assinalou: “O injusto é desigual, o justo é igual”², o que levou Alf Ross a escrever, de modo um tanto excessivo: “A justiça é igualdade”³. Não por acaso, no dístico inscrito no frontão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América lê-se: *equal justice under law*.

Daí a importância do princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, a repulsa provocada pela discriminação. Afinal, o que é a discriminação senão a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável? Nada mais do que isso. Discriminação supõe desigualdade. Não qualquer desigualdade, como será visto mais adiante, mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias

* *Doutor e livre-docente em Direito; professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo; advogado.*

1 *Legal theory*. London: Stevens & Sons Limited, 1960. p. 385.

2 *Ética a Nicômaco*, V, 6, 1131a.

3 *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000. p. 313, par. 62. Cf., ainda, CURCIO, Carlo. Eguaglianza (dottrine generali). In: *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1965. p. 513, XIV.

e dos padrões então vigentes. Por isso que, se a justiça se relaciona com a igualdade e a igualdade repele a discriminação, a discriminação é também a negação da justiça.

2 – A IGUALDADE ENTRE AS PESSOAS AO LONGO DO TEMPO

A evolução da humanidade se processa no sentido de redução das desigualdades entre as pessoas. Dá-se tal evolução, portanto, com a gradativa eliminação das discriminações. É evidente que isso ocorre com alguns sobressaltos, com marchas e contramarchas, como tão frequente se vê ao longo da história. Mas o sentido é nítido.

Primeiramente há a divisão entre senhores e escravos; entre os que são pessoas e os que nem pessoas são, recebendo o tratamento de objeto de direito⁴. O passar do tempo faz com que o elemento humano, comum a todos, prepondere e sejam as pessoas reconhecidas, indistintamente, como sujeitos de direito. Permanecem, todavia, outras distinções, como, em particular, a estabelecida entre nobres e servos, aqueles com mais direitos, os últimos com menos direitos⁵. As Ordenações Filipinas, por exemplo, diferenciavam, no tocante ao procedimento para a realização da penhora, as pessoas comuns dos escudeiros, cavaleiros, fidalgos “ou dahi para cima”⁶.

Com as revoluções liberais do século XVIII e do século XIX, o elemento humano, o traço comum já mencionado, ocupa o espaço e as distinções desaparecem. É a consagração da igualdade formal; a abolição de qualquer discriminação em face da lei. Expressiva, a propósito, a referência contida no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”.

No Brasil, o princípio da igualdade manifesta-se, de início, no art. 179, § 13, da Constituição de 1824: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue...”. Adquire maior amplitude com a Constituição de 1891, conforme art. 72, § 2º: “Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. Manteve-se o princípio em todas as Constituições

4 Por todos, JHERING. *L'esprit du droit romain*. Paris: Marescq, 1886. *tome deuxième*. p. 101 e segs.

5 A propósito, FOIGNET, René. *Manuel élémentaire d'histoire du droit français*. Paris: Rousseau, 1932. p. 158 e segs.

6 *Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LXXXVI, § 12.

subsequentes, com modificações de redação apenas. Na Constituição de 1988 encontra-se logo no *caput* do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Para o legislador constituinte, como todas as pessoas naturais são seres humanos, não há mais distinções aceitáveis em face da lei, embora algumas poucas, resquícios de tempos pretéritos, tenham permanecido mais do que deveriam, chegando até a Constituição de 1988. Somente foram em definitivo revogadas com a edição de outra regra específica, ao lado do princípio geral enunciado pelo *caput* do art. 5º. É o caso da distinção entre filhos, que remontava às Ordenações Filipinas⁷, abolida com o art. 227, § 6º, da vigente Constituição: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Aqui não cabe tratar exaustivamente dessa caminhada no sentido da maior igualdade. É um universo muito vasto, quase inesgotável. O que cabe é considerar como ela se processou no campo do Direito do Trabalho e quais as dificuldades que surgiram e surgem no seu curso.

3 – A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A LUTA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO CAMPO TRABALHISTA

A luta contra a discriminação figura como um dos objetivos fundamentais da Organização Internacional do Trabalho. Entre os princípios que norteiam sua atuação, inscreve-se, conforme enunciado na Declaração de Filadélfia, a assertiva de que “all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”⁸.

A primeira Convenção a tratar da discriminação é a de nº 100, editada em 1951, relativa à igualdade de remuneração. Ratificada pelo Brasil desde 1957, a Convenção, a que corresponde a Recomendação nº 90, do mesmo ano, funda-se no princípio da “equal remuneration for men and women workers for work of equal value”⁹. Segue-se a Convenção nº 111, de 1958 – ratificada pelo Brasil em 1965 – mais abrangente, que trata da discriminação em geral e preconiza a adoção de política nacional voltada a promover , “by methods

7 Livro IV, Título 93.

8 *Declaração de Filadélfia*, II, a.

9 Art. 2º.

appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof”¹⁰.

Outras Convenções referem-se incidentalmente à promoção da igualdade entre homens e mulheres, como as de ns. 117, sobre política social, que deve ter por objetivo “to abolish all discrimination among workers on grounds of race, colour, sex, belief, tribal association or trade union affiliation”¹¹, e a de nº 122, sobre política de emprego, que deve propiciar a cada trabalhador, “freedom of choice of employment and the fullest possible opportunity for each worker to qualify for, and to use his skills and endowments in, a job for which he is well suited, irrespective of race, colour sex, religion, political opinion, national extraction or social origin”¹².

É digna de nota, ainda, a Declaração sobre igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras, aprovada em 1975, pela 60ª Conferência Internacional do Trabalho. A Declaração sublinha que “toutes formes de discrimination fondées sur le sexe qui dénie ou limitent (l'égalité de chances et de traitement) son inacceptables et doivent être abolies”¹³.

4 – A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO

Em 1979, a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher . O texto entrou em vigor, no plano internacional, após a sua vigésima ratificação, em 3 de setembro de 1981. No Brasil, a Convenção foi promulgada inicialmente pelo Decreto Legislativo nº 93, de 1983, e, posteriormente, pelo Decreto nº 4.377, de 2002.

A Convenção, resultado de mais de trinta anos de trabalho da “United Nations Commission on the Status of Women”, enfrenta a discriminação contra a mulher nos mais variados planos, entre os quais vida política e pública (art. 7º), representação política (art. 8º), nacionalidade (art. 9º), educação (art. 10), saúde (art. 12), legislação (art. 15), vida familiar e casamento (art. 16). Da discriminação contra a mulher no trabalho ocupa-se o art. 11. Nele se determina a adoção,

10 Art. 2º.

11 Art. 14, *caput*.

12 Art. 2º, *c*.

13 *Apud Les normes internationales du travail*, BIT, Genève, 2001, p. 82, nota 4.

pelos Estados-Partes, de todas as medidas apropriadas para “eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular: a) o direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano; b) o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego; c) o direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho; e) o direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito de férias pagas; f) o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução”.

5 – DIREITO DO TRABALHO E DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO

No plano do direito interno, o preceito que em primeiro lugar chama a atenção, em matéria de igualdade, no campo trabalhista, e do qual se podem extrair algumas considerações ricas e interessantes, é o art. 5º da CLT, introduzido na parte geral, com o claro objetivo de ressaltar a importância da regra posta. Estatuí o dispositivo: “Para trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo”. Ao lado das diferentes implicações da regra, há nela pelo menos dois pontos dignos de nota.

De uma parte, é significativa a referência do legislador à igualdade apenas no plano remuneratório. Importante parece ser tão só a igualdade de remuneração. Os outros aspectos do contrato de trabalho, inclusive o tratamento dispensado a cada empregado, são deixados de lado, em clara mostra da concepção patrimonialista que inspirou a CLT e que ainda impregna o Direito do Trabalho brasileiro. Leva-se quase sempre em conta apenas o aspecto pecuniário da relação de trabalho, como se fosse o único decisivo. Vários exemplos haveria para mencionar, mas basta a alusão à monetarização do risco à saúde do trabalhador, com pagamento de adicionais pelo trabalho realizado em condições insalubres ou perigosas, já sublinhada pela doutrina¹⁴.

14 Cf., mais extensamente, OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2002. p. 138 e segs.

DOUTRINA

De outra parte – eis o segundo ponto a notar no art. 5º da CLT – é significativa a referência apenas à discriminação fundada em motivo de sexo, como se aí estivesse a única hipótese de discriminação. A explicação para a referência restrita do legislador – quando muito mais acertada seria previsão ampla, excludente de qualquer forma de discriminação – resulta do peso histórico da discriminação por motivo de sexo, mesmo em países com maior tendência à igualdade. É, aliás, o que também justifica e explica a regra expressa do inciso I, art. 5º, da vigente Constituição, que se poderia ter por desnecessária, ante os termos gerais do *caput*, do mesmo dispositivo¹⁵. Há passagens, em matéria de discriminação por motivo de sexo, muito expressivas, a demonstrar claramente como esteve ela entranhada na cultura ocidental, mesmo recente. Vale a pena dedicar algumas linhas ao problema.

Eloquente, em primeiro lugar, trecho do voto apresentado na Suprema Corte norte-americana, pelo juiz Bradley, que, ao julgar caso envolvendo lei do Estado de Illinois, proibitiva do exercício da advocacia por mulheres, afirmou textualmente, em 1873: “The civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman. Man is, or should be, woman’s protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood. The harmony, not to say identity, of interest and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband... The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of civil society must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases”¹⁶. Com tais fundamentos, a Suprema Corte considerou constitucional e não ofensiva às garantias conferidas aos cidadãos americanos a proibição estabelecida pelo legislador estadual, com apenas um voto contrário e embora já estivesse em pleno vigor a XIV Emenda à Constituição, com a garantia de “equal protection”¹⁷.

15 A propósito, cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 708.

16 *Bradwell v. State of Illinois*, 83 US 130. As passagens transcritas encontram-se nas pp. 141 e 142. A decisão, hoje considerada aberrante, contou apenas com o voto vencido do *Chief Justice* Samuel Chase.

17 Consta da secção 1 da referida emenda, cuja vigência foi certificada em 1868: “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States

Passadas sete décadas, em 1948, o assunto voltou à Suprema Corte. Discutiu-se a validade de lei que vedava o trabalho de mulheres em bares. Questionou-se a constitucionalidade dessa proibição. Agora com margem mais estreita, por 6 votos contra 3, concluiu o tribunal que a lei era constitucional, porque bar não era lugar para uma mulher exercer sua atividade¹⁸.

Já em 1961 – as datas são muito expressivas para que se perceba como a discriminação por motivo de sexo esteve mesmo muito entranhada na cultura ocidental – outra vez se reconheceu a legitimidade do tratamento discriminatório em face da mulher. Tratava-se de lei do Estado da Flórida que excluía a participação das mulheres da composição dos júris, instituição que, como todos sabem, tem papel importantíssimo no processo penal e também no processo civil norte-americano. Pois bem, a Corte Suprema concluiu que o tratamento diferenciado entre homens e mulheres, no que toca ao serviço no júri, não era inconstitucional. Como assinalou a Corte, em decisão redigida pelo Juiz Harlan: “Woman is still regarded as the center of home and family life”, o que permitiria legitimamente dispensa legal de servir em tribunal do júri, “unless she herself determines that such service is consistent with her own special responsibilities”¹⁹.

Oito anos antes do julgamento envolvendo a lei do Estado da Flórida, ou seja, em 1953, a mesma Suprema Corte dos Estados Unidos havia destruído, ao menos em termos formais, os pilares jurídicos da discriminação racial, com o famoso julgamento proferido no caso *Brown v. Board of Education*, que eliminou a segregação racial nos colégios²⁰. Permaneceriam, contudo, por quase uma década, os pilares jurídicos da discriminação contra a mulher.

Em outros países, talvez mais próximos da cultura e realidade brasileiras, o quadro não se desenhou de forma diversa. Tenha-se em mente o que se deu na Itália, após a Constituição democrática e social de 1947, que é categórica ao proibir discriminação entre homem e mulher, ao dispor, no art. 3º: “Tutti i

and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

18 *Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464. Ficaram vencidos os juízes Rutledge, Douglas e Murphy Coube ao juiz Frankfurter redigir a decisão tomada pela maioria, na qual registrou: “Michigan could, beyond question, forbid all women from working behind a bar This is so despite the vast changes in the social and legal position of women. The fact that women may now have achieved the virtues that men have long claimed as their prerogatives and now indulge in vices that men have long practiced, does not preclude the States from drawing a sharp line between the sexes, certainly, in such matters as the regulation of the liquor traffic” (p. 465-466).

19 *Hoyt v. Florida* (368 U.S. 57).

20 347 U.S. 483.

cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opiniões políticas, di condições pessoais e sociali”. Em 1961, a Corte Constitucional italiana teve de se defrontar com um caso muito marcante. O art. 559 do Código Penal italiano pune o adultério. Mas o faz tão somente a propósito do adultério cometido pela mulher. O texto dizia o seguinte: “*La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno*”. Não há dúvida quanto ao significado da norma. A punição é dirigida, no tocante aos cônjuges, apenas à mulher, não ao homem. Discutiu-se, em consequência, a constitucionalidade da punição unicamente do adultério feminino. Em 1961, a Corte Constitucional, na Sentença nº 64, chegou à conclusão de que a diferença de tratamento refletiria legítima valoração estabelecida pelo legislador, insuscetível de controle pela jurisdição constitucional. São surpreendentes os termos da decisão: “Il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 della Costituzione, diretto ad impedire che a danno dei cittadini siano dalle leggi disposte discriminazioni arbitrarie, non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse. Pertanto con l’art. 559 c.p. che punisce soltanto l’adulterio della moglie e non pone condições alla punibilità della relazione adulterina della moglie, non è stata creata a carico di questa una posizione di inferiorità, ma soltanto è stata diversamente disciplinata una situazione che il legislatore ha ritenuta diversa. Spetta al legislatore, non alla Corte Costituzionale, lo stabilire se la norma in questione risponda alla attuale valutazione sociale dei rapporti fra i coniugi e se i meriti oppure no di essere modificata”. Rejeitou-se, assim, a alegação de inconstitucionalidade e manteve-se o tratamento discriminatório.

Felizmente, porém, não existe, no sistema italiano, a descabida e indesejável regra incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual a decisão que afirma a constitucionalidade da lei é imutável²¹. Por isso, a

21 Nos termos do art. 26, da Lei nº 9.868, “a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”. Para exame do problema, no sistema italiano, com expressa afirmação do caráter não definitivo da decisão que afirma a constitucionalidade de certa lei, cf. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1974. p. 151, II, 2.. A mesma solução prevalece no direito português, como mostra MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 483. A razão para a revisibilidade da decisão declaratória de constitucionalidade é simples. A interpretação constitucional é necessariamente evolutiva. A Constituição não é um texto apenas jurídico, mas também um texto político. O significado dado à norma em certa altura poderá não ser o mesmo depois de passado algum tempo. Nas palavras de Gino Berti: “L’interpretazione si denota per la continuità e l’adattabilità all’evoluzione della vita sociale e dei rapporti giuridici e non c’è mai

afirmação da constitucionalidade do art. 559, do Código Penal italiano, pôde ser novamente reexaminada sete anos depois, em 1968. Em ambiente distinto, sob a presidência de um dos maiores administrativistas italianos, Aldo Sandulli, afirmou a Corte, com sua Sentença nº 126, a inconstitucionalidade da norma penal questionada, porque discriminatória a distinção estabelecida. A sentença tem a seguinte ementa: “Per l’unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo sia l’adulterio del marito sia quello della moglie; ma quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti. Pertanto, i commi primo e secondo dell’art. 559 del codice penale sono viziati di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, in quanto sanciscono una deroga al principio di eguaglianza dei coniugi non essenziale per la garanzia dell’unità familiare, ma risolvendosi, piuttosto, per il marito, in un privilegio; e questo, come tutti i privilegi, viola il principio di parità”. O art. 559, do Código Penal italiano, deixou, em consequência, de vigor.

No Brasil, após a Constituição de 1988, ainda prevalece em jurisprudência a afirmação da necessidade de tratamento diferenciado da mulher , com proibição de elastecimento, por meio de negociação coletiva, de intervalo intrajornada, prevista no art. 383, da CL T, diversamente do quanto estabelecido para o homem²², conclusão que oferece alguma dificuldade para

una definitività assoluta, una forza di giudicato dell’atto interpretativo che non consenta di rivederne i presupposti, quando questi mutino”(*Interpretazione costituzionale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 619).

- 22 A questão veio a ser resolvida pela seguinte decisão do Tribunal Superior do Trabalho: “... A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CIT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias

harmonizar-se com a ideia mais ampla de igualdade entre homens e mulheres²³.

Em síntese, a persistência, ao longo do tempo, da discriminação por motivo de sexo, discriminação por vezes referendada pelo próprio legislador, como no caso do art. 383 da CLT, é que explica a regra do art. 5º da CLT. É também o que explica o fato de a norma geral contra a discriminação, inserida no texto da CLT em data recente, figurar exatamente no Capítulo que cuida do trabalho da mulher. Trata-se do art. 373-A, introduzido pela Lei nº 9.799, que, embora integrado a seguimento específico do diploma legal, enuncia regra geral contrária à discriminação, abrangendo não apenas a discriminação por motivo de sexo como, igualmente, por outros motivos²⁴.

6 – DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE RAÇA

Menção particularizada deve ser feita à discriminação racial.

Há uma ideia generalizada de que no Brasil a discriminação racial é muito menos intensa e muito menos acentuada do que a encontrada em outros países. Isso se deveria, segundo a conhecida concepção de Gilberto Freyre, à colonização portuguesa, tida como menos segregacionista no tratamento dispensado aos escravos, permitindo mais facilmente a miscigenação. Afirmou ele que a escravidão portuguesa não seria a escravidão violenta que existiu, por exemplo, nos Estados Unidos, mas uma escravidão adaptada aos trópicos, fazendo com que a discriminação racial fosse muito menos intensa²⁵, a gerar, inclusive, o mito da assim chamada democracia racial. Esse julgamento não retrata bem a realidade.

próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT” (TST, Pleno, IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 17.11.08, DJe 12.02.09).

- 23 Por isso afirma a doutrina a incompatibilidade do art. 384, da CLT – que exige intervalo de 15 minutos antes da prestação de horas extras por mulheres, previsão sem correspondente para os homens – com a igualdade constitucional entre homens e mulheres. Cf., entre outros autores, BARROS Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1.029; SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2001. p. 241; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *CLT comentada*. São Paulo: RT, 2000. p. 257; e ROBOR TELLA, Luiz Carlos Amorim. O trabalho feminino no Direito brasileiro. In: *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, Saraiva, jun. 1996, n. 9, p. 63).
- 24 Sobre o tema da discriminação por motivo de sexo, com o seu exame por diferentes autores, tendo em conta vários sistemas jurídicos, cf. *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*, obra coletiva (coord. Laís de Oliveira Penido), Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, *passim*.
- 25 *Casa-Grande & Senzala*. Brasília: Universidade de Brasília, 1963. *Passim*.

Não se deve perder de vista, em primeiro lugar, que o Brasil foi um dos últimos países do mundo em que eliminada a escravidão, após quase 400 anos da prática. E os efeitos de tão longo período de tempo não se apagam, de nenhuma forma, do dia para noite ou em curto espaço de tempo. Em segundo lugar os sinais de discriminação contra negros na sociedade são inegáveis. Dispensam até mesmo exemplificação detalhada²⁶. Não existe aqui, com certeza, a discriminação explícita e violenta, encontrada nos Estados Unidos da América, país em que, até 1953, com a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, já mencionada, ainda prevalecia a tese da legitimidade do tratamento diferenciado entre brancos e negros, firmada no final do século XIX, quando do julgamento *Plessy v. Ferguson*²⁷, seguramente um dos mais infelizes pronunciamentos da Suprema Corte norte-americana²⁸, a partir do qual se formou a doutrina *doequal but separate*. No Brasil, porém, a discriminação, se não é ostensiva, costuma apresentar-se de forma mais dissimulada, oculta, disfarçada. Com isso o problema não desaparece. Pelo contrário. Torna-se ainda mais grave, dado mais difícil de identificar e de combater. Daí a reação firme do legislador, não só com o repúdio formal ao racismo²⁹, como, igualmente, com a tipificação de sua prática como crime “inafiançável e imprescritível”, punível com pena de reclusão³⁰, e, mais recentemente, com a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial³¹.

7 – OUTRAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO

Além da discriminação por motivo de sexo ou de raça, mencionadas nos itens anteriores, existem muitas outras formas de discriminação, várias delas previstas em diferentes dispositivos da Constituição, da CL T, de leis esparsas ou de normas existentes em outros sistemas jurídicos.

26 Cf., mais amplamente sobre o tema, TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume, 2003. *Passim*; bem como ROLAND, Edna Maria Santos. *The economics of racism: people of african descent in Brazil*. Seminar on the economics of racism, The International Council on Human Rights Policy, Geneva, 2001, *passim*.

27 163 U.S. 537. Na decisão, que soa hoje como bárbara e inacreditável, afirma-se: “A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races, and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or re-establish a state of involuntary servitude” (p. 543).

28 Jeffrey Rosen diz tratar-se de decisão tão criticada como a tomada no caso *Dred Scott*, que declarou a obrigação do Congresso norte-americano de proteger os direitos dos senhores de escravo (cf. *The Supreme Court: the personalities and rivalries that defined America*. New York: Times Books, 2006. p. 100).

29 Constituição, art. 4º, inciso VIII.

30 Constituição, art. 5º, XLII.

31 Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

No art. 7º, inciso XXX, da Constituição, encontra-se, por exemplo, a referência à discriminação por motivo de idade e por motivo de estado civil, no tocante ao salário, exercício de função e critério de admissão.

A discriminação por motivo de idade já estava proibida pelo menos desde a Lei nº 5.473, de 1968, cujo art. 1º estatui: “São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público”. Adquiriu mais evidência a discriminação por idade a partir de julgamento do Tribunal Superior do Trabalho, proferido no âmbito da 5ª Turma, de que foi relator o Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira. O caso envolvia empresa que dispensava sistematicamente trabalhadores com mais de 60 anos. O Tribunal Superior do Trabalho, antes mesmo de que estivesse em vigor a Lei nº 10.741, que expressamente proibiu a fixação de limite máximo de idade para o exercício de trabalho, ressalvados os casos em que a natureza da atividade justifique a exigência³², reconheceu que o caso era de discriminação e acolheu o pedido de reintegração do trabalhador no emprego³³.

32 Trata-se da regra editada pelo art. 27, do Estatuto do Idoso, de seguinte teor: “Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.”

33 O acórdão tem a seguinte ementa: “RECURSO DE REVIST A. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do ‘poder potestativo’, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse, à época de sua ocorrência, previsão legal especial (a Lei nº 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.95 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valerse dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso ou o vazio de que se ressentem, mas, sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no

Sem embargo das hipóteses mencionadas, o certo é que esse art. 7º, inciso XXX, da Constituição, traça apenas parâmetros exemplificativos. A Constituição – pode-se claramente inferir isso do seu sistema e, especialmente, da parte final do seu art. 3º, inciso IV – proíbe genericamente qualquer forma de discriminação. Aliás, outras formas de discriminação acham-se mencionadas em dispositivos diversos, mas que têm toda a pertinência no campo do Direito do Trabalho. O art. 7º, inciso XXX, não se refere à discriminação por motivo de crença religiosa. Mas o art. 5º, inciso VIII, da mesma Constituição, alude à proibição de discriminação por esse motivo, solução que se estende, sem dúvida nenhuma, ao campo do Direito do Trabalho.

O mesmo se pode dizer à propósito da situação familiar, que é mencionada no art. 373, da CLT, e na Lei nº 9.029. A filiação, como causa de discriminação, é completamente repudiada. Não se pode, por conta da filiação do trabalhador, negar-lhe certo direito. A *Cour de Cassation* francesa acertadamente considerou nula a dispensa do empregado decorrente do “le lien de filiation l’unissant à un autre salarié de l’entreprise”³⁴. A recíproca é igualmente verdadeira. Tampouco se pode favorecer alguém em virtude de sua filiação. A conclusão a que chegou a Suprema Corte norte-americana em *Kotch v. Board of River Port Pilot Com’rs for Port of New Orleans*, ao validar a seleção de novos pilotos de navio feita de modo a favorecer sempre “relatives and friends”³⁵, não é correta. Tinha toda razão o juiz Rutledge ao anotar na sua *dissenting opinion*: “the result of the decision therefore is to approve as constitutional state regulation which makes admission to the ranks of pilots turn finally on consanguinity. Blood is, in effect, made the crux of selection. That, in my opinion, is forbidden by the fourteenth amendment’s guaranty against denial of the equal protection of the laws”³⁶. É muito pouco provável que hoje prevalecesse, na Suprema Corte, a decisão da maioria.

Tampouco a discriminação por convicção filosófica ou política é aceitável. Como notou a *United States Court of Appeals for the First Circuit*, em proposição passível de generalização, “... as a general rule, a government

caput do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido relativamente ao tema.” (TST, 5ª T., RR nº 462.888, Rel. Juiz Convocado André Luís Moraes de Oliveira, j. 10.09.03, DJU 26.09.03). Sobre o tema, amplamente, cf. FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004. *Passim*.

34 *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, Processo nº 96-43617, julgamento de 01.06.99, publicado no *Bulletin* 1999, V, n. 249, p. 180.

35 330 U.S. 552.

36 330 U.S. 552, 565.

employer cannot discharge public employees merely because they are not sponsored by or affiliated with a particular political party ...”³⁷. **ACHISTER** Admitir a rescisão de contrato de trabalho, por o empregado, condutor de trens de metrô ou professor em escola pública, recusar -se a responder se é ou não filiado a determinado partido político, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Lerner v. Casey*³⁸ e, de novo, em *Beilan v. Board of Education*³⁹, não é de nenhuma forma aceitável. A pergunta nem pode ter lugar⁴⁰. Como realçado no Código do Trabalho de Portugal, o direito à reserva sobre a intimidade no âmbito da relação de emprego compreende a preservação de informações relacionadas com “a vida familiar afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”⁴¹.

É igualmente proscrita a discriminação decorrente da procedência da pessoa, como referido, a propósito da procedência nacional, pelo art. 20, da Lei nº 7.716⁴². Impor tratamento diferenciado a trabalhadores, por conta de sua origem geográfica, é ilícito, conquanto se cuide de prática não de todo rara no país.

Há ainda mais formas de discriminação a referir, como, entre outras, as indicadas pela Lei belga de 10 de maio de 2007, a saber , fortuna, língua e origem social⁴³. **A Carta** dos direitos fundamentais da União Europeia também menciona a discriminação por motivo de “riqueza”⁴⁴. O Código do Trabalho francês alude à discriminação fundada em hábitos ou costumes⁴⁵. Também a opção sexual da pessoa não pode ser causa de discriminação, como deixa expresso, aliás, a Lei belga há pouco referida. A Lei nº 9.029 não abrange a hipótese, pois trata de discriminação por motivo de sexo, o que é diverso. Não importa. Nenhuma dessas formas de discriminação se admite, ainda que não exista previsão expressa no Direito brasileiro. De se mencionar a decisão da *Cour de Cassation* francesa, que considerou nula a dispensa de sacristão, por

37 *Benito Galloza et al., v. Norman E. Foy et al.*, nº 03-2658.

38 357 U.S. 468.

39 357 U.S. 399.

40 LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque; ROSA, Manuel Álvarez de la. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios, 2001. p. 707.

41 Art. 16º, nº 2.

42 O dispositivo tipifica como crime o seguinte: “Praticar induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

43 Art. 4º, nº 4.

44 Art. 21º, nº 1.

45 Art. L1132-1.

motivo de homossexualidade⁴⁶. Importa, no fundo, o princípio geral de proibição de discriminação, enunciado em julgado do Tribunal Superior do Trabalho, em caso em que se examinou prática discriminatória contra empregado infectado pelo vírus HIV. “EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o *caput* do art. 5º da CF/88. Precedentes: ERR 439.041/1998, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido”⁴⁷.

8 – NOVAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO

Novas formas de discriminação têm surgido em decorrência de avanços científicos e de transformações dos costumes ou dos hábitos. É particularmente expressiva, no particular, a discriminação genética, propiciada pelo progresso da biotecnologia, a permitir, a partir de exame do DNA, antecipar a tendência de certas pessoas para o desenvolvimento de algumas doenças, o que possibilitaria – como já se noticia⁴⁸ – preteri-las não somente no campo do trabalho como, outrossim, em outros setores, inclusive em matéria de acesso a serviços de saúde, especialmente aqueles propiciados por planos de assistência médica⁴⁹. O risco de discriminação, no caso, levou a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada em Paris, no ano de 2004, a dispor, no art. 14º, sob a rubrica “Vida privada e confidencialidade”: “(a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável. (b) Os dados genéticos humanos, os dados proteômicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em

46 *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, Processo nº 90-42636, decisão de 17.04.91, publicada no *Bulletin* 1991, V, n. 201, p. 122.

47 TST, 5ª T., RR nº 726.101/2001, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, j. 26.11.03, DJU 06.02.04.

48 Cf. O artigo Clandestinidade genética, *Folha de São Paulo*, mar., Mais!, p. 9, 2008. Na França, desde 2004 a doutrina considera o problema. Cf. o artigo de MA THIEU, Bertrand. Le recours aux testes génétiques en matière d’emploi: un droit en construction. In: *Droit Social*, mars, n. 3, p. 257 e segs., 2004.

49 Cf. DIAS, Rodrigo Bernardes. *Privacidade genética*. São Paulo: SRS, 2008. p. 204 e segs.

particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteômicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais”. Daí a importância da regra do art. 22º, nº 2, do Código do Trabalho de Portugal, que oportunamente se ocupou do problema e dispôs, entre outras coisas: “Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever, em razão, nomeadamente, de ... património genético...”. Igual referência merece o *Genetic Information Nondiscrimination Act* de 2008, que estabelece ser ilegal um empregador “(1) to fail or refuse to hire, or to discharge, any employee, or otherwise to discriminate against any employee with respect to the compensation, terms, conditions, or privileges of employment of the employee, because of genetic information with respect to the employee; or (2) to limit, segregate, or classify the employees of the employer in any way that would deprive or tend to deprive any employee of employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the employee as an employee, because of genetic information with respect to the employee”⁵⁰.

Há também a discriminação relacionada com submissão de trabalhadora a tratamento para superar a infertilidade. O assunto veio à tona no julgamento do caso *Hall v. Nalco Company*, decidido, em 2008, pela *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*. Ao reformar a decisão proferida em primeiro grau, que havia acolhido pedido de extinção liminar do processo, a Corte de Apelação considerou haver, no caso, indevida discriminação por motivo de sexo, proibida pelo Título VII, do *Civil Rights Act*, de 1964, diante da política adotada pela empresa, de dispensar as trabalhadoras que se afastam da atividade para realizar tratamento voltado a superar infertilidade. Registra a decisão: “Employees terminated for taking time off to undergo IVF – just like those terminated for taking time off to give birth or receive other pregnancy-related care – will always be women. This is necessarily so; IVF is one of several assisted reproductive technologies that involves a surgical impregnation procedure... Thus, contrary to the district court’s conclusion, Hall was terminated

50 *Title II, Sec. 202, (a)*, sob a rubrica *Discrimination Based on Genetic Information*.

not for the gender -neutral condition of infertility, but rather for the gender -specific quality of childbearing capacity. Because adverse employment action based on childbearing capacity will always result in “treatment of a person in a manner which but for that person’s sex would be different,” *Manhart*, 435 U.S. at 711, Hall’s allegations present a cognizable claim of sex discrimination under Title VII⁵¹.

Fala-se hoje também, cada vez com mais frequência, em discriminação por excesso de peso ou obesidade. Segundo a imprensa norte-americana – país em que notoriamente é mais intenso o problema de excesso de peso⁵² – tal forma de discriminação pode ser “as common as racial bias⁵³. Deixar de admitir empregado por conta de seu peso excessivo, se o fato é irrelevante para a atividade a ser exercida, certamente não se amolda à regra geral de proibição de práticas discriminatórias, ainda que não haja, no sistema jurídico brasileiro, nenhuma proibição expressa da prática. Os tribunais norte-americanos já consideraram discriminatória, por exemplo, a prática, adotada por companhia aérea, de estabelecer limites de peso proporcionalmente mais estritos para mulheres do que para homens⁵⁴.

No passado, não era incomum exigir -se, para o exercício de certas atividades ou profissões, atestado de bons antecedentes ou até mesmo certidão negativa do distribuidor criminal. A Lei nº 6.242, de 1975, por exemplo, condiciona o exercício da profissão de guardador ou lavador autônomo de veículos à apresentação da mencionada certidão⁵⁵. A Lei nº 5.859, de 1972, impõe ao doméstico, para sua admissão, a apresentação de “atestado de boa conduta”⁵⁶. Exigências do gênero criam dificuldades para a admissão ou contratação de trabalhadores com antecedentes criminais. Em alguns sistemas jurídicos, proíbe-se discriminação fundada em antecedentes criminais, tal como se vê na Província canadense de Ontário, onde o *Human Rights Code* estatui:

51 534 F.3d 644 (7th Cir. 2008).

52 Disponível em: <<http://www.legalworkplace.com/weight-discrimination-in-workplace-pla.aspx>>. Acesso em: 25 jul. 2010. Conforme texto de 9 de junho de 2008, lê-se que “americans are getting heavier and heavier. Statistics from the Centers for Disease Control show that, in 1996, no state had a prevalence of obesity equal to or great than 20%. Just 10 years later, only four states had a prevalence of obesity under 20%, while two states had a prevalence equal to or greater than 30%. Today, 34% of adults in the U.S. are considered obese, defined as having a body mass index (BMI) of 30 or higher”.

53 Veja-se a notícia divulgada em: <http://www.usatoday.com/news/health/weightloss/2008-05-20-overweight-bias_N.htm>. Acesso em: 25 jul. 2010. Indica-se na matéria que “reported discrimination based on weight has increased 66% in the past decade, up from about 7% to 12% of U.S. adults”.

54 *Frank v. United Airlines, Inc.*, 9th Cir., n. 98-15638.

55 Art. 3º, III.

56 Art. 2º, II. Cf., ainda, art. 4º, II, do Decreto nº 71.885.

“Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because... Record of offences...”⁵⁷. Como regra geral, a proibição pode ser transposta para o direito brasileiro. Com ela se busca assegurar que se convencionou chamar, no direito português, de “direito ao esquecimento”, necessário para evitar estigmatização ou discriminação de certas pessoas ⁵⁸. Afinal, fosse sempre possível a investigação, sem nenhum limite temporal e sem que esteja presente uma particular e relevante justificação, o risco de marginalização de certas pessoas seria muito grande, o que não é desejável. Assim, somente diante de ponderosas circunstâncias, em casos bastante limitados, é que se deve admitir investigação de antecedentes criminais ou mesmo creditícios do próprio empregado⁵⁹.

Por fim, sem a pretensão de oferecer rol exaustivo, vale citar a discriminação provocada pelo exercício de direitos, hipótese que não é nova, mas torna-se mais nítida nos dias de hoje. Caso típico, em matéria trabalhista, é a discriminação pelo exercício do direito de ação. Deixar de admitir o trabalhador, em virtude de ter ele ajuizado reclamação em face de seu antigo empregador, é prática ilícita, já sancionada pelos tribunais brasileiros, com deferimento de indenização, como mostra decisão assim ementada: “... O direito de ação é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV) e as chamadas ‘listas negras’ são de há muito repudiadas pelo ordenamento jurídico, por impedir , injustamente, a admissão de trabalhadores que exerceram direito legitimamente assegurado. Assim, demonstrado que a atitude da reclamada foi lesiva à honra e à intimidade do reclamante, causando-lhe frustração pela oportunidade perdida injustamente, indubitável o dano moral ocasionado e a relação de causalidade entre o ato e o efeito, pelo que deve ser deferida a indenização específica, ressaltando ainda o caráter pedagógico da pena, que visa a coibir a prática discriminatória, pela reclamada”⁶⁰. Também é discriminatória a dispensa de empregados pelo exercício de direito de greve ou por participação em associação, sindical, mutualista ou cooperativa. A previsão do Código do Trabalho da França é significativa ao proibir discriminação de empregado por sua participação em atividade “syndicales ou mutualistes” ⁶¹. A *Cour de Cassation* já decidiu, com razão, que “le licenciement d’un salarié en raison de

57 Art. 5, (1).

58 GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 70.

59 Em termos conformes, cf. GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*, cit., p. 87.

60 TRT, 3ª Reg., RO nº 00951-2005-015-03-00-4, Rel. Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, j. 05.07.06, DJMG 15.07.06, p. 13.

61 Art. L. 1.132-1.

ses activités syndicales étant nul de plein droit, le juge doit ordonner , si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu⁶². A conclusão vale não somente para dispensa ou punição do empregado como, igualmente, para sua admissão. Haver participado de greve em emprego anterior não constitui motivo para recusar admissão do trabalhador em nova empresa.

9 – DISCRIMINAÇÃO E DIFERENÇA DE TRATAMENTO

Na presente altura, depois do que já se disse sobre as diferentes formas de discriminação, há uma observação a fazer. A proibição de discriminação – que, como se procurou mostrar , é muito ampla, a compreender , inclusive, situações não previstas expressamente pelo legislador, como nas hipóteses de discriminação por excesso de peso ou obesidade – não significa imposição de igualdade absoluta entre as pessoas.

Seria, no fundo, erro evidente compreender o princípio da igualdade ou a proibição de discriminação como imposição de igualdade absoluta, linear e completa entre todos. Como notou Duguit, querer tirar da garantia de isonomia exigência de identidade matemática seria o paradoxo da igualdade, que levaria muito mais à desigualdade⁶³. E decidiu bem o Tribunal Superior do Trabalho ao admitir a diferenciação de empregados que exerciam atividades diversas, com concessão a uns de vantagens não estendidas a outros⁶⁴.

O que se proíbe, o que todos os dispositivos legais antes citados vedam, o que a evolução da sociedade proscreve, é a discriminação desarrazoada ou descabida. Em outros termos, o que o princípio da igualdade tolhe são “differenziazioni arbitrarie”⁶⁵. Não impede que se estabeleçam distinções, até porque o papel da lei é, em grande medida, fazer distinções. Proíbe-se, com a regra da igualdade, como assentou o Tribunal Constitucional de Portugal, apenas

62 *Chambre Sociale*, Processo n° 97-45555, decisão de 17.03.99, publicado no *Bulletin* 1999, V, n. 126, p. 92.

63 *Traité de droit constitutionnel. Tome troisième*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923. p. 585.

64 Cuida-se de julgado assim ementado: “ADICIONAL DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO. Se instituído o adicional de nível universitário apenas para os advogados, não há amparo legal para a extensão da vantagem aos economistas, sob o fundamento de que deve ser aplicado o princípio isonômico, mesmo porque este não pode se sobrepor ao poder diretivo e de administração do empregador, respeitados os princípios básicos de proteção ao trabalho. Revista parcialmente conhecida e provida.” (TST1ª T., RR n° 298.012, Rel. Juiz Convocado Domingos Spina, j. 17.11.99, DJU 11.02.00, p. 50)

65 PALLIERI, Balladore. *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963. n. 122, p. 366. Na mesma linha, com indicação de precedente da Corte Constitucional alemã, cf. CURRIE, David P. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 322.

que se estabeleçam distinções “arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante. Dizer *igualdade*” – prossegue a decisão – “é afirmar a proibição do arbítrio, do irrazoável, do injustificado”⁶⁶. Para repetir a observação de Guilherme Machado Dray “sendo admissíveis as diferenciações, o que se pede e exige é que estas sejam materialmente fundadas e se baseiem numa distinção objectiva de situações”⁶⁷. Em resumo, diante da conotação que a palavra já adquiriu, pode-se afirmar que proibida é, tão somente, a discriminação e não a mera diferenciação, que é algo diverso e que se pode admitir.

É interessante, no particular, voltar a atenção para o Código do Trabalho de Portugal, já antes mencionado. O legislador português tratou com bastante acerto do assunto, porque foi muito mais abrangente do que a limitada regra do art. 373-A, da CLT. Preceitua o art. 23, n.º 1, do Código do Trabalho de Portugal, que trata da proibição da discriminação: “O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, baseada nomeadamente na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”. Embora o rol seja bastante amplo, não perde o seu carácter exemplificativo, realçado pela doutrina⁶⁸. O legislador apenas procurou, com a menção a grande número de situações, dar máxima abrangência ao enunciado, tudo para mostrar que qualquer forma de diferenciação desarrazoada ou discriminação está afastada do ponto de vista legal.

Mas – daí a importância da referência ao dispositivo do Código do Trabalho de Portugal – proibição de discriminação não é sinónimo de proibição de diferenciação. Certas diferenças precisam ser estabelecidas. E o legislador português tinha isso em mente quando, logo na alínea n.º 2, do mesmo art. 23, dispôs: “Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos fatores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto de sua execução, esse fator constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. Retoma-se a ideia que havia sido esboçada acima. O que se proscreeve é

66 Processo n.º 249/91, Rel. Messias Bento, Acórdão n.º 226/92, decisão de 17.06.92. A passagem transcrita acha-se no n.º 7 da decisão.

67 *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. n. 125. p. 109.

68 GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 423 e QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder. *Código do Trabalho: anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 136.

simplesmente a discriminação, ou seja, a diferenciação abusiva, que não tem causa justa⁶⁹. Não toda e qualquer diferenciação.

É claro que o problema, assim colocado, não se resolve por inteiro. A dificuldade que remanesce está exatamente em determinar aquilo que é justificável ou não no campo da diferenciação. Para a Suprema Corte norte-americana o sexo era, no exercício da advocacia, em 1873, um elemento de diferenciação justificável, como se infere do exemplo já dado no presente texto. O passar do tempo deixou patente o erro da conclusão, que ninguém mais hoje subscreveria.

No direito, porém, as linhas nem sempre são nítidas, nem sempre cortam com precisão. O que atualmente se vê, com toda clareza e transparência, como um erro grave, inaceitável mesmo, ontem parecia normal e inevitável ⁷⁰. E o que hoje se admite talvez amanhã venha a revelar -se intolerável. Há zonas cinzentas, em que as soluções se mostram mais difíceis ⁷¹. Basta pensar no caso, que não é hipotético, da discriminação, no trabalho, por motivo de crença religiosa. Se levantada a dúvida sobre a legitimidade de se condicionar o acesso ao emprego ou a permanência nele ao fato de o trabalhador professar determinada religião, o impulso inicial é claramente no sentido de repelir-se o critério, por inaceitável. Mas, caminhando na direção da zona cinzenta lembrada, a assertiva torna-se mais complexa. Caso o empregador seja, por exemplo, uma escola confessional, com todo o seu ensino a determinada religião, mantém-se o caráter inaceitável do critério? Continuará a ser arbitrária a não admissão de todos aqueles trabalhadores que não professam essa mesma religião? A jurisprudência italiana deu à questão resposta negativa. Concluiu que o critério é legítimo. Considerou a religião, em escola confessional, aspecto validamente determinante para a admissão do trabalhador, conforme Sentença nº 195, proferida em 1972, na qual se afirma: “La libertà della scuola intesa come attuazione del principio del pluralismo scolastico ai sensi dell’art. 33 Cost., si estende indubbiamente alle università, per cui è ammissibile la creazione di

69 A propósito, RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma por desvendar: *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Laís de Oliveira Penido (coord.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. p. 169-171.

70 O defloramento da mulher, ignorado pelo marido, como erro suficiente à anulação de casamento, nos termos do art. 219, inciso IV do Código Civil de 1916, é exemplo bastante expressivo de algo considerado normal no passado e hoje visto como clara aberração. Torna-se ainda mais eloquente o exemplo quando considerada a assertiva de João Luiz Alves, para quem a regra do inciso IV seria, em rigor, desnecessária, pois o defloramento estaria compreendido implicitamente na previsão do inciso III, ante a referência, neste último, a “defeito físico irremediável”! (*Código Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1935. p. 249).

71 Em termos semelhantes, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2006. n. 34. p. 39.

università libere, che possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate, e ne deriva necessariamente che la libertà di insegnamento da parte di singoli docenti che sono liberi di aderire all'indirizzo della scuola come di recedere dal relativo rapporto, incontra nel particolare ordinamento di siffatte università i limiti necessari a realizzarne le finalità. Ciò vale in particolare per l'Università cattolica la cui pretesa natura di persona giuridica pubblica non ne attenuerebbe comunque l'originaria destinazione finalistica e la caratterizzazione confessionale. Negando ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza la titolarità di quei poteri, e pertanto l'art. 38 del Concordato non contrasta con l'art. 33 Cost., che subordina al nulla osta della S. Sede la nomina dei professori dell'Università cattolica del Sacro Cuore. La legittima esistenza di libere università caratterizzate dalla finalità di diffondere un credo religioso è uno strumento di libertà, e la libertà religiosa dei cattolici sarebbe gravemente compromessa ove l'Università cattolica non potesse recedere dal rapporto con un docente che più non ne condivida le fondamentali e caratterizzanti finalità. È pertanto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del Concordato che subordina la nomina e la permanenza dei professori dell'Università cattolica al nulla osta della S. Sede, sollevata in relazione all'art. 19 Cost.”.

Em outros países, a diferença de tratamento, na situação mencionada, conta com a expressa permissão legislativa. É o que se dá, por exemplo, na Alemanha, em que a Lei geral sobre igualdade de tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*) admite distinção fundada em crença religiosa ou secularismo, no caso de emprego oferecido por comunidades religiosas, instituições associadas a elas ou, ainda, associações que tenham por finalidade cultivar determinada crença religiosa ou o secularismo⁷². Também nos Estados Unidos da América o famoso *Civil Rights Act* de 1964 contém previsão semelhante e não considera ilegal a “employment practice for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is, in whole or in substantial part, owned, supported, controlled, or managed by a particular

72 Cf. § 9, (1), do *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, na tradução para o inglês encontrada em *Employment & Labor Law in Germany*, C. H. Beck e Ant. N. Sakkoulas: München, 2008. p. 128.

religion or by a particular religious corporation, association, or society , or if the curriculum of such school, college, university , or other educational institution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion”⁷³.

Nem mesmo na situação extrema figurada e tida em conta pelas legislações alemã e norte-americana, contudo, a distinção fundada em motivo religioso pode ser aceita. O decisivo é o conhecimento que se tem para o exercício do trabalho, não importando necessariamente a adesão a uma ou a outra religião ou a rejeição de todas elas. A decisão da Corte Constitucional italiana, antes referida e transcrita em parte, não levou em conta que a liberdade individual do empregador não se pode sobrepor ao interesse público de que não haja discriminação por motivo religioso⁷⁴.

Outro exemplo das tantas dificuldades colocadas pelo exame da razoabilidade da distinção posta manifesta-se no plano político. É certo – como já exposto, aliás – não se admitir diferenciação de tratamento por motivo de convicção política. Mas – considere-se agora o problema – como julgar a escolha feita para ocupar cargo de confiança na administração pública, a partir de critérios políticos, com exclusão de pessoas vinculadas a outros partidos? Haveria, no caso, discriminação, ou, ao contrário, simples diferenciação, aceitável ante o contexto em que realizada? A Suprema Corte americana, em *Branti v. Finkel*, disse que não havia discriminação, diante do caráter eminentemente político do cargo, que, na hipótese examinada, era de assessor de defensor público. Assinalou: “Party affiliation is an appropriate requirement for the effective performance of the public office involved”⁷⁵. Teve de admitir, porém: “It is not always easy to determine whether a position is one in which political affiliation is a legitimate factor to be considered”⁷⁶. De modo semelhante, o Supremo Tribunal Federal do Brasil excluiu, do âmbito de incidência da vedação decorrente da Súmula Vinculante nº 13, proibitiva de

73 *Sec. 703, (e), 2.*

74 Sobre o tema, com conclusão divergente, porém, cf. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalho e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 507 e segs. Note-se que, a despeito da data de publicação, o texto é anterior ao Código do Trabalho de Portugal.

75 445 U.S. 507. Do mesmo modo, em *John A. Uphoff Figueroa v. Hector Alejandro and Nitza Vazquez Rodriguez a United States Court of Appeals for the First Circuit* decidiu: “The First Amendment does not bar public employers from considering political affiliation for positions for which political affiliation is an ‘appropriate requirement for ... effective performance... ‘Trust’ employees participate in policymaking and can be hired and fired on political grounds... ‘Career’ employees must be selected and terminated based on merit, not politics” (processo nº 08-1921).

76 *Idem*, 445 U.S. 507.

nepotismo, os ocupantes de cargo de secretário de estado, exatamente “por se tratar de cargo de natureza política”⁷⁷.

Pode-se referir, por fim, a diferença de tratamento decorrente da idade. Embora não se trate, em regra e normalmente, de critério legítimo para o estabelecimento de distinções ou para restringir o exercício de direitos – conforme já exposto acima – em certos casos não há como deixá-lo de lado. Sempre que o vigor físico ou a acuidade dos sentidos seja importante para o exercício do emprego ou da função, é legítimo diferenciarse a partir da idade. Nada tem de ilegal, por exemplo, o estabelecimento de limite de idade para o exercício do emprego de piloto de avião. São evidentes a relevância e o interesse público, relacionado com a segurança de passageiros e de terceiros, de que tenha o piloto adequada acuidade visual. Daí a previsão da Súmula nº 683 do Supremo Tribunal Federal: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

10 – IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

A discriminação, como visto até aqui, está claramente proibida e não é tolerada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A realidade, no entanto, nem sempre condiz com tal ideia. A distância entre o dever ser – a norma legal – e o ser – aquilo que se passa no mundo dos fatos – é enorme. Por isso mesmo é que fica evidente como não basta proscrever, por meio da lei, a discriminação. É preciso eliminá-la da realidade. Eis o grande problema dos dias de hoje. A ilegalidade da discriminação já não está mais em causa. Não é aceita pelo ordenamento jurídico. Não é tolerada. O problema é que ela continua a ocorrer na prática. Como eliminá-la? Como fazer com que a igualdade de tratamento, enunciada pela lei, transforme-se cada vez mais em realidade? Eis a questão hoje mais importante. Nesse campo há pelo menos dois aspectos fundamentais.

O primeiro envolve as chamadas ações afirmativas, caracterizadas, em linhas muito gerais, pelo tratamento desigual imposto pela lei, para compensar

77 "STF, Pleno, AgReg MC Rcl nº 6.650-PR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16.10.08, DJe 21.1.08, com a seguinte ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE EST ADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE EST ADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política”.

a desigualdade existente na realidade. O tema da ação afirmativa está atualmente em bastante evidência por conta de alteração legislativa ocorrida em alguns Estados da Federação, consistente na criação de cotas para ingresso, em universidades públicas, de estudantes vinculados a grupos minoritários ou desfavorecidos. Houve enorme polêmica sobre a legitimidade da previsão, com discussão em torno da própria constitucionalidade dessa reserva de cotas.

O que se alega, em oposição à ação afirmativa, é que a política no fundo viola a regra de tratamento igual de todos perante a lei. Afinal, se não pode haver discriminação, como privilegiar certa minoria ou certo grupo – nem sempre minoritário – com cotas reservadas, fazendo, por exemplo, com que aqueles que obtenham uma nota inferior possam ser admitidos na universidade em detrimento de outros, que não pertencem ao grupo e obtiveram notas superiores?

Ao enfrentar a questão lançada, prontamente vem à tona o julgamento da Suprema Corte americana que envolveu, mais uma vez, o problema da discriminação racial. A Universidade da Califórnia estabeleceu cotas reservadas para negros, hispânicos e outros grupos desfavorecidos na sociedade norte-americana. Questionou-se a legitimidade da providência e a Suprema Corte, em 1978, afirmou que as cotas eram inconstitucionais⁷⁸. Invoca-se esse precedente para justificar a mesma solução no direito brasileiro. A forma como se conduz o debate é, todavia, incorreta, até porque a mesma Suprema Corte, em junho de 2003, reviu, em parte, sua posição⁷⁹. Afirmou, agora em relação ao sistema de cotas instituído pela Universidade de Michigan, que ele era legítimo, desde que o critério racial não fosse o único e convivesse com outros critérios. O resultado, de todo modo, é que, com o critério adotado, ingressarão na universidade integrantes de grupos desfavorecidos, mesmo que tenham obtido nota inferior à exigida de outros alunos. Como se vê, a Suprema Corte validou, em grande medida, a ação afirmativa. E mesmo antes, em 1970, no julgamento do caso *Steelworkers v. Weber*, reformou decisão da *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, ao reconhecer a validade de norma coletiva celebrada com sindicato, em que prevista a promoção preferencial de trabalhadores negros, anteriormente preteridos no setor⁸⁰.

Aliás, o resultado a que se chegou no direito norte-americano está em linha com um dos dispositivos mais elegantes da Constituição italiana de 1947.

78 *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* (438 U. S. 265).

79 *Grutter v. Bollinger* (000 U.S. 02-241).

80 443 U.S. 193. Igualmente admitindo ações afirmativas, agora no campo da contratação de prestadores de serviços, veja-se a decisão tomada em *Adarand Constructors, Inc. v. Peña, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit* n. 93-1841, de 1995.

O art. 3º, que estabelece a regra geral de igualdade, dispõe, como já visto: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opiniões politiche, di condições pessoais e sociais”. Esse é o enunciado geral que, tal como na Constituição italiana, aparece em muitas outras constituições. Mas o preceito verdadeiramente importante é o parágrafo único, que estabelece: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Posteriormente, a União Europeia, no âmbito do combate à discriminação por motivo racial ou étnico, ressaltou, na Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que a proibição de discriminação não obsta “a que os Estados-Membros mantenham ou aprovem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com a origem racial ou étnica⁸¹. Em termos semelhantes, a Constituição da Índia, estatui, no art. 15, sob a rubrica “prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth”: “(1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public”. Sem embargo, logo no nº 3, do mesmo artigo, preceitua-se: “Nothing in this article or in clause (2) of art. 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes”.

A vigente Constituição brasileira, a despeito da consagração da igualdade formal, como se vê *docaput* do art. 5º, segue a linha da Constituição italiana e da Constituição da Índia, ainda que não de maneira tão clara ou em termos tão expressos. Em seu art. 3º, inciso III, porém, inclui, entre os objetivos fundamentais da República, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Compreende-se, em tal contexto, faça a

81 Art. 5º, sob a rubrica de ação positiva. Na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, encontra-se, no art. 23º, disposição semelhante, relativamente à discriminação por motivo de sexo: “O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado”.

Constituição referência à proteção do mercado de trabalho da mulher , considerando não apenas a proibição passiva de discriminações (art. 7º, inciso XXX), como, ainda, a adoção de “incentivos específicos” (art. 7º, inciso XX)⁸². Não há, por conseguinte, contraste entre o princípio constitucional da igualdade e as ações afirmativas, como reconheceu, inclusive, o Tribunal Federal da 4ª Região, ao enunciar a validade do sistema de cotas, na Universidade Federal do Paraná⁸³.

Na verdade, as ações afirmativas estão plenamente amparadas pela ideia de igualdade substancial, até porque só se remove a desigualdade com uma desigualdade compensatória, com o tratamento favorecido, por meio do qual se possa reequilibrar a desigualdade de fato. Não há, na adoção de medidas promocionais ou de favorecimento de grupos ou pessoas desfavorecidas, ofensa ao princípio da igualdade. Como explicitou o Tribunal Constitucional espanhol, “no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y , en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación”⁸⁴.

Aqui bem se pode invocar, outra vez, a jurisprudência norte-americana. Teve a Suprema Corte de defrontar -se, certa feita, com o problema da aposentadoria com prazos diferenciados para homens e mulheres, cuja legitimidade se questionou, em face do princípio constitucional da igualdade. Por que o tratamento discriminatório? A Suprema Corte, em julgamento que não teve tanta repercussão como outros, assentou: “The challenged statute

82 Analogamente, a Constituição portuguesa de 1976 estabelece, no art. 81: “Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal...”. A Constituição da Venezuela, por sua vez, dispõe, no art. 21: “Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:... 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

83 TRF, 4ª Reg., 3ª T., Ap. MS nº 2005.70.00.008336-7, Relª Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, j. 25.03.08.

84 Sentença nº 19/89, julgamento em 31.01.89, publicada em 28.02.89. Para outros pronunciamentos, de tribunais de diferentes países europeus, cf. FAVOREU, Louis et alli. *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000.p. 343 e segs, par. 436 e segs.

operated directly to compensate women for past economic discrimination. Retirement benefits under the act are based on past earnings. But as we have recognized: ‘Whether from overt discrimination or from the socialization process of a male-dominated culture, the job market is inhospitable to the woman seeking any but the lowest paid jobs’. *Kahn v. Shevin*, 416 U.S., at 353... Thus, allowing women, who as such have been unfairly hindered from earning as much as men, to eliminate additional low-earning years from the calculation of their retirement benefits works directly to remedy some part of the effect of past discrimination”⁸⁵. E a jurisprudência nacional usou o argumento muito semelhante para rejeitar a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 1.340, conforme julgado com a seguinte ementa: “ APELAÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. BUSCA DA IGUALDADE SUBSTANTIVA. COERÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis socioculturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional, já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero – deságuem ou não em Leis – buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. O tratamento diferenciado que existe – e isto é fato – na Lei nº 1.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso – a origem é múltipla. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada”⁸⁶.

85 *Califano v. Webster* (430 U.S. 313). De idêntico modo, na *dissenting opinion* apresentada no já citado caso *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* (438 U.S. 265), o juiz Harry Blackmun assentou: “... in order to treat some people equally we must first treat them differently”.

86 TJ-MG, 5ª Câmara, Crim., Ap. Crim. nº 1.0672.07.245992-4/001(1), Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. 06.11.07, DJMG de 01.12.07. Em sentido oposto, todavia, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “MANDADO DE SEGURANÇA. UERJ. SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS, PARDOS E EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. LEIS ESTADUAIS ns. 3.708/01 e 3.524/2000. Consta que o Apelante obteve o 14º lugar no vestibular para o Curso de Engenharia e Produção de Petróleo do ano de 2004, sendo 20 (vinte) as vagas então disponíveis. Em razão da aplicação do sistema de reserva de vagas para negros e pardos e para alunos egressos de escolas públicas, previstos nas Leis ns. 3.708/01 e 3.524/2000, acabou ficando fora do limite. O presente *mandamus* foi impetrado quando ainda vigiam as mencionadas Leis. Acontece que a Lei nº 3.708/01 foi declarada inconstitucional pelo Egrégio Conselho Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 15/05 e, quanto a Lei nº 3.524/00, não mereceu apreciação pelo Órgão Especial. Sua revogação posterior não retira do Judiciário o controle difuso ou incidental acerca dos seus efeitos concretos enquanto vigia. As chamadas ações afirmativas visam dar efetividade ao princípio constitucional da igualdade no plano material. Sem dúvida que essas ações são

A afirmação adquire especial significado no campo das cotas nas universidades. É preciso ter em conta que a discriminação existente para o ingresso nas universidades decorre já da deficiência no ensino para certas pessoas. Os grupos desfavorecidos têm, em regra, um ensino de menor qualidade. Com isso, não ingressam em universidades de melhor qualidade. Em consequência, exercerão atividades ou funções com menor remuneração, fazendo com que a desigualdade se multiplique e, na verdade, se perpetue.

Portanto, as ações afirmativas são mesmo indispensáveis quando se pretende eliminar de fato – e não apenas de direito – a discriminação. Como assinalou em famoso voto vencido o juiz Tanaka, da Corte Internacional de Justiça: “To treat unequal matters differently according to their inequality is not only permitted but required”⁸⁷. Em 1984, o Conselho das Comunidades Europeias assinalava, ao tratar da discriminação contra a mulher – com enunciado passível, de todo modo, de generalização – que “as normas jurídicas existentes sobre a igualdade de tratamento, que têm por objectivo conceder direitos aos indivíduos, são insuficientes para eliminar qualquer forma de desigualdade de facto se, simultaneamente, não forem empreendidas, por parte dos governos, dos parceiros sociais e de outros organismos competentes, acções com vista a compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres na vida activa, resultam de atitudes, de comportamentos e de estruturas da sociedade”⁸⁸. Daí ter razão E. W. Vierdag ao concluir: “It is only after compensatory unequal treatment has been accorded in compliance with the non-discrimination rule that legal equality, i.e. formal equal treatment, will also constitute material equal treatment, will produce ‘genuine equality’”⁸⁹. Não por outra razão a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, depois de estabelecer, na subsecção

louváveis na medida em que se almeja um Estado mais equânime, em que as oportunidades surjam igualmente para todos. Acontece que discriminar não é privilegiar, e o que se vê pela conjugação das leis acima apontadas é nada menos do que 70% das vagas destinadas a uma minoria. Sim, porque considerado o universo de estudantes no Estado, aqueles que estudam em escolas públicas acabam se constituindo uma minoria. E mais ainda, pois verifico que a tal lei veio atender aqueles alunos de escolas públicas tendo por pressuposto que a qualidade do ensino fornecido não estava no mesmo patamar das escolas particulares. Pois muito bem, no fundo o Estado criou um paliativo para compensar a sua ausência, a sua falha, seu desleixo na área de ensino. Não é razoável privilegiar um grupo de estudantes porque o ensino que o Estado ministra não é de boa qualidade. Já não estaremos privilegiando, mas, quiçá, criando uma discriminação ao inverso. Ao agir assim, o Estado afrontou princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da igualdade, pois afrontou tanto a Constituição Federal, como a Lei Federal nº 9.394/96” (TJRJ, 7ª Câmara Cívica, nº 2004.001.04268, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, j. 21.11.07).

87 *South-West Africa-Case*, Reports 1966, p. 248.

88 Recomendação do Conselho 84/635/CEE, de 13 de dezembro de 1984.

89 *The concept of discrimination in international law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1973. p. 165.

1, de seu art. 15, a regra geral da igualdade ⁹⁰, na subsecção seguinte estatui: “(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”⁹¹. Disse muito bem, aliás, o Ministro Carlos Ayres de Britto ao assinalar: “Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade”⁹².

É exatamente o que faz, embora de modo imperfeito, o art. 93, da Lei nº 8.213/91, ao impor aos empregadores a obrigação de contratação de certo número de trabalhadores deficientes⁹³. A disciplina legal, em tal hipótese – como em outras em que se criam medidas promocionais em favor de pessoas desfavorecidas – apenas procura “riammettere al lavoro a condizione normali coloro che, per le minorazioni subite, difficilmente potrebbero affrontare la concorrenza con i lavoratori sani”, como evidenciado por Valente Simi⁹⁴. Não é outro o fundamento

90 O texto está assim redigido: “(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour , religion, sex, age or mental or physical disability”.

91 Para indicação da admissibilidade de medidas de ação afirmativa na legislação britânica (*positive discrimination*), em matéria trabalhista, em favor de idosos, cf. UPEX, Robert; BENNY , Richard; HARDY, Stephen. *Labor Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. n. 4.140. p. 188.

92 Item 30, do voto proferido na ADIn nº 3.330-1 DF.

93 Imperfeição evidente da norma indicada resulta de nela não se levarem em conta dificuldades decorrentes de impossibilidades técnicas ou de situações em que a liberdade de escolha do empregador não pode se sujeitar a parâmetros mais rigorosos, como no caso dos cagos de confiança (art. 62, inciso II, da CII). O direito italiano, com a experiência acumulada ao longo de mais tempo de aplicação de medidas promocionais, considerou as hipóteses, ainda que em termos, também algo imperfeitos e suscetíveis de aprimoramento. Dispensou, de todo modo, certas empresas do cumprimento, em relação a determinadas funções, da obrigação de admissão de deficientes, por conta de obstáculos técnicos. Trata-se do art. 13, da Lei nº 482, de 1968, em que se estatui: “Le imprese di navigazione marittima ed aerea, le ferrovie dello Stato e le imprese esercenti pubblici servizi di trasporto in concessione non sono tenute, per quanto concerne il solo personale navigante e viaggiante, all’osservanza dell’obbligo di cui al precedente articolo”. Admitiu, em relação a outras empresas, a substituição, em situações excepcionais e mediante prévia autorização administrativa, da contratação de deficientes por outras medidas promocionais. A possibilidade está no art. 13, nº 5, da mesma Lei nº 482, nos seguintes termos: “Con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentita la commissione provinciale di cui all’art. 16, le aziende private che, per le speciali condizioni della loro attività non possono occupare l’intera percentuale di invalidi prescritta, potranno essere parzialmente esonerate dall’obbligo dell’assunzione, alla condizione che, in sostituzione degli invalidi, provvedano ad assumere orfani e vedove delle varie categorie. La mancata assunzione di orfani e vedove comporta la decadenza dell’esonerato”. Dessa forma, sem se comprometer a busca de mais igualdade substancial, deixa-se espaço para o estabelecimento de disciplina diferenciada em casos que mal se acomodam à disciplina legal de caráter geral.

94 Disposizioni di legislazione sociale particolari ad alcune categorie di lavoratori. In: *Tratatto di diritto del lavoro*. v. 3. Padova: CEDAM, 1959. p. 446.

da regra do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504, que, ao estabelecer as normas para as eleições, dispõe: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”.

No campo trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a validade de cláusula de convenção coletiva com previsão de admissão preferencial de trabalhadores locais, normalmente preteridos em relação a trabalhadores de outras regiões, como forma de distribuir, de modo mais equânime, os resultados do desenvolvimento econômico. A ementa do julgado tem a seguinte redação: “RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. RECRUTAMENTO. PREFERÊNCIA. MÃO-DE-OBRA LOCAL. VALIDADE. É válida a cláusula que prevê preferência na contratação de mão-de-obra local, como critério de desempate, sem consubstanciar restrição absoluta, a fim de diminuir desigualdades sociais evidentes em uma situação específica, revelando-se como verdadeira discriminação positiva, garantidora da concretização do princípio constitucional da igualdade jurídica”⁹⁵.

11 – DISCRIMINAÇÃO E PROCESSO

Outra providência relevante para a eliminação da discriminação está relacionada com o direito processual.

Na verdade, já existem as mais importantes normas legais substanciais para combater a discriminação, ressalvada a utilização das chamadas ações afirmativas. Não são necessárias muitas outras, especialmente quando bem e corretamente interpretadas as existentes. Mas é ainda muito difícil discutir judicialmente o problema da discriminação. Por quê? Ora, por um motivo muito simples: a discriminação normalmente não se dá de modo ostensivo, declarado, manifesto. Ela é quase sempre dissimulada, disfarçada. Mostra-se “unusual to find direct evidence of racial discrimination”, como registrou a *House of Lords*⁹⁶. Isso se torna ainda mais delicado no campo do Direito do Trabalho, em que muitos atos se praticam fundados no exercício de direitos potestativos. A dispensa, por exemplo, não precisa, como regra geral, ser motivada. Não está

95 TST, SDC, Proc ROAA nº 78/2004-000-08-00, Relª Minª Kátia Magalhães Arruda, j. 10.04.08, DJU 25.04.08.

96 *House of Lords* [1991] IRLR 513, *King v. Great Britain-China Centre* apud DEAKIN, Simon; MORRIS, Gillian S. *Labor Law*. London: Butterworths, 2003. p. 562. A Divisão Civil de Corte de Apelação da Inglaterra assinalou, a seu turno, que a produção da prova em “discrimination claims may pose great difficulties for claimants” (*Igen Ltd. and Kay Wong* [2005] EWCA Civ. 142).

o empregador obrigado a declinar o motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Se pretende dispensar por motivo discriminatório, simplesmente silencia. Não indica o motivo. O mesmo vale para a admissão do trabalhador. Ninguém dirá que não admite o trabalhador por conta de seu sexo, de sua raça, de sua idade ou de outro fator discriminatório de qualquer natureza. Em consequência, consoante anota Jacques Le Gof, “en matière de discrimination, l’effectivité du droit butte sur l’écueil de la preuve de pratiques illicites”⁹⁷. Pois bem, como isso pode ser resolvido? Só há uma forma, que envolve o segundo aspecto do combate à discriminação.

Mais uma vez o legislador português foi muito feliz. No mesmo art. 23, do Código do Trabalho, já mencionado, há uma terceira alínea, em que se lê o seguinte: “Cabe a quem alegar discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se consideram discriminados.” Em consequência de tal preceito, aquele que se considera discriminado por conta de sua raça, religião ou convicção ou outra circunstância, deve apenas apontar outros trabalhadores que tiveram tratamento diferenciado. Aí termina o seu encargo, que consiste em estabelecer o que os tribunais norte-americanos chamam de *prima facie case*⁹⁸. Prossegue o mesmo dispositivo estabelecendo que incumbe “ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no nº 1”.

A regra mencionada encontra paralelo em vários outros sistemas jurídicos. O art. 96, da Ley de Procedimiento Laboral espanhola, por exemplo, prevê: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. E a Lei belga de 10 de maio de 2007 dispõe, em seu art. 28, § 1º: “Lorsqu’une personne qui s’estime victime d’une discrimination, le Centre ou l’un des groupements d’intérêts invoque devant la

97 *Droit du travail et société* Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2001. 1 – Les relations individuelles de travail. p. 444.

98 A propósito, no campo da discriminação em matéria trabalhista, cf *McDonnell Douglas Corp. v Green* (411 U.S. 802). Os elementos do *prima facie case*, indicados no citado julgamento da Suprema Corte, são os seguintes: “(i) that he (o autor do pedido) belongs to a racial minority; (ii) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (iii) that, despite his qualifications, he was rejected; and (iv) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant’s qualifications”.

jurisdiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination"⁹⁹.

Evidencia-se, desse modo, que, quando se busca realmente tratar judicialmente de casos de discriminação, é impostegável permitir, em certos casos e preenchidas determinadas condições, a inversão do ônus da prova ¹⁰⁰, ou, como preferem outros, é preciso aliviar o ônus da prova atribuído normalmente ao autor¹⁰¹. Quem estabelece a diferenciação é que fica obrigado a demonstrar a razoabilidade do critério de distinção. Deve demonstrar que a prática justifica-se por conta da natureza da atividade ou de qualquer outro fator legítimo de diferenciação. Tome-se um exemplo. Não admite a empresa – imagine-se – pessoas com mais de 60 anos de idade, para utilizar exatamente o caso julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, a que se fez menção anteriormente. Ora, se se trata de contratação para atividade que exija alta capacidade física, o critério distintivo não será arbitrário, como assinalado anteriormente. É, pelo contrário, legítimo. Mas – e esse é o ponto importante – deve ser ainda assim sempre ônus de quem diferencia demonstrar a razoabilidade da diferenciação.

A inversão do ônus da prova, que não se há de verificar gratuitamente, mediante mera alegação do autor¹⁰², é um elemento essencial para o combate à discriminação. Precisa, portanto, ser tomada em conta pelo legisladora fim de modificar o quadro hoje vigente, mediante norma clara, conhecida antecipa-

99 Em termos muito próximos, ainda, estatui o Código do Trabalho da França: “Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination” (Art. L1134-1).

Para exame do assunto no direito holandês, cf. JACOBS Antoine T. J. M. *Labor law in the Netherlands* The Hague: Kluwer Law Internacional, 2004. n. 68. p. 60.

100 Foi o que assinalou o Tribunal Constitucional espanhol, ao examinar caso envolvendo alegação de discriminação por motivo sindical: “Cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración del art. 17.1 del Estatuto de los trabajadores y de derechos fundamentales comprendidos en artículos como el 14, el 16 o el 28.1 de la Constitución, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario ‘la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido’...” (Sentença nº 114/89, de 22.06.89).

101 GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*, cit.

102 A propósito, AROCA, Juan Montero et ell. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Madrid: Civitas, 1993. p. 658.

damente pelas partes envolvidas na relação material ¹⁰³. A aplicação da regra do art. 818 da CLT, aos pleitos relacionados com impugnação de práticas discriminatórias, dominante na jurisprudência¹⁰⁴, cria problemas práticos evidentes, frustrando a tutela efetiva do direito à igualdade.

12 – CONCLUSÃO

A consolidação da democracia, sem dúvida nenhuma, é um passo que se dá no campo da eliminação da discriminação, porque todos passam a ser iguais no plano da participação política. Mas, há o reverso da medalha, que nem sempre é considerado. As sociedades divididas em castas, em grupos, em que há discriminação, são menos inclinadas a aceitar soluções democráticas e tendem a seguir caminhos autoritários. Daí porque, se a democracia contribui para uma maior igualdade, a maior igualdade também fortalece enormemente a democracia. Como lembra Carmen Lúcia Antunes Rocha, “democracia não combina com discriminação”¹⁰⁵. Por isso, no fundo, o combate à discriminação não é uma questão limitada. É questão muito mais ampla, que permite recuperar e atualizar os ideais que, no já distante ano de 1789, levaram à Revolução Francesa.

É preciso pensar na liberdade não mais como aquela mera faculdade de exercer determinada atividade ou como mera liberdade econômica. A liberdade

103 A modificação do ônus da prova há de ser feita pelo legislador, não podendo ficar a cargo do árbitro judicial, sob pena de, como mostra Antonio Vallebona, comprometer a certeza do direito (*L'onere della prova nel diritto del lavoro*. Padova: CEDAM, 1988. n. 1. p. 8) e, até mesmo, a garantia do contraditório, por conta da incerteza sobre o interesse no desenvolvimento da atividade instrutória.

104 “No processo originário, o ônus da prova da existência de discriminação no trabalho era da reclamante, uma vez que referente ao fato constitutivo do seu direito à indenização por dano moral”. (TST, SBDI II, ROAR nº 677.277, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 05.02.02, DJU 15.03.02); “... dispensa discriminatória ... Ônus da prova que incumbe ao empregado (arts. 818, da CLT, e 333, I, do CPC).” (TRT, 4ª Reg., 6ª T., Processo nº 01520.202/97-0 (RO), Rel. Juiz João Ghislani Filho, j. 04.06.98, DJ de 29.06.98) e, ainda: “DANO MORAL. ATO DISCRIMINATÓRIO. GRAVIDEZ. ÔNUS DA PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO. REGULARIDADE DE DISPENSA EM SEDE DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. As alegações de dano moral e de atitude discriminatória em razão de gravidez, causadores da rescisão contratual, devem ser robustamente comprovadas, não deixando margem para dúvidas, sob pena de ofensa à reputação da empresa, que também merece proteção legal. Deve ser comprovada a conduta do empregador, o dano sofrido e o nexo causal entre a conduta e o dano, como fatos constitutivos do direito à reparação, na forma dos arts. 818, da CLT, e 333, inciso I, do CPC. Não sendo realizada essa prova e verificando-se que a dispensa ocorreu em sede de contrato de experiência, não há nenhuma irregularidade que invalide o ato do empregador”. (TRT, 2ª Reg., 4ª T., RO nº 01656200631602002, Rel. Juiz Paulo Augusto Camara, Ac. nº 20080337710, DOE 02.05.08).

105 Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1999, 33, n. 131, p. 33 *apud* BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Discriminação por sobrequalificação*. São Paulo, s. e. p. (dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 7.

DOUTRINA

é muito mais do que isso. É a efetiva possibilidade de exercício de direitos. Já a igualdade – segundo postulado da Revolução Francesa – é a igualdade de oportunidades e de chances. Diferenças sempre haverá na sociedade. O que não pode haver é uma desigualdade de oportunidades. As diferenças devem resultar da diversidade de aptidão de cada um e não da dessemelhança de fortuna, de nascimento ou de outros aspectos acidentais. Com tudo isso, talvez se consiga atingir o terceiro mote da Revolução Francesa, o mais ambicioso de todos e o que está mais ausente da sociedade nos dias de hoje: a fraternidade.