

PUC-SP COGEAE

MARIA JULIA LACERDA SERVO

**DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE E A APLICAÇÃO
ANALÓGICA DA SÚMULA 443 DO TST - PRESUNÇÃO DE
DISCRIMINAÇÃO**

**SÃO PAULO
2014**

MARIA JULIA LACERDA SERVO

**DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE E A APLICAÇÃO
ANALÓGICA DA SÚMULA 443 DO TST - PRESUNÇÃO DE
DISCRIMINAÇÃO**

Projeto de pesquisa da PUC-SP Cogeeae.

Orientador: Profº. Dr. Marcelo Morelatti Valença.

**SÃO PAULO
2014**

MARIA JULIA LACERDA SERVO

**DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE E A APLICAÇÃO ANALÓGICA DA
SÚMULA 443 DO TST - PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO**

Profº Marcelo Morelatti Valença

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

Agradeço a Deus;

Aos meus pais, incluindo os de coração.

*Aos meus amigos, que dedicaram parte de seu precioso tempo auxiliando-me
na elaboração deste trabalho;*

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
1 INTRODUÇÃO	7
2 PRINCÍPIOS E FORMAS DE PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO:	8
2.1 CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO.....	11
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DO TRABALHO	13
2.3 OUTRA FORMAS DE PROTEÇÕES: LEIS E CONVENÇÕES DA OIT	166
2.3.1 Convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho).....	16
2.3.2 Lei n. 9.029/95.....	22
3 DISPENSAS DISCRIMINATÓRIAS	26
3.1 ESPÉCIES DE DISCRIMINAÇÕES:	27
3.1.1 Discriminação Por Etnia	28
3.1.2 Discriminação Por Sexo	30
3.1.3 Discriminação Pela Orientação Sexual	34
3.1.4 Discriminação De Portadores de Necessidades Especiais	38
3.1.5 Discriminação Por Moléstia Alarmante.....	44
3.2 EM ÊNFASE: DISCRIMINAÇÃO POR IDADE	46
3.2.1 Comissários de Bordo - Uma Categoria Atingida	52
4 PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO: APLICAÇÃO ANALÓGICA COM DA SÚMULA 443 DO TST	55
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	60

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade conceituar discriminação, descrevendo e exemplificando todas as formas em esta, é capaz de existir nas relações de trabalho. Visamos estudar os princípios existentes no Direito do Trabalho que atuam como base para proteção dos empregados, contra atitudes e dispensas discriminatórias. E, por fim, analisaremos a atual Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho que foi instituída visando à proteção dos funcionários portadores de HIV, utilizando-a como referência analógica para proteção das demais categorias de trabalho que sofrem com nitidez discriminações.

Palavras-chave: Princípios do Direito do Trabalho, Discriminação, Analogia, Súmula 443 do TST.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente nossa sociedade se formou com uma cultura importada, onde os colonizadores europeus trouxeram sua cultura e costumes. Éramos um país visto apenas como produtor de matérias primas, formado por uma sociedade escravagista.

Ao passar dos anos, findou-se a escravidão, dando-se início a uma nova categoria: a dos “empregados”, iniciando pelos homens: negros e brancos, vindos a incluir posteriormente as mulheres, que deixavam de possuir apenas as obrigações do lar.

Em razão dessa evolução história e por consequente, a abrangência de maiores diversidades de trabalhadores, constatou-se com mais clareza a presença da figura da discriminação, inerente não só a cor, sexo, e raça, mas igualmente, a idade do trabalhador.

O presente trabalho visa conceituar algumas das vertentes em que a discriminação, possa se manifestar no âmbito das relações de trabalho e, como o ordenamento jurídico brasileiro e as normas da OIT, lidam com a discriminação e suas formas de vetá-la.

Ademais, ao longo do presente estudo, daremos ênfase à discriminação etária, analisando a possibilidade de utilização de maneira analógica da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, para cingir também a essa vertente de discriminação.

2 PRINCÍPIOS E FORMAS DE PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO

Ao tratar das formas de proteção contra a discriminação, se faz necessária, uma breve análise acerca das fontes do direito e das disposições legais existentes em nosso ordenamento jurídico. Bem como, dos direitos fundamentais e, por fim dos princípios norteadores do direito como um todo e do direito do trabalho de maneira específica.

A *priori*, temos as normas jurídicas prescritas e, nesse caminhar temos o entendimento da doutrinadora Cristina Paranhos Olmos¹:

“A classificação dos tipos de normas são importantes, mas limitam-se a objetivos didáticos e, assim, as normas se classificam-se conforme critérios sintáticos, semânticos e pragmáticos, ou seja, “normas em relação a normas, normas em relação ao objeto norma e normas em relação a sua função”. “Como normas jurídicas que prescrevem, autorizam ou proíbem comportamentos, temos a Constituição, que, como “lei primeira”, contém ideias básicas”.

As, as normas jurídicas prescritas ou Leis, visam a determinar o que é permitido, autorizado ou proibido dentro de um ordenamento jurídico. Apesar de sua importância, as normas não são os únicos elementos existentes no rol de fontes do direito.

Como sabemos, as Leis são organizadas por princípios coerentes, conforme os mandamentos de Tercio Sampaio²:

“As leis, como sabemos, são organizadas por princípios coerentes, em compilações, que chamamos de “códigos”. Trata-se da regulação unitária de um ramo do direito, estabelecendo-se uma disciplina própria (Código Civil, Código Penal etc)”.

¹ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: LTr, 2008, pg. 35.

² FERRAZ JR., Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, pg. 238.

Nesse sentir, temos a Constituição Federal, o Código Civil, as Consolidações do Direito do Trabalho e etc.

Não obstante, ao se tratar das fontes dos direitos, não podemos deixar de mencionar ainda: os costumes e a jurisprudência, em consonância com os ensinamentos de Cristina Paranhos Olmos³:

“Não menos importante é mencionar que os costumes e jurisprudência compõem o sistema legal, porquanto usados como fundamentos de outras decisões”. O costume é a crença, a tradição e o argumento de que “algo deve ser feito e deve sê-lo porque sempre foi”.

“A Jurisprudência consiste, basicamente, das decisões reiteradas dos Tribunais, que acabam criando tendência e orientação nos demais julgamentos”.

Assim, em continuidade, no que tange as formas de interpretação das Leis, tem-se, inclusive, o dever de se valer da Teoria Geral do Direito e, por consequente a necessidade de se analisar a integração dos princípios gerais norteadores do Direito do Trabalho, a esta interpretação.

Nesse sentido, os princípios gerais do direito e suas ideias fundamentais, possuem nítida relevância, vez que, norteiam as bases e parâmetros do Direito do Trabalho. Nesse sentido Alice Monteiro de Barros⁴ destaca:

“Os princípios gerais do Direito são” as ideias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundamentadoras, interpretativas e supletivas, a respeito de seu total ordenamento jurídico”.

Dessa feita, em que pese o Direito do Trabalho possua seus princípios específicos, devemos previamente nos atentar para os princípios gerais da Constituição Federal, que se aplicam, por certo, inteiramente no âmbito trabalhista.

³ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, pg. 36.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, pg.136.

Buscando delimitar as linhas as quais o instituto legal em epígrafe – Direito do Trabalho - deverá seguir, para atingir sua máxima eficácia e proteção aos seus destinatários.

Nesse sentir, têm-se os mandamentos de Amauri Mascaro Nascimento⁵:

“Alinha entre os princípios gerais da Constituição, aplicáveis ao Direito do Trabalho: o respeito à dignidade humana, os valores sociais do trabalho, e da livre iniciativa, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, à igualdade entre homens e mulheres nas suas obrigações, além de outros inumerados no art. 5º (inciso II a VII; incisos X, XIII, XVI, a XXI, XXXV e XXXVI, como também os de cunho processual”.

Outrossim, em conformidade com o artigo 5º da nossa Carta Magna, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ressaltando-se, que, o rol existente no artigo supracitado, é meramente exemplificativo.

Claramente, nossa Constituição Federal, veda de maneira muito clara e nítida qualquer forma de discriminação, vez que, partimos de um pressuposto de igualmente entre todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem.

Nota-se, assim, que a maior parte das disposições a respeito da igualdade entre as pessoas e a proibição de discriminação injustificável estão consagradas na própria Constituição Federal.⁶

Nessa esteira, em razão ao tema abordado no presente trabalho, analisaremos com máximo afincos os princípios da Constituição Federal e do Direito do Trabalho, os quais se conectam diretamente com qualquer configuração de discriminação.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho – São Paulo: Ltr, 2003, 0p.123.

⁶ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, pg. 41.

2.1 CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO

“Era desprezado e abandonado pelos homens, um homem sujeito à dor, familiarizado com a enfermidade como uma pessoa de quem todos escondem o rosto, desprezado, não fazíamos caso nenhum dele. E no entanto, eram as nossas enfermidades que ele levava sobre, as nossas dores que ele carregava” (Isaías 53, 3-4).

Discriminação implica em fazer distinções de algo ou de alguém.

Existem diversas formas de discriminação, sendo que nem todas contêm conceito pejorativo, vez que, por vezes se faz necessário discriminar para equilibrar uma relação ou ser apto para percepção de determinado benefício, por exemplo⁷.

Para Otávio Bueno Magano, ao conceituar a discriminação, acrescenta, ainda, que não discriminar é um dever uma obrigação do empregador⁸:

“124. Dever de não discriminar – Discriminar significa distinguir, diferenciar, sendo exatamente isso que o empregador não deve fazer em relação aos seus empregados. Na Constituição brasileira, proíbe-se a discriminação salarial, de exercício de funções e de critério de demissão, por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil. No artigo 461 da CLT, proíbe-se que a discriminação tenha como fundamento a nacionalidade, proibição que encontra respaldo no art. 5º, da Carta Magna, onde se garante igualdade entre brasileiros e estrangeiros”.

Nesse caminhar, temos os ensinamentos de Sônia A. C. Mascaro, a qual distingue a discriminação em duas formas, quais sejam⁹:

⁷ “Assim, embora homens e mulheres sejam inequivocamente iguais (do ponto de vista “ser humano”), e apesar de ser vedado todo o tipo de discriminação, é certo que as presidiárias podem ficar com seus filhos e os presidiários não. É que, como se sabe, a tarefa de amamentação natural cumpre à mãe e, em prol da saúde e do bem-estar do lactente, filho de presidiária, é assegurado que ele possa permanecer em companhia de sua mãe”. “Também pode ser notada a diferença entre homens e mulheres no art. 143, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõe que o serviço militar é obrigatório apenas para eles e não para elas, em tempos de paz”. “A Previdência Social, também diferencia homens e mulheres, ao exigir daqueles idade superior à destas para aposentadoria”. (OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, pg. 40).

⁸ MAGANO, Otávio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 1991, p. 213.

⁹ NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro**; Revista do Advogado. São Paulo. V.25. n.82. dez.2004.AASP pg. 121.

“A discriminação pode ser de vários tipos, conforme definições abaixo elencadas: **Discriminação Direta** – Constitui a adoção de disposições gerais pelas quais sejam estabelecidas distinções fundamentadas em critérios proibidos. O comportamento regular de uma autoridade pública ou uma pessoa privada que trate de forma desigual indivíduos ou membros de um grupo que poderia desfrutar dos mesmos direitos ou benefícios, baseando-se em algum critério proibido. **Discriminação Indireta** – Relacionada com situações, regulamentações ou práticas aparentemente neutras, mas que na realidade criam desigualdades em relação a pessoas que têm as mesmas características. Tais situações surgem quando idênticas condições, tratamento ou critérios se aplicam a todos, mas suas consequências têm impactos negativos por motivos de raça, cor, sexo, ou religião, e não têm vínculo diretamente relacionado com as condições do emprego.”

A origem da palavra discriminação é derivada de *discriminatio*, de *discriminar* (discriminar, distinguir), tendo como conceito trazido do dicionário jurídico forense¹⁰:

‘Na linguagem jurídica é usado para indicar toda sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre várias funções ou encargos, distinguindo-se uma das outras para que se diferenciem ou possam ser encaradas consoante a divisão’.

A forma de discriminação a ser tratada no trabalho em tela é a qual se perfaz por motivo não justificável, causando prejuízo à pessoa discriminada no ambiente de trabalho.

[...] o ato ou fato jurídico capaz de permitir o emprego de meios executivos (de sub-rogação ou de coação), na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução, visando a satisfação do crédito.

Para Cardeal Dom Paulo Everisto¹¹ “discriminar é excluir, é negar cidadania e a própria democracia. Não se trata de eliminar as diferenças, mas de se obter a igualdade, identificando as origens da desigualdade, para que a primeira possa ser

¹⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Forense, 1967. V.II, pg.547.

¹¹ RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010. Pg.17

garantida a todos”. Dessa forma, não existem contra senso quanto os malefícios que a discriminação pode trazer para a sociedade.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DO TRABALHO

É imprescindível, ao versar sobre discriminação, abordar os princípios constitucionais e os princípios do Direito do Trabalho.

Segundo alguns autores os princípios constitucionais, deixaram de ser tão-somente princípios, mas se converteram em direito positivo, nessa esteira, incluímos os disseres de Alice Monteiro de Barros¹²:

“Os princípios constitucionais, segundo alguns autores “têm deixado de ser princípios científicos ou dogmas, para se converterem em direito positivo e, pois, com plena eficácia normativa”. Eles são Súmulas que permitem melhor caracterizar a Constituição e compreende-la. A doutrina tem elaborado um conjunto de noções que se têm cristalizado como princípios constitucionais, entre outros: o Estado de Direito, a vontade popular, os poderes implícitos, a soberania nacional, etc”.

Entretanto, existem também autores que consideram os princípios constitucionais como “síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”.¹³

Nota-se, pois, a extrema relevância dos princípios em nosso sistema jurídico, inclusive, no que tange a sua aplicabilidade supletiva para o preenchimento das lacunas, sendo uma das mais importantes fontes do direito e, portanto, do Direito do Trabalho.

Arnaldo Sussekind, assim define os princípios de Direito do Trabalho¹⁴:

“A nossa definição, já registrada em condições anteriores, corresponde ao conceito exposto pelo metre uruguaio: princípios são enunciados genéricos,

¹² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do Trabalho. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, pg.137.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do Trabalho. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, pg.137.

¹⁴ SUSSEKIND E JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO. **Instituições de direito do trabalho** – 18ª ed. – São Paulo: Ltr, 1999, pg.150.

explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinado a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o interprete, ao aplicar as normas ou sanar as omissões”.

Outrossim, entendemos que os princípios possuem – entre outras – as funções de aclarar, além da criação das leis, mas igualmente, nortear os intérpretes da lei ao aplicar as normas ou sanar suas omissões.

Nossa Carta Magna aborda distintos princípios constitucionais diretamente ligados ao Direito do Trabalho, entre eles temos os contidos no artigo 1º: a **dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho**, *in verbis*¹⁵:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana;**

IV - **os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;**

V - o pluralismo político.” **[grifou-se]**.

Acrescidos ainda, dos pelos princípios: (i) da não discriminação; da continuidade da relação de emprego; (iii) da *irredutibilidade do salário*.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, abrigada em nossa Constituição em 1988, temos os comentários traçados por Arnaldo Sussekind¹⁶:

“Os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho. E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos direitos supraestatais inerentes ao ser humano, cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou tratados internacionais”.

[...]

“Além dessas diretrizes, que guardar íntima relação com o Direito do Trabalho, princípios específicos desse ramo da enciclopédia jurídica podem ser aferidos, como processo de indução, do conjunto de normas adotadas

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁶ SUSSEKIND E JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO. **Instituições de direito do trabalho** – 18ª ed. – São Paulo: Ltr, 1999, pg.152.

pela Constituição a respeito dos direitos individuais e coletivos do trabalho. Alguns deles, emanam, com nitidez, do texto constitucional”.

Complementado pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso¹⁷:

“A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito À criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade”.

É certo que, o princípio da dignidade humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais em Constituições Democráticas¹⁸. Não se sabe ao certo, quem deu início à aplicação do princípio da igualdade como combate a discriminação, sendo atribuído *Rousseau*, conforme disserta Cristina Paranhos Olmos¹⁹:

“Não se sabe, com precisão, quem deu início à aplicação do princípio da igualdade, intimamente ligado ao combate à discriminação. Alguns atribuem a origem histórica aos estoicos, outros ao cristianismo, sem conclusão exata. De toda maneira, certo é que, foi Rosseau que admitiu a igualdade jurídica, no século XVIII, a qual atingiu seu ápice na Revolução Francesa de 1789, que tinha como “lema ” os seguintes princípios: liberdade, igualdade, fraternidade”.

Outro princípio que em muito contempla o tema em pauta, é o princípio da **não discriminação**, que traz consigo a proibição de discriminação no âmbito do trabalho, fundamentado no artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal. Assevera Arnaldo Sussekind²⁰ assevera sob o princípio supracitado:

¹⁷ RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010. Pg.46.

¹⁸ RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010. Pg.47.

¹⁹ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008. Pg.28.

²⁰ SUSSEKIND E JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO. Instituições de direito do trabalho – 18ª ed. – São Paulo: Ltr, 1999, pg.154.

“O princípio da não discriminação, que proíbe diferença de critérios de admissão, de exercício de funções e de salário por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, XXX), ou critério de admissão e de salário em razão de deficiência física (art. 7º, XXXI) e, bem assim, que se distinga, na aplicação das normas gerais, entre o trabalho manual, o técnico e o intelectual ou entre os respectivos profissionais (artigo 7º, XXXII);

Apesar de ambos os princípios serem protegidos pela Constituição Federal, infelizmente, estão impregnados em nossas coletividades, tanto na realidade brasileira como, inclusive, em um quadro mundial.

2.3 OUTRAS FORMAS DE PROTEÇÃO: LEIS E CONVENÇÕES DA OIT

Em que pese existirem princípios constitucionais e princípios do próprio Direito do Trabalho que amparem a proteção contra a discriminação, não só estes os únicos institutos existentes.

Há inúmeras disposições legais que vedam a discriminação em nosso Ordenamento Jurídico, bem como no Direito Internacional (Convenções da Organização Internacional do Trabalho, entre outros)²¹.

2.3.1 Convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT ou ILO, do inglês International Labour Organization) é uma agência da liga das nações, com o enfoque nas questões de trabalho. Fundada após a assinatura do tratado de Versalhes em 1919, constitui-se no princípio da paz universal²².

²¹ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, pg.38.

²² “The ILO was created in 1919, as part of the Treaty of Versailles that ended World War I, to reflect the belief that universal and lasting peace can be accomplished only if it is based on social justice. The Constitution was drafted between January and April, 1919, by the Labour Commission set up by the Peace Conference, which first met in Paris and then in Versailles. The Commission, chaired by Samuel Gompers, head of the American Federation of Labour (AFL) in the United States, was composed of representatives from nine countries: Belgium, Cuba, Czechoslovakia, France, Italy, Japan, Poland, the United Kingdom and the United States. It resulted in a tripartite organization, the only one of its kind bringing together representatives of governments, employers and workers in its executive bodies. The Constitution contained ideas tested within the International Association for Labour Legislation, founded in Basel in 1901. Advocacy for an international organization dealing with labour issues began in the nineteenth century, led by two industrialists, Robert Owen (1771-1853) of Wales and Daniel Legrand (1783-1859) of France.

Composta por 185 países tem como principal objetivo a proteção do trabalhador, atuando contra o trabalho escravo, discriminações, buscando sempre que todos possuam um trabalho decente, condições justas de emprego e não degradantes.

Nesse caminho, disserta Célia Mara Peres²³:

“A organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, após o fim da Primeira Guerra Mundial e aprovação do Tratado de Versalhes, com o fim de auxiliar a retomada das condições de trabalho no mundo, até então devastada pela guerra, buscando com isso, diminuir o estado de miséria, promover a segurança e alcançar a paz entre os povos. A OIT, quando de sua criação, era um organismo internacional vinculado à Liga das Nações, que foi instituída em 28 de abril de 1919, pela Conferência de Paz que colocou fim à Primeira Guerra Mundial”.

Em 1994, a Declaração da Filadélfia complementou as disposições do Tratado de Versalhes e, a partir de 1946, a OIT passou integrar a ONU²⁴.

The driving forces for ILO's creation arose from security, humanitarian, political and economic considerations. Summarizing them, the ILO Constitution's Preamble says the High Contracting Parties were 'moved by sentiments of justice and humanity as well as by the desire to secure the permanent peace of the world...'

There was keen appreciation of the importance of social justice in securing peace, against a background of exploitation of workers in the industrializing nations of that time. There was also increasing understanding of the world's economic interdependence and the need for cooperation to obtain similarity of working conditions in countries competing for markets. Reflecting these ideas, the Preamble states: 'Whereas universal and lasting peace can be established only if it is based upon social justice; And whereas conditions of labour exist involving such injustice, hardship and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled; and an improvement of those conditions is urgently required; Whereas also the failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries. The areas of improvement listed in the Preamble remain relevant today, for example: Regulation of the hours of work including the establishment of a maximum working day and week; Regulation of labour supply, prevention of unemployment and provision of an adequate living wage; Protection of the worker against sickness, disease and injury arising out of his employment; Protection of children, young persons and women; Provision for old age and injury, protection of the interests of workers when employed in countries other than their own; Recognition of the principle of equal remuneration for work of equal value; Recognition of the principle of freedom of association; Organization of vocational and technical education, and other measures". (Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-en/index.htm> acesso em: 25.09.2014).

²³ PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho** – São Paulo: Ltr, 2014, pg 71.

²⁴ Ibid. PERES, pg.72.

A OIT se manifesta através de Convenções ou Tratados ou Recomendações, sendo que os Estados integrantes que as ratificarem deverá segui-las de maneira obrigatória. Nesse caminhar, têm-se as explanações de Célia Mara Peres²⁵:

“A OIT se manifesta por meio de Convenções ou Tratados, Recomendações e Resoluções. As Convenções da OIT são normas obrigatórias aos Estados que as ratificarem, possuindo o status de tratados internacionais multilaterais. As convenções pode ser classificadas em: a) convenções autoaplicáveis, que dispensam regulamentação; b) convenções de princípios, apontando diretrizes gerais que devem ser respeitadas e regulamentadas pelo Estado; c) convenções promocionais, que fazem programas a serem implementados pelos Estados ao longo do tempo. A ratificação de uma Convenção obriga o Estado, passando a norma a integrar o ordenamento jurídico interno. No Brasil, é o Congresso Nacional o órgão legitimado a autorizar a vigência da norma, que aprova por meio de Decreto Legislativo, conforme estipula o art. 49, inciso I, da Constituição Federal I”.

Expostos os aspectos das convenções, conforme acima aclarado, temos que no Brasil é o Congresso Nacional o órgão competente para dar vigência a uma Convenção e este o faz através da provação de um Decreto Legislativo, que posteriormente terá o início da sua vigência com a ratificação, do presidente da Republica.

O Brasil até o presente momento, possui 94 Convenções da OIT ratificadas²⁶, sendo que diversas delas englobam o tema em epigrafe: igualdade e não discriminação.

Em 25 de Abril de 1958, o Brasil ratificou a Convenção n. 100 (“**Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor**”), que trás consigo a igualdade remuneratória entre homens e mulheres, in verbis²⁷:

²⁵ PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ltr: 2014, p.75.

²⁶ Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/convention> acesso em: 27.09.2014

²⁷ SUSSEKIND. Arnaldo. **Convenções da OIT**, 2ªed. Ltr: 1998, p. 338.

“Art. 1 — Para os fins da presente convenção:

a) o termo ‘remuneração’ compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ou trabalhador em razão do emprego deste último;

b) a expressão ‘igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor’, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

Art. 2 — 1. Cada Membro deverá, por meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das taxas de remuneração, incentivar e, na medida em que tudo isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor.”

Conforme se denota do texto acima transcrito, temos o dever de remunerar igualmente os trabalhadores, independente de seu sexo, ou seja, a proibição de remunerações dessemelhante para pessoas de sexos diferentes.

Após a ratificação da Convenção n. 100 da OIT, inúmeros países passaram a editar leis que estabeleciam direitos à igualdade salarial²⁸.

Ainda, nesse sentido, temos que a convenção nos trás a palavra remuneração e não apenas ao salário, o que nos deixa esclarecido que a discriminação não se aplica apenas no salário base, mas na remuneração como um todo.

Em 25 de junho de 1958 foi ratificada pelo Brasil a Convenção n. 111²⁹, cuja vigência se deu em 19.01.1968.

²⁸ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p.42.

²⁹ Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego. Art. 2 — Qualquer Membro

para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Art. 3 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais: a) esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política; b) promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação; c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política; d) seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional; e) assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional; f) indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.

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

Art. 5 — 1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação. 2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

Art. 6 — Qualquer membro que ratificar a presente convenção compromete-se a aplicá-la aos territórios não metropolitanos, de acordo com as disposições da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Art. 7 — As ratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. 8 — 1. A presente convenção não obrigará senão aos Membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tenha sido registrada pelo Diretor-Geral. 2. Ele entrará em vigor doze meses depois que as ratificações de dois Membros tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral. 3. Em seguida, esta convenção entrará em vigor para cada Membro doze meses depois da data em que sua ratificação tiver sido registrada.

Art. 9 — 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos depois da data da entrada em vigor inicial da convenção, por ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia não terá efeito senão um ano depois de ter sido registrada. 2. Todo Membro que, tendo ratificado a presente convenção, dentro do prazo de um ano depois da expiração do período de dez anos mencionado no parágrafo precedente, não fizer uso da faculdade de denúncia prevista no presente artigo, será obrigado por novo período de dez anos e, depois disso, poderá denunciar a presente convenção no fim de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Art. 10 — 1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações que lhe forem comunicadas pelos Membros da Organização. 2. Notificando aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe for comunicada, o Diretor-Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data em que a presente Convenção entrar em vigor.

Art. 11 — O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho enviará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fim de registro, conforme o art. 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações, declarações e atos de denúncia que houver registrado conforme os artigos precedentes.

Art. 12 — Cada vez que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e examinará se é necessário inscrever na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Art. 13 — 1. No caso de a Conferência adotar nova convenção de revisão total ou parcial da presente convenção, e a menos que a nova convenção disponha diferentemente: a) a ratificação, por um Membro, da nova convenção de revisão acarretará, de pleno direito, não obstante o art. 17 acima, denúncia imediata da presente convenção quando a nova convenção de revisão tiver entrado em vigor; b) a partir da data da entrada em vigor da nova convenção de revisão, a presente convenção cessará de estar aberta à ratificação dos Membros. 2. A

Citada Convenção, refere-se ao conceito de discriminação no que tange o emprego e a profissão. Nesse caminhar, o seu artigo 1º define todos os significados relativos ao termo discriminação em relação ao trabalho, *in verbis*:³⁰

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

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

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

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

3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.”

Para alguns doutrinadores, temos que as Convenções supracitadas (de números 100 e 111) merecem destaque acerca do tema discriminação. Assim, esclarece Yara Maria Pereira Gurgel:³¹

“Merece destaque na análise das duas mais importantes Convenções da OIT acerca da discriminação. Enquanto a Convenção n. 100 tem como foco central o tratamento equivalente para homens e mulheres, em especial quanto à questão salarial, a Convenção n. 111 mostra a preocupação com todo o ser humano abrange todas as formas de discriminação, não somente quanto à questão salarial. Essa última Convenção não visa à proteção específica – gênero -, mas tem por objeto o combate a toda e qualquer discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada país. Fica claro, que a Convenção n. 111 da OIT protege o trabalhador em todos

presente convenção ficará, em qualquer caso, em vigor, na forma e no conteúdo, para os Membros que a tiverem ratificado e que não tiverem ratificado a convenção de revisão. (Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>> acessado: 25.09.2014).

Art. 14 — As versões em francês e em inglês do texto da presente convenção fazem igualmente fé.”

³⁰ Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>> acessado: 25.09.2014.

³¹ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípios da igualdade e não discriminação. Sua aplicação às relações de trabalho.** São Paulo: Ltr, 2010 p.114.

os ambientes de trabalho e, em todas as fases da relação laboral – pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo após a cessão do contrato individual de trabalho. Outro ponto de destaque diz respeito à forma de combate à descriminalização e implementação da igualdade material. A Convenção n. 100 promove a igualdade de forma linear – salário igual para trabalho de igual valor entre homem e mulher. Por sua vez, a Convenção n. 111 tem como traço marcante a aplicação da igualdade material. Seu artigo 5º oferece a possibilidade de implementação de políticas afirmativas nas relações laborais, como forma de combater a desigualdade econômica e a exclusão social dos grupos mais vulneráveis. As políticas neutras que simplesmente proíbem a discriminação por motivo de sexo, raça e cor, cedem espaços às ações afirmativas, promotoras de inserção dos grupos vulneráveis.”

Nessa linha, pondera-se o grande marco no tocante de igualdade de não discriminação trazido pelas Convenções de n. 100 e 111. No obstante, referidas Convenções não são as únicas a abordarem o tema em contendo, atualmente existem diversas outras Convenções que as fazem, mesmo que em caráter indireto.

Citando-se, em breve síntese tem-se a Convenções de n. 122, que versa sobre política de emprego, com o intuito de resolver o problema do desemprego e subemprego, sendo que em seu texto novamente aparece a impossibilidade de discriminação de raça, cor e sexo.

Igualmente, compreendemos as Convenções de n. 158 e 159, sendo que esta versa sobre a reabilitação de pessoas deficientes em seus empregos e àquela, aborda a possibilidade de o empregador demitir o empregado apenas com justo motivo – o que não se confunde com justa causa -.

É certo que a discriminação há tempos deixou de ser um problema local, de apenas um país ou território, e sim uma preocupação global onde diversas nações vêm atendendo-se para o assunto.

2.3.2 Lei n. 9.029/95

Entre outros preceitos legais que aventam da discriminação, temos o marco da Lei n. 9.029/95, que além de proibir que o empregador exija dos empregados atestados médicos de gravidez ou esterilização, veda qualquer discriminação por motivo de sexo, origem, raça, cor estado civil, situação familiar ou idade.

Citada Lei, traz consigo, inclusive, pena de detenção de um a dois anos e multa administrativa para o empregador que incidir em discriminação, nesse caminhar, temos o seu artigo 1º e 2º, *in verbis*³²:

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

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

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

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

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

I - a pessoa física empregadora;

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

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

Assim, no que diz respeito à exigência de atestados médicos de gravidez ou esterilização, a Lei n. 9.029/95 debate apenas do momento pré-contratual e do

³² Disponibilizado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm acessado 26.09.2014.

momento de vigência do contrato de emprego. Contudo, silencia sobre a fase pós-contratual, quando a discriminação também pode ocorrer com frequência³³.

Para melhor compreensão, incluímos os ensinamentos de Célia Mara Peres, que explica a abrangência da Lei em contendo³⁴:

“Dispõe o art. 1º da Lei n. 9.029/95, para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, fica proibida a adoção de práticas discriminatórias por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Nada obstante o *caput* do dispositivo se refira taxativamente às situações mencionadas, estamos convencidos de que não se trata de previsão fechada, ou seja, permite que outras condutas discriminatórias possam ser consideradas como tal, diante do seu sentindo meramente exemplificativo”.

Desta feita, em que pese a Lei n. 9.029/95 deixar de englobar o momento pós-contratual, assegura o trabalhador durante o pacto laboral, bem como, no período pré-contratual, evitando qualquer prática de discriminação do empregador em virtude de possível gravidez.

Destaca-se, ainda, como consequência de discriminação sofrida, a possibilidade de o empregado, pleitear o ressarcimento de seu dano através da responsabilidade civil (artigos 186 e 187 do Código Civil), bem como, do dever do empregador reintegrar o empregado discriminado.³⁵

³³ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 45.

³⁴ PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ltr: 2014, p.106.

³⁵ "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **EXIGÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. DANO MORAL COLETIVO**. A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais para candidatos a vaga de emprego não importa, se justificada, violação à dignidade, intimidade ou à vida privada, conforme art. 5º, X, da Constituição Federal. Contudo, a questão não comporta solução simples, exigindo a ponderação de valores, pois se confrontam o direito do empregador ao resguardo de sua segurança e de seu patrimônio, bem como de seus clientes, e o direito do empregado (ou candidato ao emprego) ao resguardo de sua intimidade. Portanto, somente a análise de cada situação poderá indicar a razoabilidade da exigência. A Ré a justificou afirmando ser um dos critérios de avaliação, com análise do tipo do delito praticado pelo candidato e a função a ser exercida, apenas não se efetivando a contratação caso exista incompatibilidade. Contudo, não se pode considerar razoável a justificativa apresentada pela Ré, pois a exigência é dirigida a todos os candidatos, independentemente da função pretendida. A justificativa de que, a depender da espécie de delito irá direcionar o candidato para vaga compatível, com todo respeito, não convence, pois para

Em síntese, a edição da Lei n. 9.029/95 foi passo de importância imensurável ao tratar-se das medidas de combate à discriminação³⁶.

tanto necessitaria a Ré compor seu departamento pessoal com profissionais de diversas áreas: de um criminalista, para interpretar as condutas descritas na certidão de antecedentes; de um psiquiatra/psicólogo, para efetuar análise comportamental; de um investigador para averiguar a conduta social; etc. Desse modo, mais adequado aos objetivos do empregador que o processo seletivo se estenda com entrevistas com o candidato, onde, prestigiando-se a boa-fé que deve nortear a fase pré-contratual, poder-se-á indagar sobre eventuais condenações criminais, possibilitando ao candidato, de maneira clara e objetiva, esclarecer os motivos de tais pendências, caso existentes. Assim, a imposição aos candidatos de devassarem sua intimidade, além de inócua, possibilita à Ré, sem justificativa razoável, adotar conduta discriminatória quando da contratação, deixando a seu alvedrio determinar quem pode ou não ser agraciado com a possibilidade de ser contemplado com o emprego. No caso, há elementos nos autos suficientes para caracterizar o dano moral coletivo, sendo devida a reparação correspondente. **Não há dúvidas de que a conduta da Reclamada ao instituir exigências sem amparo legal para contratar empregados, exigências essas que lhe proporciona subsídios para adotar conduta discriminatória na contratação, atingiu a dignidade, os valores e os conceitos sedimentados de toda a coletividade, pelo cerceio às garantias da dignidade da pessoa humana.**" (TRT 09ª Região. 7ª Turma. Recurso Ordinário. Processo nº 00192-2012-325-09-00-8. Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES. Publicado no DEJT em 07-06-2013) destaques no original" (disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20201154002.2013.5.13.0008&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAGIfAAH&dataPublicacao=19/09/2014&localPublicacao=DEJT&query=9029%20and%20/%20and%2095> acessado em 29.09.2014).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA GESTANTE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. LEI Nº 9.029/95. CARACTERIZAÇÃO. Mostra-se prudente o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista com fins de prevenir eventual violação do art. 1º da Lei nº 9.029/95. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA GESTANTE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. LEI Nº 9.029/95. CARACTERIZAÇÃO. O Tribunal Regional manteve a sentença que revertera a justa causa aplicada à autora por desídia e reconheceu o abalo moral sofrido por ela em razão da conduta da empresa ao submetê-la, grávida, a diversos constrangimentos, impedindo-a de trabalhar em grupo, impondo o seu isolamento social, ligando para sua médica para confirmar as complicações médicas decorrentes do seu estado gravídico, além de contatando sua mãe para relatar o comportamento da filha no ambiente de trabalho. Em virtude do dano moral comprovado nos autos, o TRT majorou o valor da indenização para R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Contudo, mostra-se evidente do quadro fático traçado pelo Tribunal Regional que a dispensa da autora ocorreu de forma discriminatória, pois confirmado o assédio moral praticado pela empregadora ao pretender que ela se autodesligasse, tanto que questionou a postura da empregada com a sua genitora e com a sua médica quanto aos afastamentos e atestados médicos oriundos da gravidez. Como não logrou êxito, despediu-a por justa causa. Nessas circunstâncias que constituem fatos e provas consignados no acórdão recorrido, não há como não se entender violado o art. 1º da Lei nº 9.029/95, uma vez que se a dispensa não ocorreu em razão da gravidez, ocorreu em virtude dos sucessivos atestados e afastamentos justificados, o que caracteriza ato discriminatório nos termos na referida norma. Recurso de revista conhecido por violação do art. 1º da Lei nº 9.029/95 e provido. (RR - 111840-48.2007.5.05.0020 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 13/11/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013)" (disponibilizado em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%201118408.2007.5.05.0020&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANclAAW&dataPublicacao=22/11/2013&localPublicacao=DEJT&query=9029%20and%20/%20and%2095%20and%20exig%EAncia%20and%20atestado%20and%20gravidez> acessado em 29.09.2014).

³⁶ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 47.

3 DISPENSAS DISCRIMINATÓRIAS

Todo sujeito é capaz
De viver com liberdade.
Ninguém vale mais que o outro:
Eis uma grande verdade”

“Seja qual for sua raça, sua cor,
Homem ou mulher,
Fale a língua que falar,
Adore o Deus que quiser [...]”.

(Padre Jocy Rodrigues. Declaração
Universal dos Direitos Humanos.
Petrópolis: Vozes, 1978).

Apesar de o tema em destaque, referir-se a dispensa discriminatória, temos que a discriminação nas relações de trabalho, poderá se dar em diversos momentos durante o percurso laboral.

Para Alice Monteiro de Barros, a discriminação poderá ocorrer na admissão, no curso do contrato e na dissolução do pacto laboral, em várias ou alguns setores, inclusive no setor público³⁷.

³⁷ Nas palavras de Alice Monteiro de Barros, a discriminação poderá ocorrer na admissão, no curso do contrato e na dissolução do pacto laboral, em vários ou em alguns setores, inclusive no emprego público, principalmente quando a seleção não se faz por concurso, como também em todo o País ou em algumas regiões. A discriminação poderá ocorrer, portanto, em todas as etapas de contratação. No ato da **contratação**, uma empresa poderá praticar ato de discriminação mediante anúncios de emprego ou de um modo mais discreto, por meio do departamento de pessoal, que acata a política da direção. Poderá, ocorrer também, o que é mais raro, de a discriminação ser fruto de pressão exercida pelos próprios funcionários da empresa, que não desejam trabalhar com alguém em face de suas características pessoais. Geralmente, as pessoas sujeitas a discriminação, não tiveram acesso aos meios adequados de educação e formação profissional e, evidentemente, isso limita suas oportunidades quando reivindicam empregos que exijam melhor qualificação. O implique atribuições mais rudes, de baixa remuneração, que outros se recusaram a aceitar. (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, p.890).

A discriminação poderá ocorrer ao final do contrato de trabalho, sob a “desculpa” de corte de mão de obra, redução de gastos, ou inclusive, com a simples dispensa, sem justificativa.

Como é sabido, até o presente momento, nosso país não possui normas que proíbam a dispensa sem justa causa ou sem justificativa, o que socorre a prática da discriminação.

3.1 ESPÉCIES DE DISCRIMINAÇÕES

São muitas as espécies de discriminação existentes no âmbito jurídico, várias delas advindas da Lei Maior. Nos termos já descritos previamente, a discriminação é algo proibido e injustificável.

Nas relações de trabalho, as consequências da discriminação são ainda mais sérias, porque ela retira do empregado aquele que é o seu maior patrimônio: o próprio trabalho³⁸.

Em que pese exista incontáveis espécies de discriminações no ambiente de trabalho, algumas formas são mais corriqueiras, desta feita, iremos analisá-las apartadamente nos próximos tópicos.

Ressalta-se, ainda, que infelizmente uma mesma pessoa, pode sofrer discriminação por mais de uma razão, ou seja, ela pode se classificar em mais de um grupo “discriminado”. Nesse sentir temos os preceitos de Cristina Paranhos Olmos³⁹:

“Por fim, cumpre ressaltar que pode haver multiplicidade de fatores que causam a discriminação. A mesma pessoa pode ser discriminada por ser mulher e por ser negra e, assim, discriminada duas vezes por pertencer a

³⁸ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 57.

³⁹ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 58.

dois grupos sabiamente “em desvantagem” perante a sociedade (o que se lamenta profundamente)”.

3.1.1 Discriminação Por Etnia

No que diz respeito à discriminação por Etnia, temos que está é se define em virtude da utilização da diversidade de etnia como causa da discriminação.

Entende-se por etnia as características físicas, culturais e sociais, provenientes das diversidades da raça humana em conformidade com a localização geográfica, e a origem da nação, ou seja, as peculiaridades que nascem e se desenvolvem com os cidadãos de acordo com o local que este nasce, por exemplo, em seu país.

É de causar estranheza, que em nosso país haja discriminação de etnia, afinal, o Brasil não apenas colonizado pelo Português, mas também pelos Holandeses no nordeste. Igualmente, obtivemos altas taxas de imigrações de diversos países do mundo: ingleses, africanos, franceses, entre outros.

Sem mencionar, todos chineses, japoneses e coreanos que imigraram para o Brasil e encontram-se concentrados em São Paulo.

Denota-se, facilmente, em virtude de nossa origem histórica, que o Brasil é um país formado pelas mais diversas etnias, sendo que, em uma análise simplicista, temos por obvio que de fato, os únicos Brasileiros natos, são os povos indígenas.

Em consonância, temos os ensinamentos de Cristina Paranhos Olmos⁴⁰:

“É que nosso país é formado por pessoas das mais diferentes etnias, não se sabe precisar até mesmo que é o brasileiro nato – talvez apenas o índio o seja -, porque a grande massa de brasileiros, ainda hoje, é formada por uma enorme mistura de raças”

⁴⁰ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 58.

“O Brasil, sabemos, foi colônia de Portugal desde seu descobrimento, em 1500, até sua dependência, proclamada em 1822. É inegável a influência dos portugueses em nossa cultura e mesmo na formação de nossa etnia, porquanto milhares dos portugueses migraram para o Brasil, quando ainda colônia de Portugal. Os índios sabemos, já viviam em nosso continente e também integraram a mistura de etnias ocorrida no país”.

Acerca do tema, temos por uma conclusão lógica que o Brasil não possui uma etnia definida, tratando-se de um país com uma imensa mistura de etnias. Daí a conclusão, da imensa estranhada da existência dessa classificação de discriminação.

A discriminação por etnia, também denominada de discriminação racial, está inclusa nas preocupações internacionais, encontrando respaldo na Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, onde se tem em seu artigo 1º⁴¹:

“Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”

Infelizmente, em se tratando de discriminação etnia ou racial, os maiores problemas encontrados em nosso país, refere-se, a discriminação com os afrodescendentes.

A despeito disso, temos os dizeres de Cristina Paranhos Olmos⁴²:

“Eles são quase sempre as pessoas que compõem a numerosa parcela pobre ou miserável de nossa sociedade. Não lhes é destinado tratamento adequado ou igualitário, e, mais grave, não lhes são concedidas iguais

⁴¹

Disponível em
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm> acessado
 29.09.2014.

⁴² OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 59.

oportunidades e condições de trabalho. A dificuldade de o negro obter colocação profissional faz com que essa parcela da população apresente cada vez mais dificuldades para saltar de um patamar socioeconômico para outro superior, e, assim, criam-se situações lamentáveis”.

Em continuidade com os aspectos de repreensão de práticas discriminatórias por etnia, temos que em 1997 foi sancionada em nosso país a Lei de nº 9.459, a qual considera como crime condutas discriminatórias, com a pena de reclusão de um a três anos, e multa⁴³.

Lamentavelmente, em que pese à existência de diversos preceitos legais, a discriminação etnia ainda persiste em nosso País e, o racismo ainda é um fator para a dispensa discriminatória de diversos trabalhadores.

3.1.2 Discriminações por sexo

No que diz respeito a discriminação por sexo, temos a existência, não apenas do preterimento das mulheres em face aos homens, como também, a discriminação da mulher, em razão dos supostos gastos operacionais que esta poderá gerar.

Isto porque, a discriminação sofrida pelas mulheres, não se restringem apenas no durante o lapso laboral, mas advém, inclusive, antes de sua admissão, onde por muitas vezes, as mulheres deixam de ser contratadas em virtude de gastos operacionais decorrentes de uma possível gravidez futura ou até mesmo em razão da estabilidade existente após a gestação⁴⁴.

⁴³ Em 14 de maio de 1997, foi sancionada, em nosso País, a Lei n. 9.459, considerando crimes as condutas que implicam a prática, o induzimento e a incitação da discriminação ou preconceito de **raça, etnia, cor, nacionalidade ou religião**, cominando aos infratores a pena de reclusão de um a três anos, além de multa. E em 23 de maio de 2003 editou-se a Lei n. 10.678, que criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial, da Presidência da República, com o objetivo de tornar efetivo o combate à discriminação. (BARROS, Alice Monteiro de **Curso de direito do Trabalho**. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, p.896).

⁴⁴ Licença – Maternidade de 120 dias (art. 71 da Lei n.8.213/91); Estabilidade provisória de emprego (art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A existência da discriminação entre homens e mulheres no âmbito do trabalho, possui um cunho histórico acentuado, primeiramente, temos, por exemplo, que no Renascimento o trabalho destinado para as mulheres eram os afazeres domésticos e quando muito, exerciam atividades de cunho artesanal em pequenas unidades de proteção. Já na Revolução Industrial, momento o qual a mulher passou a exercer de fato, atividades laborais diversas daquelas desempenhadas em seus lares, esta era vista como uma mão de obra fácil e barata⁴⁵.

Ao longo da história, algumas normas foram surgindo com o objetivo de garantir maior proteção à mulher, em razão da desigualdade real presente e a fim de conceder à mão de obra feminina iguais oportunidades e tratamento⁴⁶.

Outrossim, temos que a discriminação por sexo, poderá se manifestar de forma direta ou indireta⁴⁷.

Nesse direcionamento, temos os dizeres de Alice Monteiro de Barros em seu artigo *Discriminação no Emprego por Motivo de Sexo*⁴⁸:

“A discriminação pressupõe, portanto, um tratamento diferenciado comparativamente desfavorável, que nem sempre advém de preconceito contra as mulheres, mas do fato de que sua contratação poderá elevar os

⁴⁵ No Renascimento, o trabalho reservado à mulher era aquele que se desenvolvia no âmbito da residência ou em pequenas unidades de produção (em geral de cunho artesanal), com o fito de atender às necessidades domésticas (cuidados com o lar e com os filhos) e ao complemento da renda familiar. Na época da Revolução Industrial, o trabalho artesanal foi sendo retirado das mulheres, posto que muitas matérias-primas passaram a ser trabalhares por meio das máquinas. O aumento da procura por emprego e a diminuição da oferta fizeram das mulheres, assim como das crianças, a mão de obra “barata”, também chamada de dócil, que possibilitava, à época, remuneração menor em relação aos homens contratados para as mesmas tarefas, além de longas jornadas. (PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho** – São Paulo: Ltr, 2014, p. 109.

⁴⁶ PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho** – São Paulo: Ltr, 2014, p. 110.

⁴⁷ A discriminação manifesta-se de forma direta ou indireta. A primeira pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas, enquanto a discriminação indireta, traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. (BARROS, Alice Monteiro de. **Discriminação no emprego pode motivo de sexo**. In: RENAULT, Luis Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010, p.61).

⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Discriminação no emprego pode motivo de sexo**. In: RENAULT, Luis Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010, p.62.

custos operacionais da empresa. Note-se, entretanto, que o comportamento conservador em relação à mulher na vida familiar e social, reforçam a discriminação”.

A respeito da discriminação por sexo, são inúmeras as normas e convenções, que abordam os direitos da mulher no âmbito de trabalho.

Nos termos das já citadas Convenções da OIT de números 100 e 111, tem-se a obrigação de tratamento igual entre os seres humanos, assim como, o pagamento de remunerações iguais para trabalhos de iguais valor.

Por oportuno, destaca-se a, ainda, a promulgação da Lei n. 9.799/99, que incluiu à Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 373-A⁴⁹, buscando acabar as diferenças entre homens e mulheres no âmbito das oportunidades profissionais.⁵⁰

Vê-se, pois, os ensinamentos de Sônia Aparecida Costa Mascaró, acerca das formas existentes de proteção do trabalho da mulher⁵¹:

“O Capítulo III da CLT “Da proteção do Trabalho da Mulher”, define regras proibitivas aos empregadores com o intuito de inserir as mulheres no mercado de trabalho e garantir a continuidade daquelas que já trabalham”.

⁴⁹ Art. 373A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm > acessado em 25.09.2014

⁵⁰ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 67.

⁵¹ NASCIMENTO. Sônia A. C. Mascaró. **A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro**; Revista do Advogado. São Paulo. V.25. n.82. dez.2004.AASP, p.123.

“Alguns dispositivos deste capítulo são recentes, tais como o artigo 373-A, introduzido pela Lei n. 9.799/99, que proíbe: a dispensa em razão do sexo ou estado de gravidez; considerar o sexo como fator determinante de remuneração; formação profissional ou ascensão profissional; exigir atestado para comprovação de esterilidade ou gravidez na admissão ou permanência no emprego; realizar o empregador revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Além destes, também temos os artigos de proteção à maternidade e à mãe adotante, conforme o artigo 392-A, que dá direito à licença maternidade também à mãe adotante, acrescentado pela Lei n. 10.421/2002”.

O tema em pauta, importa, uma observação especial, ao tratar-se da discriminação de sexo, devendo nos atentar-se para a **discriminação negativa**, de maneira que em virtude das diferenças físicas existentes entre homens e mulheres, por muitas vezes se faz necessário a diferenciação de tratamento. Em outros dizeres, é preciso por vezes diferenciar os direitos a fim de igualá-los.⁵²

Infelizmente, apesar de todas as tentativas de igualar salários por trabalhos de igual valor, as estatísticas demonstram que as mulheres continuam percebendo salários inferiores aos que são pagos aos homens, na maioria dos países⁵³.

Coleciona-se, ainda, a existência de anúncios de empregados, que destacam especificadamente como qualificação de vaga, a obrigatoriedade do sexo masculino.

Em caráter conclusivo, temos em os dizeres de Irineu Barreto:⁵⁴

“A necessidade de participação equitativa das mulheres nos diversos postos de trabalho, nas esferas de poder, nos centros decisórios, é uma imposição do direito à plena cidadania, que não se adquire com mera igualdade na lei, clamando por condições, por possibilidades materiais que permitam às

⁵² Nesse sentido: “Normalmente, quando a doutrina aborda o tema relacionada à **discriminação negativa do sexo**, se faz estudo acerca do trabalho prestado pela mulher, posto que integra o grupo de pessoas que, no cenário das relações de trabalho, historicamente sofreu e recebeu tratamento discriminatório injustificado. Não obstante tenhamos abordado esse tema, quando da análise contida na CLT”. (PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho** – São Paulo: Ltr, 2014, p. 110).

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. **Discriminação no emprego pode motivo de sexo**. In: RENAULT, Luis Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010, p.66.

⁵⁴ BARRETO, Irineu. **A evolução do conceito de universalidade dos direitos humanos e a participação das mulheres na construção da democracia**. In: Dimensão Jurídica. Cadernos Condição Feminina. Portugal: 1991, n. 33, p.65.

mulheres alcançar a igualdade de resultados. Do contrário, “o princípio da igualdade encerrará uma evidente hipocrisia, ao esconder fatores de várias ordens, dos sociais aos culturais, que favorecem os homens, colocando-os em situação privilegiada”⁵⁵.

Destarte, a discriminação contra as mulheres, é portanto, uma medida injustificável, não merecendo guarida em nosso ordenamento jurídico e, em Convenções Internacionais, devendo ser combatida a fim de igualar os homens e mulheres

3.1.3 Discriminação Pela Orientação Sexual

Conforme já mencionado, a discriminação consiste em tratamento desigual de alguém que prejudique outrem.

A discriminação em razão da orientação sexual do empregado é das mais constrangedoras para o trabalhador, porque está ligada à sua sexualidade, o que é inerente à esfera ítima de cada pessoa⁵⁵.

Nessa caminhada, temos o conceito orientação sexual trazido por Vera Lúcia Carlos⁵⁶:

“A orientação sexual pode ser compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração sexual se dirige para alguém do mesmo sexo, do sexo oposto, de ambos os sexos, ou para ninguém”.

Em que pese a liberdade sexual de cada pessoa, dizer respeito apenas a ela mesma e, de nossa Constituição Federal proferir piamente que todos somos livres e iguais perante à Lei, referida liberdade, desfortunadamente, encontra óbice no preconceito e discriminação.

⁵⁵ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 73.

⁵⁶ CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004. P.112.

Nessa esteira, Alice Monteiro de Barros, disserta sobre o tema⁵⁷:

“A orientação sexual situa-se na esfera ítima do empregado e sob tutela de sua vida particular, as quais fogem “ao crivo de juízo de censura” no âmbito do Direito do Trabalho. Figuram também como causa a discriminação e o princípio da igualdade. Lembre-se, entretanto, que a opção pelo homossexualismo não eleva esse empregado ou empregada acima do poder disciplinar do empregador, tampouco lhe concede a liberdade de exercer formas de comportamento sexual no ambiente de trabalho. A liberdade sexual encontra limites nas liberdades de outros empregados (indivíduos heterossexuais) aos quais não se permite constringimento, com manifestações eróticas, no âmbito do trabalho, inaceitando o empregador esse gênero de dispersão”.

Ora, se vivemos em um sociedade preconceituosa no geral, não é de se espantar ao nos depararmos com práticas discriminatórias, em razão da orientação sexual no âmbito do trabalho. Entretanto, em consonância com o acima citado, temos que o empregado homossexual deverá se portar adequadamente em seu ambiente de trabalho, adequação esta, que deverá respeitar o mesmo limite exigido para os casais heterossexuais.

Nessa toada temos os esclarecimentos de Rodolfo Pamplona Filho⁵⁸:

“Certo, porém, é que, independentemente da visão ideológica, política, filosófica ou religiosa de cada indivíduo em relação ao homossexualismo, não há como se negar a cidadania ao homossexual, relegando-lhes à marginalidade e à hipocrisia de somente ser aceito se a sua vida pessoal estiver relegada a quatro paredes”.

“Todavia, como o preconceito (e a discriminação) grassa fortemente na nossa multiforme sociedade, é lógico que isto não poderia deixar de ocorrer na seara da relação de emprego, onde o poder e o tratamento diferenciado podem se tornar tragicamente complexos”.

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, p.956.

⁵⁸ FILHO. Rodolfo Pamplona. **Orientação sexual e discriminação no emprego**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 98, p.70, abril de 2000, Doutrinas Essenciais do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, vol.3., p.8.

Até o presente momento, não há norma específica para a proteção contra a discriminação dos homossexuais nas relações de emprego, entretanto, isso não significa dizer que não haja proteção contra a discriminação em epígrafe.

Socorrendo-se dos princípios constitucionais, das normas internacionais e, principalmente das garantias constitucionais, a jurisprudência tem se demonstrado conivente com o reconhecimento dos direitos dos homossexuais⁵⁹.

Nesse sentir, podemos citar inúmeros julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho, os quais protegem as relações homoafetivas no ambiente de trabalho, tanto no sentido de repelir a discriminação dos demais empregados, como no sentido de igualar os direitos das uniões heterossexuais, com as uniões homossexuais, assim vejamos:

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, deu provimento a solicitação de inclusão do companheiro no plano de saúde do Vindicante⁶⁰:

“UNIÃO HOMOAFETIVA. DEPENDENTE. Uma vez comprovado que a união homoafetiva se estabeleceu de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição familiar, impõe-se o deferimento do pleito de inclusão do companheiro como dependente para fins de percepção de pensão estatutária, dedução na fonte do imposto de renda e assistência médica e à saúde.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em 2013, em julgamento de Recurso Ordinário⁶¹, condenou a empresa a pagar indenização por danos morais em

⁵⁹ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 75.

⁶⁰ Acórdão TRT-5 - RA: 749001320085050000 BA 0074900-13.2008.5.05.0000, Relator: LUIZ TADEU LEITE VIEIRA, ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 31/03/2009.

⁶¹ Acórdão: Dano moral. Merece ser mantida a sentença que condenou a empregadora a pagar à reclamante indenização por dano moral, considerando a atitude desrespeitosa e ofensiva de seu superior hierárquico por conta da relação homoafetiva mantida entre a autora e outra empregada da reclamada. (TRT-1 - RO: 9732220105010043 RJ , Relator: Jorge Fernando Gonçalves da Fonte, Data de Julgamento: 26/03/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 2012-04-19).

virtude de atitude despespeitosa e ofensiva de superior hierárquico por conta da relação homoafetiva mantida entre a autora e outra empregada da Reclamada.

E o julgado mais recente, proferido no presente ano – 2014 -, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, indenizou a empresa ao pagamento de danos morais, eis que está praticou atos de homofobia, *in verbis*⁶²:

“HOMOFOBIA. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Para efeito de cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado, vez que se trata de questão estritamente relacionada à sua intimidade. In casu, restou provada a insólita conduta patronal, com a prática reiterada de ofensas de cunho homofóbico por parte de superior hierárquico, que atingiram o patrimônio moral da obreira, resultando a obrigação legal de reparar. O epíteto de "sapatona" utilizado à miúdo por preposta da demandada, é expressão chula de cunho moral e depreciativo que, nas circunstâncias, constitui grave atentado à dignidade da trabalhadora, pelo alto grau de ofensividade e execração moral, agravada por ser proferida diante do corpo funcional. Independentemente da opção sexual da autora, que só a ela diz respeito posto que adstrita à esfera da sua liberdade, privacidade ou intimidade, a prática revela retrógrada e repugnante forma de discriminação, qual seja, o preconceito quanto à orientação sexual do ser humano. A histeria homofóbica e a hipocrisia explicam o incipiente estágio de conquistas na esfera legislativa e a demora na efetivação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade do ser humano, independentemente da forma como cada um expresse a sua sexualidade. O Judiciário tem se posicionado de forma vanguardista contra o conservadorismo e a ortodoxia, ao assegurar igualdade substantiva ao segmento perseguido e hostilizado que assume orientação sexual diversa do "padrão modelar", garantindo o direito à convivência, à formação da família e à união civil homoafetiva, cumprindo a promessa constitucional de igualdade e de organização da sociedade com vistas à felicidade. Nesse sentido, o julgamento proferido pelo E. STF, na ADIn 4277 e ADPF n.º 132. No caso, caracterizou-se o atentado à dignidade da trabalhadora, que se viu humilhada com ofensas e atingida em sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF), malferindo o empregador, por meio do seu preposto, os princípios da igualdade (art. 5º, caput, CF) e da dignidade humana (art. 1º, III, CF), práticas estas intoleráveis numa sociedade que se alça a um novo patamar civilizatório. Recurso patronal ao qual se nega provimento no particular.

Tem-se, como exemplar o julgado supra citado, vez que esse, protege a união homoafetiva, em razão dos princípios: (i) da dignidade da pessoa humana; (ii) da igualdade e dignidade do trabalhador, deixando cristalino que “para efeito de

⁶² Acórdão: TRT-2 - RO: 00010612020135020078 SP 00010612020135020078 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 05/08/2014, 4ª TURMA, Data de Publicação: 15/08/2014).

cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado”.

Assim, conclui-se, que independentemente, qual seja a orientação sexual do trabalhador, este jamais poderá sofrer discriminação em razão disto e, certamente que suas opções de cunho pessoais, não interferem de nada em sua capacidade profissional ou tão pouco, são relevantes de qualquer maneira em seu trabalho.

3.1.4 Discriminação de Portadores de Necessidades Especias

“O primeiro direito fundamental do homem é indiscutivelmente o direito à vida. Esse direito, entanto, está apoiado em alguns pilares essenciais, dentre eles a saúde e o trabalho. Sem saúde, a vida parece, sem trabalho, a saúde e a vida podem ficar comprometidas”.

(OLIVEIRA. Sebastião Geraldo. In: RENAULT, VIANA, CANTELLI, Paula coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010, p. 84).

No tocante à situação do trabalhador portador de necessidades especiais, antes de adentrarmos nas proteções legais, se faz necessário conceituar a abrangência do termo “portadores de necessidades especiais”.

Nesse diapasão, a OIT (Organização Internacional do Trabalho), em sua Convenção de nº 159 – **Reabilitação Profissional e Empregos de Pessoas**

Deficientes -, ratificada pelo Brasil em agosto de 1989, estabelece em seu artigo 1º⁶³:

“PARTE I – DEFINIÇÕES E CAMPO DE APLICAÇÃO – Art. 1º - 1. Para efeitos desta Convenção, entende-se por “pessoa deficiente” todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.”

As necessidades especiais, comportam não apenas aquelas físicas, mas também as mentais, o importante é frisar a redução da possibilidade do obreiro em obter e conservar o seu emprego em razão de suas limitações.

Hoje em dia, o mercado de trabalho, tanto no Brasil, como mundo, é um local onde existem disputas acirradas, sendo que, infelizmente, as pessoas portadoras de deficiência participam dessa luta em desvantagem. Nesse caminhar, temos os ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira⁶⁴:

“A pessoa deficiente luta em posição de desvantagem para garantir trabalho e saúde e, na maioria das vezes, perdem na competição acirrada do mundo atual. Para os deficientes, o índice de desemprego é duas ou três vezes superior; a baixa qualidade de vida, a pobreza e a desnutrição são muito mais acentuadas e a exclusão social predomina, bastando citar o reduzido acesso deles às universidades”.

Nesse caminhar, corroboram com o explanado, os ensinamentos de Cristina Paranhos Olmos⁶⁵:

⁶³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**, 2ªed. Ltr: 1998, p.368.

⁶⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. In RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010, p. 84.

⁶⁵ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 84.

“Ocorre que a pessoa que carece de qualquer característica de saúde mental também, a nosso ver, deve ser classificado como “deficiente”, pois como ao que o próprio termo remente, falta alguma coisa para que a pessoa se apresente como integral condição de saúde”

No que concerne as Leis próprias a respeito do tema em questão, temos sua proteção resguardada, de modo inclusivo, através da Lei n. 7.853/89, onde em seu artigo 8º, prevê como crime o ato do empregador que demite ou deixa de admitir empregado em virtude deste portar deficiência física.

Desta feita, transcreve-se o artigo 8º da Lei supra citada:

“Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público”.

Acrescenta-se, ao assunto em pauta o Decreto nº 3.298, comentado por Sônia Amauri Mascaro⁶⁶:

⁶⁶ NASCIMENTO. Sônia A. C. Mascaro. **A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro**; Revista do Advogado. São Paulo. V.25. n.82. dez.2004.AASP, p.122.

“Regulamentado estas disposições legais, foi publicado no Diário Oficial da União, em 21.12.1999, o Decreto nº 3.298, estabelecendo, entre outros, no artigo 36, que as empresas com cem ou mais empregados estão obrigadas a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoas portadora de deficiência habilitada na proporção: até duzentos empregados , dois por cento; de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento; de quinhentos e um a mil empregados quatro por cento, empresas com mais de mil empregados, cinco por cento”

Em 1991, foi sancionada a primeira Lei que criou reserva de vagas aos deficientes físicos (no Serviço Público da União, Autarquias e Fundações Públicas), tratando-se da Lei de nº 8.213/91.

Não obstante, referida Lei, em seu artigo 93º, parágrafo primeiro⁶⁷, estabelece que quando um deficiente é dispensado, deve ser contratado um substituto em condições semelhantes⁶⁸. Atinente o exposto, temos os esclarecimentos de Francisco das C. Lima Filho⁶⁹:

“Refletindo essa proteção a regra do art. 93, parágrafo 1º da Lei n. 8.213/91 estabelece que a “dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante””.

⁶⁷ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

⁶⁸ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 87.

⁶⁹ FILHO, Francisco das C. Lima. **Discriminação no trabalho, no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade**. Ltr: Revista legislação do trabalho. São Paulo. V.65. n.10. outubro 2001, p.65.

Por certo, que conforme citado em linhas pretéritas, temos, igualmente, a proteção constitucional advinda das garantias individuais e dos direitos fundamentais (art. 5º). Acrescenta-se, ainda o artigo 7º da referida Constituição, o qual asseguro a isonomia em especial aos deficientes.

No mesmo diploma legal, no artigo 37º, inciso VIII⁷⁰, dispõe sobre a administração Pública, e assegura a reserva de mercado aos deficientes⁷¹. Permanecendo, ainda, na Constituição Federal, está em seu artigo 203, inciso IV, assegura ao deficiente habilitação e reabilitação profissional, nesse sentido, temos os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros⁷²:

“O art. 203 da Constituição, no inciso IV, assegura ao deficiente habilitação, reabilitação profissional e a promoção de sua integração à vida comunitária e, no inciso V, garante um salário mínimo mensal ao deficiente que comprovar não possuir meios próprios de manutenção ou de tê-la provida pela família”.

Por fim, merece melhor destaque a recente Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia da ONU. A fim de exaurir melhor o tema, temos os comentários de Sebastião Geraldo de Oliveira⁷³:

“Merece destaque especial, nesta sequência, a recente “Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência” composta por 30 artigos, aprovada pela assembleia Geral da ONU em dezembro de 2006, que sintetiza os progressos das políticas de inclusão e do pensamento mais avançado sobre o tema neste início do século XXI. A Convenção foi saudada como o primeiro grande tratado sobre os direitos humanos no século XXI”.

⁷⁰ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). **VIII** - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

⁷¹ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 86.

⁷² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, p.933.

⁷³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *In*: RENAULT, Luís Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: Ltr:2010, p. 84.

“O artigo 27 da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência aborda o tema de trabalho e emprego do deficiente e, pela sua importância, merece transcrição integral: **Art. 27 – Trabalho e Emprego:** 1. Os Estados- partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência de trabalhar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Este direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha, ou aceito no mercado laboral em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados- Partes, deverão salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiveram adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de entre outros:”

“a. Proibir a discriminação, baseada na deficiência , com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão , permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho”

“b. Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo, iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho”.

“c. Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais em condições de igualdade com as demais pessoas”

“d. Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas técnicos gerais e de orientação profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado”. [...].

Posto isso, apesar de estarmos no caminho certo, se faz necessário percorrer um longo caminho acerca de políticas para a inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais no mercado de trabalho. Sendo que, quanto mais afastarmos qualquer forma de discriminação, maior será o progresso em favor das pessoas com deficiências e, não só delas.

3.1.5 Discriminação Por Moléstia Alarmante

Entre as já citadas formas de discriminação, existe ainda, a discriminação de emprego em ensejo de o empregado ser portador de moléstia grave.

Nítidamente, temos a AIDS (HIV) como a principal moléstia alarmante, aventada no âmbito da discriminação em ambiente de trabalho.

Além disso, a AIDS desperta ainda mais temor e preconceito porque as suas formas de transmissão são ligadas a assuntos delicitados, como sexo, e o uso de drogas injetáveis (além de outras)⁷⁴.

Em que pense a AIDS seja a moléstia que mais destaca-se no que se refere a prática odiosa de discriminação, ainda temos outras moléstias que infelizmente trazem consigo referida prática, como por exemplo: hanseníase (lepra), alcoolatras, ou toxicomanos, entre outras.

Lamentavelmente, não há normas federais as quais protegam os empregados portadores do HIV, de maneira que os juristas deveram utilizar-se das princípios gerais do direito, princípios constitucionais, etc).

Mesmo não havendo normas específicas, nos termos acima transcritos, temos que existe sim, um combate a discriminação por moléstia grave, o que em caráter positivo, está praticamente comparando os funcionários portadores de HIV com empregados enquadradas em estabilidade provisórias.

Em um panorama geral, temos o artigo 3º, inciso IV da Constituição, que em conformidade com os ensinamentos de Sônia Mascaro aduz⁷⁵:

“A Constituição Federal, no artigo 3º, inciso IV, prevê como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação””

Nesse caminho, o Tribunal Superior do Trabalho, visando beneficiar os empregados atingidos pelo HIV, contra as dispensas discriminatórias, consolidou a Súmula 443, *in verbis*:

⁷⁴ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 122.

⁷⁵ NASCIMENTO. Sônia A. C. Mascaro. **A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro**; Revista do Advogado. São Paulo. V.25. n.82. dez.2004.AASP.

“Súmula nº 443 do TST DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Em sincronia com a Súmula supracitada, tem-se, os comentários traçados por Vera Lucia Carlos e Orlando de Melo⁷⁶:

“No que concerne aos trabalhadores soropositivos desligados pelo empregado, sem justa causa, por discriminação ou preconceito, sem razão objetiva, socialmente injustificada, arbitrária, obstativa à aquisição do auxílio doença pela Previdência Social, torna o ato patronal passível de anulação perante a Justiça do Trabalho, podendo o empregado postular a anulação da dispensa e a sua consequente reintegração no emprego e, inclusive com pedido de concessão de tutela antecipada. Pode-se afirmar que a atitude discriminatória realizada pelo empregador, eivada de nulidade, não encontra ressonância no ordenamento jurídico”.

Negar o portador do vírus da AIDS a manutenção do contrato de trabalho por ausência de lei que ampare tal pretensão é negar o direito à vida ao empregado, pois o soropositivo precisa desesperadamente garantir sua subsistência⁷⁷.

Acrescido a Súmula supracitada, temos também o art. 1º, inciso II, da Lei nº 7.670/88, que permitiu ao trabalhador portador do HIV a sacar o seu Fundo de Garantia (FGTS), para auxiliá-lo em seus tratamentos médicos.

⁷⁶ CARLOS, Vera Lúcia; MELO, Orlando de. **A discriminação no direito moderno**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho. v. 27. N. 101. jan./mar. 2001.p.135.

⁷⁷ OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: Ltr, 2008, p. 94.

3.2 EM ÊNFASE: DISCRIMINAÇÃO POR IDADE

Hoje em dia, a dificuldade de se manter ou de se recolocar no mercado de trabalho está muito ampla, quadro este que se agrava para alguns grupos de trabalhadores. Não bastando às dificuldades naturais socioeconômicas, ainda se deparam com a discriminação.

Por certo, que ao decorrer deste trabalho, especificamos algumas das muitas categorias que fazem parte do grupo dos repúdios da discriminação. Lamentavelmente, a dificuldade dos trabalhadores inerentes aos grupos discriminados, se torna ainda maior ao tentarem se inserir ou se reinserir no mercado de trabalho.

Referida realidade, não é diferente os idosos e aposentados, que necessitam de uma renda complementar para prover a eles próprios e suas famílias, e para os jovens que se encontram em vias de ingressar no mercado de trabalho.

Considerados como muito rígidos e ultrapassados, vêm veementemente sofrendo discriminação no mercado de trabalho. Assim preconiza Daniela Lustoza em seu livro *Mercado de Trabalho e Discriminação etária*⁷⁸:

“A experiência acumulada por esses trabalhadores, agora, é vista como sinônimo de rigidez, de refração ao novo, às mudanças. Muitas vezes a experiência é transmutada para “vícios”, oriundos de empregos anteriores. O empregador associa a ideia de flexibilidade, tão utilizada hoje, à juventude, preferindo preencher a folha em branco de trabalhador mais moço, com suas próprias características, do que adotar aquele que já se encontra impregnado com os traços das experiências de outrora”.

Outrossim, ressaltamos que não será apenas a discriminação por idade em geral que abordaremos, mas também, àquelas pessoas que mesmo sem possuir um

⁷⁸ LUSTOZA, Daniela. **Mercado de trabalho e discriminação etária**. São Paulo: LTr, 2006, p.18.

idade a qual se enquadraria como avançada, são discriminadas em virtude de sua categoria de trabalho.

A idade é um dos fatores mais comumente utilizados para prática da discriminação, nesse caminhar temos os dizeres de Célia Mara Peres⁷⁹:

“A idade é um dos fatores mais comumente utilizados para a prática de condutas discriminatórias no trabalho, considerada a discriminação em seu sentido negativo. Tanto os trabalhadores com idade avançada, quanto os trabalhadores muito jovens, que estão em vias de ingressar no mercado de trabalho, compartilham da dificuldade de acesso e manutenção de seu posto de trabalho. No que tange aos trabalhadores com idade avançada, frequentemente são alvos de preconceito no sentido de que não mais constituiriam mão de obra plenamente produtiva, além de reativos às mudanças. Ainda são tidos como mão de obra “cara”, porquanto os trabalhadores mais velhos acumulam vários benefícios ao longo da carreira. No que se refere aos trabalhadores muito jovens são vítimas da desconfiança, quanto à capacidade de produção e produtividade. Além desses obstáculos, idosos e trabalhadores muito jovens, compactuam com as mesmas dificuldades sofridas por todos os trabalhadores, quais sejam: a modificação do sistema produtivo, o incremento das novas tecnologias, as crises financeiras mundiais, a necessidade de maior qualificação, a concorrência e as novas formas de contratação do trabalho, como a terceirização, por exemplo, tudo a dificultar o acesso ao posto de trabalho”.

Nessa continuidade, temos que a discriminação etária na relação de trabalho ganhou maior visibilidade a partir da década de 90, assim leciona Daniela Lustoza⁸⁰:

“A discriminação etária na relação de trabalho, em particular das pessoas com 40 anos e mais, ganhou maior visibilidade a partir da década de 1990, quando muitos perderam os postos de trabalho, em razão dos programas de demissão voluntária, reengenharia e reestruturação das empresas”.

“Os efeitos passaram a ser sentidos pelos trabalhadores nessa faixa etária, que compõem o grupo de desempregados por longos períodos, não obtém recolocação no mercado de trabalho e sequer conseguem a aposentadoria, já que não implementam os requisitos necessários e não recolhem a contribuição previdenciária quando estão desempregados”.

⁷⁹ PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho** – São Paulo: LTr, 2014, p.120.

⁸⁰ CHAVES, Daniela Lustoza M. de Souza. **Discriminação Etária nas Relações de Trabalho**. In: RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: LTr:2010, p.360.

A Constituição da República do nosso país afasta qualquer forma de discriminação, Logo em seu preâmbulo, exorta a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos⁸¹. Entretanto, só afastar a discriminação, não impede que esta aconteça.

Sob a ótica de Alice Monteiro de Barros, é ainda considerada dispensa discriminatória que infringe o artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.029 de 1995⁸².

Da mesma forma, vem entendendo os Tribunais Regionais do Trabalho⁸³ e o Tribunal Superior do Trabalho⁸⁴ que, ao identificar práticas discriminatórias no

⁸¹ CHAVES, Daniela Lustoza M. de Souza. **Discriminação Etária nas Relações de Trabalho**. In: RENAULT, Luis Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: LTr:2010, p.350.

⁸² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. – 8ª ed. – São Paulo: LTr, 2012, p.896.

⁸³ TRT-PR-22-07-2011 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA EM RAZÃO DA IDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEFERIDA. O exercício do poder de direção que cabe ao empregador só pode ser tido como legítimo se estiver de acordo com os princípios democráticos e respeitar os direitos fundamentais do empregado, dentre os quais se situam com relevância os valores sociais do trabalho, em norma expressa no inciso IV, do artigo 1º, da Constituição Federal e assegurados, de forma pontual ao caso sob exame, no seu artigo 3º, também inciso IV, que prescreve constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: "IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Dessarte, a dispensa de empregado em razão de sua idade atenta contra a dignidade do trabalhador e acentua o desequilíbrio da relação jurídica inerente ao contrato de trabalho, pelo que compete ao Poder Público, por esta Justiça Especializada, intervir para corrigir os excessos. Dano moral configurado. Indenização deferida pelo MM. Juízo de Primeiro Grau e mantida por este E. Tribunal.

(TRT-9 2633820109900 PR 26338-2010-9-9-0-0, Relator: ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 22/07/2011)

⁸⁴ "RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do -poder potestativo-, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias

momento da demissão, estão as considerando nulas e obrigando a empresa reintegrar o empregado discriminado.

Desta feita, atesta esta decisão, proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho que faz crer que em pese a empresa possua poder potestativo para demissão, este não é absoluto, *in verbis*⁸⁵:

“SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE . 1. O Tribunal Regional, tendo consignado que a reclamada não poderia dispensar seus empregados imotivadamente, determinou a reintegração do reclamante porque as provas coligidas aos autos demonstraram que, entre agosto de 2007 e junho de 2008, ela teria dispensado dezenas de empregados aposentados com o intuito de renovar o quadro de pessoal. 2. Nesse contexto, não há falar em violação do art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição da República, porquanto, ainda que seja possível à reclamada dispensar imotivadamente seus empregados, o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho não é absoluto, encontrando limites na cláusula geral de tutela da pessoa humana. 3. Assim, não se trata de negar a existência do direito de rescisão contratual ou de criar jurisprudencialmente uma nova forma de estabilidade, mas de proteger os direitos fundamentais. O empregador, ao dispensar seus empregados movido por razões discriminatórias, exerce seu direito excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, ofendendo os princípios constitucionais da proteção da dignidade humana, da isonomia e da não discriminação (arts. 1º, inc. III, 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Carta Magna). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 10, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO CONSTATADA. Na hipótese, não se constata violação ao art. 37, § 10, da Constituição da República, na medida em que esse preceito não legitima a conduta adotada pela reclamada, mormente porque, além de não ter sido invocado no momento da dispensa do reclamante, não alcança as situações em que o custeio dos proventos de aposentadoria é feito pelo regime geral da Previdência Social. Recurso de Revista de que não se conhece.”

Para a sociedade, o conceito de idade avança está cada vez mais severo, uma vez que, está cada vez mais baixa a faixa etária vítima de discriminação por

fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no 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 - RR: 4628885619985095555 462888-56.1998.5.09.5555, Relator: André Luís Moraes de Oliveira, Data de Julgamento: 10/09/2003, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 26/09/2003.).

⁸⁵ TST - RR: 1141007520095040014 114100-75.2009.5.04.0014, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 14/12/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011 .

idade. De acordo com Daniela Lustoza, a discriminação começa cadê vez mais “cedo”⁸⁶:

“Em sua crônica Você é um envelhescente? O escritor Mário Prata chama atenção para a fase da vida daqueles que se encontram entre os 45 e 65 anos, entre a maturidade e a velhice, com sendo a envelhescencia: (...) Tomando empréstimo a expressão cunhada pelo escritor, envelhescente é aquele trabalhador em meio caminho, que não possui o viço da juventude, mas não preencheu o percurso necessário para a “tranquilidade” na velhice. São considerados ultrapassados, não adaptáveis às inovações, enrijecidos, de alto custo, velhos.”.

Na outra ponta da discriminação, temos os jovens, considerados aqueles com trabalhadores com a faixa etária entre 14 a 24 anos. Nesse caminhar, temos os ensinamentos de Márcio Pochamnn⁸⁷:

“Utiliza-se um conceito muito amplo de jovem, já que não há parâmetros internacionais de uso contínuo. Há países que definem como jovens aqueles com idade entre 14 e 29 anos (Itália), outros entre 16 e 18 anos (Inglaterra), sendo a maior parte da faixa etária de 15 a 24 anos. No Brasil, tendo em vista a precocidade do ingresso de pessoas no mercado de trabalho, com menos de 14 anos de idade, optou-se por tomar como referencia a população ativa com idade entre 10 e 24 anos. Dessa forma, o conceito de jovem envolveria a população adolescente (10 a 12), o adolescente – jovem (13 a 18) e o jovem adulto (19 a 24 anos de idade)”.

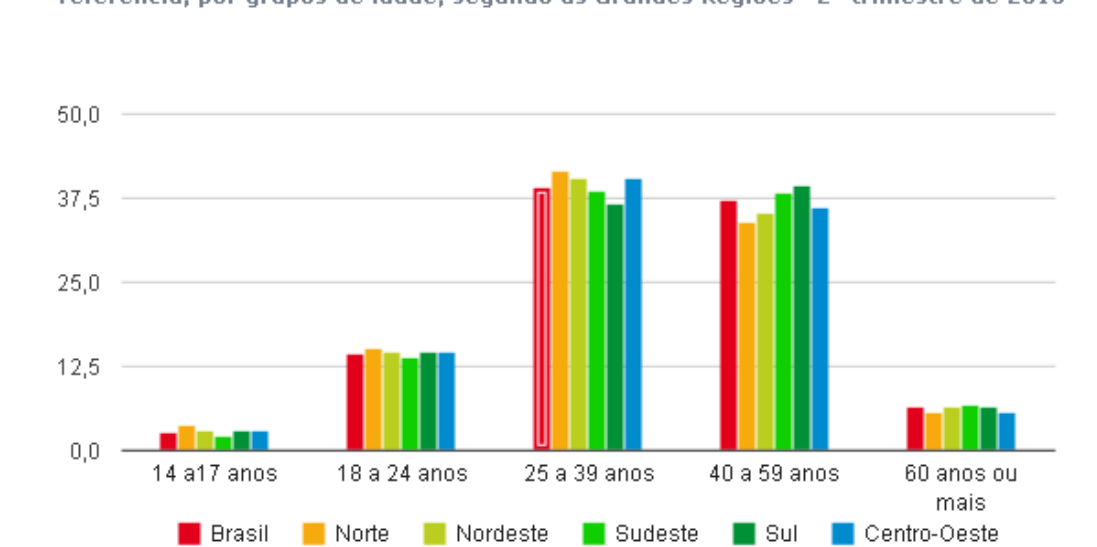
Nesse caminhar, temos pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) em análise do continente dos ocupados no segundo semestre de 2013, por grupo de idade, mostrou que os jovem de 18 a 24 anos de idade representam cerca de 14% das pessoas ocupadas; àquelas no grupo etário de 25 a 39 anos, representam aproximadamente cerca de 40% das pessoas ocupadas, cerca de 37% estavam na faixa de 40 a 59 anos, os idosos somam certa de 6,5%. A população de menor idade 2,7% da população ocupada⁸⁸.

⁸⁶ CHAVES, Daniela Lustoza M. de Souza. **Mercado de trabalho e discriminação etária – a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”**. São Paulo: LTr, 2006, p.98.

⁸⁷ POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização**. São Paulo: Boitempo, 2001, p.204.

⁸⁸ Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/analise04.shtm. Acessado em 29.09.2014.

Gráfico 6 - Distribuição das pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência, por grupos de idade, segundo as Grandes Regiões – 2º trimestre de 2013



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2013.

Nota-se, que os jovens e as pessoas de idade mais avançadas encontram óbice da discriminação para se inserir no mercado de trabalho, vez que os trabalhadores vêm cristalinamente evitando a contratação das pessoas integrantes de grupo etário.

Em que pese, exista a discriminação da menor idade, ainda temos a prevalência discriminatória no que se diz respeito a idade mais avançada.

A fim de proteger o trabalho das pessoas de mais idade, temos as disposições do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de outubro de 2003. Onde se preconiza, *in verbis*:

“Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Art. 27. 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.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada”.

Nesse sentido, temos que a discriminação das pessoas mais novas, tanto das mais velhas, encontra-se em óbice com as diretrizes e nossa Carta Magna, leis infraconstitucionais, Convenções Internacionais (conforme citado em linhas pretéritas), entre outras formas de proteção e devem ser repelidas.

3.2.1 Comissários de Bordo - Uma Categoria Atingida

Por mas difícil de imaginar, que possa ser, nos tempos atuais, tem-se visto a discriminação por idade para empregados que possuem faixa etária entre 30 a 40 anos, vez que, não são mais considerados como “jovens”, pré-requisito este inerente para alguns empregadores ao se tratar do trabalho desenvolvido.

Enfatizando o objetivo do estudo em pauta, temos a categoria dos aeroviários, mais especificamente os comissários de bordo, onde qualquer um de nós que por qualquer motivo que seja, utilizou de empresas aéreas, facilmente pode presenciar a discriminação gritante sofrida por essa categoria. É nítido, que a faixa etária dos comissários de bordo se deparam com um “teto”.

Daniela Lustoza M. de Souza Chaves, discorre sobre o tema em pauta⁸⁹:

“Mas não é só. Nos dias de hoje surge um novo grupo de trabalhadores que sofrem com a discriminação imposta pelo modelo atual de mercado de trabalho. São os Trabalhadores com cerca de 40 anos, muitas vezes somente 35 anos, que estão plenamente ativos, mas encontram muitas portas fechadas para obtenção de um posto de trabalho, além de dificuldades em manter o trabalho. São os “envelhescentes”, trabalhadores adultos em “meio caminho””.

Ainda nesse caminhar, temos os comentários de José Cláudio Monteiro de Brito Filho⁹⁰:

⁸⁹ CHAVES, Daniela Lustoza M. de Souza. **Discriminação Etária nas Relações de Trabalho**. In: RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: LTr:2010, p.349.

⁹⁰ BRITOFILHO. José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 45.

“Infelizmente, além de a discriminação em razão da idade existir, até mesmo assusta, visto que a idade “limite” para se admita o trabalhador é entre 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) anos”.

Não são poucos os sites na internet⁹¹ que se propõem a fornecer cursos para comissários de bordos, ou vagas de emprego para estes, entretanto, a discriminação encontra-se gritante nesses casos, onde aparecem como idade mínima 18 anos e idade máxima sob a “recomendação” de 29 (vinte e nove) ou 35 (trinta e cinco) anos, sob a argumentação de que cada companhia aérea possui um critério de seleção.

Ora, se a idade máxima para iniciação do curso, cuja duração é ínfima, é entre 29 a 35 anos, de certo que esta categoria sofre constante e cristalina discriminação por idade, e aqui, não estamos falando de uma profissão a qual não se faz necessário aptidões, das quais a faixa etária de 35 anos em diante não poderiam executar, não se tem a necessidade de carregar pesos extraordinários, não se trata de trabalho perigoso⁹², nada!

Os trabalhadores sofrem a discriminação etária em virtude da “aparência”, vez que, conforme o decorrer da idade, em virtude do tempo, as pessoas acabam adquirindo traços inerentes à idade e isso, para as companhias áreas vem sendo obstáculo para o desempenho de suas funções.

Apenas como uma breve demonstração, anexamos o teor de uma das citadas páginas⁹³:

⁹¹ Disponível em: <http://www.wingsescola.com.br/curso-de/aeromoca-comissaria-de-voo.php#axzz3Fs4UmkfE>; <http://www.ceabbrasil.com.br/blog/?p=117&cp=67>; <http://www.e-dublin.com.br/quer-ser-comissario-de-bordo-na-europa/>; http://www.webluxo.com.br/menu/aviacao/comissario_aeromoca.htm; <http://www.aeroclubeparana.com.br/Comissario-de-Voo.aspx>; <http://www.comissariomania.com.br/portal/carreira/quero-ser-comissario/>. Acessado em 11.10.2014.

⁹² SÚMULA Nº 447 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PERMANÊNCIA A BORDO DURANTE O ABASTECIMENTO DA AERONAVE. INDEVIDO. Res. 193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013 Os tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade a que aludem o art. 193 da CLT e o Anexo 2, item 1, "c", da NR 16 do MTE.

⁹³ <http://www.wingsescola.com.br/curso-de/aeromoca-comissaria-de-voo.php#axzz3Fs4UmkfE>;

Quem pode?

- Homens e mulheres
- Idade mínima: 18 anos (ou à completar até o término do curso).
- Idade máxima: recomendamos 35 anos (considerando a variação do critério de seleção de cada companhia aérea).
- Escolaridade: ensino médio (2º grau) completo (ou a completar até o término do curso).
- Altura mínima recomendada pela Wings: 1,58m para as mulheres e 1,65m para os homens.
- Exame médico realizado para a obtenção do Certificado Médico Aeronáutico - CMA - [Na LCMA](#) ou outro órgão credenciado (pode ser feito ao longo do curso).

Não é obrigatório conhecimento em outros idiomas. Ao ingressar na companhia aérea, o comissário de voo fará voos nacionais. Este conhecimento será necessário apenas para voos internacionais.

Para alunos que desejam aprender ou aperfeiçoarem-se em outros idiomas a fim de ampliarem suas chances de contratação nas companhias: a Wings firmou convênios com algumas das melhores escolas de idiomas ([veja todas as opções aqui](#)).

Clique aqui e conheça todos os descontos oferecidos pela Wings Escola de Aviação

[Interessado no curso ou ainda com dúvidas?](#) Entre em [contato clicando aqui](#).

Infelizmente, a presunção da discriminação por idade não encontra guarida – até o presente momento - em nosso ordenamento jurídico. Contudo, não pairam dúvidas, que determinadas categorias de trabalho, como a em questão, possuem “por debaixo dos panos”, uma idade limite, ou, uma aparência determinada, para se enquadrar nos quadros de funcionários.

Referidas práticas de exclusão, devem ser expelidas de nossa sociedade, não podemos admitir discriminações explícitas, da mesma forma daquelas que todos sabemos que existem “nas entre linhas”.

4 PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO: APLICAÇÃO ANALÓGICA COM DA SÚMULA 443 DO TST

Em conformidade com os artigos 333, inciso I do Código de Processo Civil⁹⁴ e com o artigo 818 da CLT⁹⁵, temos que o ônus da prova dos fatos constitutivos de Direito, incumbe a quem alegar.

Nesse caminhar, temos os ensinamentos de Cândido Rangel Dimanarco⁹⁶:

“Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado- juiz a função de diligenciar e trazer as provas para o processo (*supra*, nn.90 e 784), ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar suas próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras”.

Dessa forma, o empregado que sofreu discriminação, para obter a guarida judicial, deverá, obrigatoriamente, comprovar o por ele alegado.

Ocorre que, em razão de sua fragilidade perante a relação de trabalho, resta-se, praticamente impraticável, um funcionário conseguir comprovar que é discriminado no âmbito de trabalho.

Como poderia um empregado, afinal, prover que foi demitido, que não foi promovido, que não foi admitido, entre outras formas, em virtude de discriminação?

Noutro falar, temos os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros⁹⁷:

“Outro problema que, em regra, hoje se enfrenta, além da necessidade de inserção do princípio da não discriminação por motivos de saúde nos ordenamentos jurídicos - princípio que, como vimos, já é previsto nas legislações de países desenvolvidos -, é a **dificuldade de se comprovar o**

⁹⁴ **Art. 333.** O ônus da prova incumbe: **I** - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; **II** - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. **Parágrafo único.** É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: **I** - recair sobre direito indisponível da parte; **II** - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁹⁵ **Art. 818.** A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

⁹⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p.71.

⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. – 8ª ed. – São Paulo: Ltr, 2012, p.951.

tratamento diferenciado, cujo ônus compete exclusivamente ao empregado que se considera discriminado. Dada a dificuldade de se desincumbir desse encargo, o que inviabiliza a efetivação do princípio em questão” (grifou-se).

Por muitas vezes, o empregador por uso abusivo do seu direito potestativo de demissão, consegue camuflar a discriminação ocorrida por traz dos seus atos, uma vez, que até o presente momento, nas normas trabalhistas o empregador não precisa justificar o motivo de uma demissão sem justa causa.

Ciente disso, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 443, novamente, ***in verbis***:

Súmula nº 443 do TST DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

De maneira que, para os casos de empregados portadores de HIV ou outra doença que suscite estigma ou preconceito, presume-se que a despedida obteve cunho discriminatório, ficando a encargo da empresa, comprovar que não foi.

Ao nosso ver, muito acertada a referida Súmula, uma vez que, a empresa possui nitidamente cunho probatório para contestar que a dispensa não foi discriminatória, ao contrário do empregado que ficaria de mãos atadas.

Infelizmente, a Súmula de nº 443, abrange apenas os casos de portadores de HIV ou outra doença que suscite preconceito, entretanto, existem diversas outras modalidades de discriminações, que deveriam do mesmo modo se enquadrar na exceção de inversão do ônus da prova, trazida pela Súmula nº433.

Ressalta-se, desde já, que o objetivo do presente trabalho não é avaliar ou não a capacidade de basear-se julgamentos por meio de Súmulas, mas sim, o seu conteúdo.

O empregador, consegue, por meios de informações que só o mesmo possui, demonstrar, por exemplo, que o funcionário não possuía o mesmo despenho que os demais, que o funcionário não se esforçava para compreender suas funções e, igualmente para executá-las, entre outras diversas situações.

Concluimos, portando, que acenada Súmula, deverá ser aplicada por analogia as demais categorias e, por consequente a aplicação da reversão do ônus da prova em todas as espécies de discriminação.

5 CONCLUSÃO

Ao encermos o estudo em tela, concluímos, pela existência de diversas espécies e formas de discriminação, no âmbito do trabalho. Tanto aquelas que ocorrem no período anterior a contratação, ou durante o contrato de trabalho e por fim, ao final dele.

Ressaltamos, o caráter covarde e agressivo da discriminação ocorrida no âmbito do trabalho, porque o trabalho proporciona a dignidade da pessoa humana, através de seu sustento e de seus familiares.

Não obstante, temos que a discriminação segrega o grupo dos discriminados, que por sua vez, possuem condições de trabalho inferiores aos demais empregados e, que essa situação de inferioridade os anula como pessoas.

Um dos maiores problemas acarretados pela discriminação no âmbito empregatício, é que esta não se delimita a atingir um indivíduo apenas, ela interfere em toda uma sociedade, aumentando as taxas de desemprego e miséria no país como um todo.

Por sorte, que conforme estudado no decorrer do trabalho, existem diversas normas, Convenções Internacionais, entre outras, que visam proteger os trabalhadores da discriminação, tratando-a, como algo proibido, que além de ferir Direitos Constitucionais (de igualdade e dignidade da pessoa humana), possuem inclusive, penas de reclusão.

Desta feita, esperamos que com o presente trabalho possamos ter esclarecidos alguns formatos os quais a discriminação se apresenta no ambiente de trabalho e as configurações existentes de proteção contra elas.

Por fim, analisamos o avanço acerca do ônus da prova quanto a discriminação dos empregos portadores de HIV ou de doenças graves, e a possibilidade de utilização da Súmula 443 do TST, no que diz respeito a outras

espécies de discriminação, tal qual a discriminação por idade em determinadas categorias de trabalho, como por exemplo, os comissários de bordo.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Irineu. **A evolução do conceito de universalidade dos direitos humanos e a participação das mulheres na construção da democracia.** In: Dimensão Jurídica. Cadernos Condição Feminina. Portugal: 1991, n. 33, p.65.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho.** – 8ª ed. – São Paulo: LTr, 2012.

BRITOFILHO. José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

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

CARLOS, Vera Lúcia; MELO, Orlando de. **A discriminação no direito moderno.** São Paulo: Revista de Direito do Trabalho. v. 27. N. 101. jan./mar. 2001.

CHAVES, Daniela Lustoza M. de Souza. **Discriminação Etária nas Relações de Trabalho.** In: RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO.** 2ª Ed. São Paulo: LTr:2010.

CHAVES, Daniela Lustoza M. de Souza. **Mercado de trabalho e discriminação etária – a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhecetes”.** São Paulo: LTr, 2006.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, Francisco das C. Lima. **Discriminação no trabalho, no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade**. LTr: Revista legislação do trabalho. São Paulo. V.65. n.10. outubro 2001.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **Orientação sexual e discriminação no emprego**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 98, p.70, abril de 2000, Doutrinas Essenciais do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, vol.3.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípios da igualdade e não discriminação. Sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

LORENTZ, Luttiana Nacur. **A luta do direito contra discriminação no trabalho**. LTr: Revista legislação do trabalho. São Paulo. V.65. n.5. maio.2001.

LUSTOZA, Daniela. **Marcado de trabalho e discriminação etária**. São Paulo: LTr, 2006.

MAGANO. Octávio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO. Sônia A. C. Mascaro. **A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro**; Revista do Advogado. São Paulo. V.25. n.82. dez.2004.AASP.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. *In*: RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: LTr:2010.

OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória** – São Paulo: LTr, 2008.

PERES, Célia Mara. **A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho** – São Paulo: LTr, 2014.

POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização**. São Paulo: Boitempo, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Forense, 1967.

SUSSEKIND. Arnaldo. **Convenções da OIT**, 2ªed. LTr: 1998.

SUSSEKIND E JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO. **Instituições de direito do trabalho** – 18ª ed. – São Paulo: LTr, 1999.

RENAULT, Luis Ótávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira, coordenadores. **DISCRIMINAÇÃO**. 2ª Ed. São Paulo: LTr:2010.

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>>

<http://www.oitbrasil.org.br/convention>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.ht>

<http://www.wingsescola.com.br/curso-de/aeromoca-comissaria-de-voo.php#axzz3Fs4UmkfE>

<http://www.ceabbrasil.com.br/blog/?p=117&cp=67>; <http://www.e-dublin.com.br/quer-ser-comissario-de-bordo-na-europa/>;

http://www.webluxo.com.br/menu/aviacao/comissario_aeromoca.htm;

<http://www.aeroclubeparana.com.br/Comissario-de-Voo.aspx;>

[http://www.comissariomania.com.br/portal/carreira/quero-ser-comissario/.](http://www.comissariomania.com.br/portal/carreira/quero-ser-comissario/)