

O PRINCÍPIO DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

ARION SAYÃO ROMITA

1. Introdução

As expressões jurídicas da noção de igualdade, ao longo da história, cristalizaram-se em fórmulas de caráter universal, o que ocorreu em todos os sistemas jurídicos, inclusive no brasileiro. Tais fórmulas, na realidade, retratam diferentes acepções do direito fundamental de igualdade e, assim, cabe estabelecer distinções entre elas: não se confundem igualdade perante a lei, igualdade em direitos (ou igualdade na lei), igualdade de direito e igualdade jurídica.

A igualdade perante a lei se concretiza no princípio de isonomia. A etimologia da palavra *isonomia* revela seu significado. Forma-se do grego. *isos*: igual + *nomos*: lei, ou seja, lei igual para todos, indicando a posição jurídica daqueles que são governados pelas mesmas leis. O princípio de isonomia se expressa em geral por duas fórmulas bastante difundidas: *igualdade perante a lei* e *a lei é igual para todos*. Traduz a obrigação moral de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos de conformidade com o que elas estabelecem, mesmo que daí resulte alguma discriminação, o que significa que a regra de igualdade garante o respeito à norma de justiça concreta: a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. A igualdade perante a lei é apenas uma forma específica, historicamente determinada, de igualdade de direito ou dos direitos, resultando na garantia de igualdade de acesso de todos à justiça, igualdade de oportunidades de acesso aos cargos públicos, garantia de igualdade em matéria de impostos, igualdade entre as partes no processo, proibição de instaurar ou de desfrutar privilégios, etc.

A igualdade em direitos se expressa pela vedação de discriminações injustificadas e se traduz pelo princípio de não-discriminação. Significa, por-

tanto, além de mera igualdade perante a lei, porque exclui a possibilidade de qualquer distinção não justificada. O princípio de não-discriminação ou de igualdade nos direitos (ou igualdade na lei) envolve não somente o direito de ser considerado igual perante a lei mas também a possibilidade de usufruir, sem qualquer discriminação, os direitos fundamentais. Exige que, na aplicação de uma norma geral, não haja discriminações baseadas em critérios de distinção cuja utilização seja vedada pela constituição ou pelas leis, tais como o sexo, a raça, a origem nacional, a cor, a língua, a religião, as opiniões políticas, a atuação sindical. Traduz a concretização de um imperativo de justiça, porque nada mais injusto se pode imaginar do que dispensar tratamento desigual a seres iguais por motivos arbitrariamente selecionados. A característica mais evidente de uma lei justa reside no fato de que ela é aplicada igualmente a todos os que se encontram em pé de igualdade.

A expressão igualdade de direito se opõe a igualdade de fato e corresponde à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial.

A igualdade jurídica tem âmbito mais estreito e reveste o atributo particular que faz de todo membro da coletividade um sujeito de direito, ou seja, um ser dotado de capacidade jurídica.

2. Isonomia e não-discriminação

O princípio de isonomia está consagrado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A norma se aplica perante “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”. As disposições da CLT sobre nacionalização do trabalho, que estabeleciam a observância de uma proporcionalidade de empregados brasileiros na empresa (arts. 352 e 354), estariam, portanto, revogadas por incompatibilidade, por quanto a Constituição de 1988 omite a regra prevista pela Carta anterior, sobre a fixação das porcentagens de empregados brasileiros em todas as empresas.

Mera explicitação do princípio de isonomia se contém no inciso I do art. 5º, em cujo teor “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, o que já se acha afirmado acima, porquanto o vocábulo “todos” abrange os homens e as mulheres. A preocupação com o tratamento igual dispensado a homens e mulheres é antiga na legislação trabalhista brasileira, como se vê pelo disposto no art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, no que diz respeito à estipulação salarial: “A todo trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo”. Também a Convenção Internacional nº 100, aprovada pela OIT em 1951, proclama o

“princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a feminina por trabalho de igual valor”. Esta Convenção integra o ordenamento positivo brasileiro, já que ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25 de junho do mesmo ano.

A dificuldade de aplicação do princípio em tela reside na avaliação do trabalho de “igual valor”, pois os critérios de modo geral adotados tendem a favorecer a posição dos homens, como assinala Alice Monteiro de Barros. Em sua visão, “a igualdade de remuneração deverá fundar-se em um conjunto de operações realizadas e não nos resultados¹, sendo certo que não se deve levar em conta a suposição de que as conseqüências da aplicação das leis que dispensam proteção ao trabalho da mulher aumentam os custos da produção.

Relativamente à igualdade em direitos (não discriminação), cabe inicialmente conceituar *discriminação*. Entende-se por discriminação, em princípio, o ato de tratar diferentemente os iguais. Na prática, porém, diante de situações concretas, surgem por vezes dificuldades quanto à identificação dos *iguais*. Diz-se com freqüência que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. A afirmação caracteriza-se por evidente vagueza, porque cumpre investigar quem são os iguais e quem são os desiguais. Os seres humanos são, como é evidente, desiguais entre si. Não há dois seres iguais. Do ponto de vista jurídico, o que importa é fixar os critérios aptos a propiciar tratamento igual ou desigual a seres situados em posições jurídicas iguais ou desiguais.

O tratamento discriminatório tanto pode prestar-se a inserir alguém em dado grupo social ou situação jurídica como excluído do grupo ou privá-lo de direitos. Com o direito de não ser discriminado, o indivíduo se credencia à inserção no grupo social e, via de conseqüência, ao gozo dos direitos inerentes ao modo de organização desse grupo. Ao sofrer os efeitos do ato discriminatório negativo, o indivíduo experimenta resultados opostos. A discriminação, portanto, será positiva ou negativa, conforme a hipótese considerada. Sentença Marly A. Cardone: “Quando a norma jurídica emite um comando que determina uma medida diferente e mais favorável para certos empregados, diz-se que a discriminação é positiva”². Esta modalidade de discriminação, válida, é freqüentemente manejada pela legislação do trabalho. O direito do trabalho se nutre de desigualdade e de discriminações positivas: haja vista a grande quantidade de normas que regulam de maneira diversa da comum o trabalho das mulheres e dos adolescentes, a regulamentação das profissões, os chamados contratos especiais de trabalho, etc. pode dizer-se, sem receio de erro, que a norma trabalhista tanto maior eficácia encontra em sua teleologia quanto mais atentamente sopesa as diferenças existentes na execução dos

serviços e a condição de cada grupo de trabalhadores, em razão do tipo de trabalho considerado. Na hipótese inversa (discriminação negativa), a vedação de discriminação constitui modalidade de realização prática da noção de justiça, pois — repita-se — nada mais injusto se pode imaginar do que tratar de modo desigual alguém, em confronto com os demais situados em posições iguais, com o resultado da privação de direitos.

O princípio de não-discriminação tanto é violado quando se inclui no alcance da norma quem nela não poderia incluir-se quanto na hipótese em que dele se exclui quem não poderia ser excluído. Daí-se infere que a observância do princípio exige a consideração conjunta de dois fatores: o critério da discriminação e a finalidade da norma. Segundo a lição de Celso Ribeiro Bastos, “o elemento *discrimen* não é autônomo em face do elemento finalidade. Ele é uma decorrência deste e tem que ser escolhido em função dele. Assim, uma vez definida a finalidade, o *discrimen* há de ser aquele que delimite com rigor e precisão quais as pessoas que se adaptam à persecução do *telos* normativo”³. A observação, de largo alcance, encontra campo fértil para medrar no terreno palmilhado pela legislação do trabalho. Deve entender-se que, embora de forma inespecífica, a vedação geral de discriminação prevista pela Constituição aplica-se às relações de trabalho subordinado. Constitui um dos objetivos do Estado brasileiro “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Constituição, art. 3º, inciso IV). Esta forma, sem dúvida, aplica-se às relações entre particulares e, portanto, às relações de trabalho. O alcance do preceito é complementado pela regra do art. 5º, inciso XLI, da Constituição, em cujos termos “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O princípio de não-discriminação, no que diz respeito à matéria de trabalho, é acolhido pelo ordenamento positivo brasileiro quer de modo genérico quer específico. Quanto ao primeiro aspecto, é lei interna (já que ratificada pelo Brasil) a Convenção Internacional nº 111, aprovada pela Organização Internacional em 1958: ratificada em 26 de novembro de 1965 e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Ao adotar a Convenção nº 111, que contém disposições relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão, a OIT considerou “a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem” e define discriminação no art. 1º como: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem racial, 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 oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Ainda quanto a este aspecto, deve ser mencionado o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Organização dos Estados Americanos em 17 de novembro de 1988 e ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996, conhecido como protocolo de San Salvador. O disposto no art. 3º (obrigação de não-discriminação), os Estados-Partes no Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Entre os direitos enunciados no Protocolo encontram-se o direito ao trabalho (art. 6º), condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho (art. 7º), direitos sindicais (art. 8º).

A proibição de discriminar aplica-se à relação de emprego como um todo, abrangendo todas as fases, desde a fase pré-contratual até o término, passando pela execução. Pode ocorrer discriminação na etapa do recrutamento, seleção e admissão, como pode dar-se também no curso do contrato de trabalho e na cessação.

Quanto à etapa preliminar (fase pré-contratual), o art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999), em seu inciso I, proíbe “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”.

Quando um anúncio de emprego fixa condições discriminatórias baseadas em critérios proibidos por lei (raça, cor, sexo, idade, religião, convicção política, crença religiosa, etc.), incide o juízo de reprovabilidade. Para justificar o discrimen, cabe ao interessado produzir prova séria e convincente de que “a distinção se justifica por algum aspecto relevante” (Jorge Luiz Souto Maior), ou de acordo com a letra da lei, quando a natureza da atividade a ser exercida assim o exigir⁴.

3. A discriminação em razão do gênero (sexo)

O fator de discriminação em foco (gênero) diz respeito só à discriminação *contra* a mulher mas também à discriminação positiva (a seu favor).

Inúmeros textos legislativos, quer domésticos, vedam a adoção de medidas discriminatórias contra a mulher no trabalho. Entre as normas internacionais, cita-se a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002). De acordo com o disposto no art. 11 desse diploma internacional (que integra, como lei ordinária, o ordenamento jurídico vigente), os Estados-partes (portanto, inclusive o Brasil) “adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos”, que passa particularizar. No plano interno, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição inclui o sexo entre os fatores a respeito dos quais incide a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão. A legislação ordinária desenvolve as providências tendentes a coibir a discriminação contra a mulher no trabalho. Assim é que a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, no art. 1º, menciona o sexo entre os fatores que devem ser levados em conta quando veda “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção”. O art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho (acrescentado pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999), em seus seis incisos, também proíbe o empregador de pôr em prática medidas que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho. O parágrafo único do mesmo preceito legal (também introduzido pela mesma Lei nº 9.799) admite a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, medidas estas que, como salienta Alice Monteiro de Barros, “nada mais são de que ações afirmativas”.⁵

Práticas discriminatórias contra a mulher não são toleradas pela jurisprudência dos tribunais do trabalho. A título de exemplo, citam-se dois julgados, dos quais o primeiro, proferido pelo Tribunal regional do Trabalho de Santa Catarina, a propósito da existência pelo empregador da realização de testes de gravidez:

“Prática discriminatória contra a mulher. Lei nº 9.029/95. indenização. A Lei federal nº 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbe a exigência de atestado de gravidez e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação de emprego. Comprovado nos autos que constituía exigência do empregador a realização de testes de gravidez para a admissão e despedida de empregada, faz jus a reclamante à indenização correspondente

ao período de afastamento, em dobro, corrigida monetariamente, acrescida de juros, legais, na forma do art. 4º da referida norma”⁶

Outro acórdão, oriundo do tribunal Regional do Trabalho do Piauí, negou provimento a recurso ordinário interposto de sentença que julgara procedente ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, a propósito da desigualdade de remuneração entre mulheres e homens: Constitui prática de discriminação salarial contra empregados do sexo feminino o fato de receberem remuneração desigual quando desempenham as mesma funções, a teor do inciso XXX, art. 7º, da lei básica da República. Sentença que se confirma.⁷

Relativamente à discriminação positiva (a favor da mulher), o art. 7º, inciso XX, da Constituição, assegura “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, o que significa sejam admitidas práticas discriminatórias, desde que aptas a facilitar o acesso da mulher ao mercado de trabalho e, inversamente, sejam inválidas “normas jurídicas” (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em um direto ou indireto desestímulo à garantia de abertura do mercado de trabalho da mulher”, como sentença Maurício Godinho Delgado⁸.

4. Conclusão

A posição social da mulher trabalhadora se eleva pouco a pouco, mas não pode deixar de ser salientado que as mulheres constituem cerca de setenta por cento dos analfabetos. Seiscentos milhões de mulheres não sabem ler nem escrever. O acesso da mulher ao trabalho remunerado por conta alheia certamente contribuirá para reverter esta situação insuportável. A presença de mulher no campo do trabalho informal tem também taxas elevadas, com reflexos negativos para toda a vida da sociedade.

As inovações tecnológicas, que reforçam o movimento de globalização de economia, deram lugar a nova divisão internacional do trabalho, na qual as mulheres têm ampla participação. Em países voltados para a exportação de manufaturados, o trabalho da mulher — com remuneração inferior à do homem — constitui fator de grande importância econômica, pela redução dos custos sociais e também porque facilita o descumprimento das normas protecionistas. Tudo isto é deplorável. Mas há aspectos positivos, que merecem realce. Entre as inovações que vêm surgindo, a flexibilização do tempo de trabalho, praticada em maior escala no campo do trabalho da mulher do que no do homem, vem propiciando, em muitos países, meios de combater os efeitos ameaçadores da pobreza.

NOTAS

1. BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1995, p. 139.
2. CARDONE, Marly A. “Discriminação no emprego”, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2, São Paulo: IOB, 15 de julho de 2000, p. 272, nº 2/16292.
3. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil* (em colaboração com Ives Gandra Martins), 2º vol., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 10.
4. SOUTO MAIOR, Jorge Luís. “Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidade”, in *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília: ano 10, nº 1, jan. 2004, p. 8.
5. BARROS, Alice Monteiro de. “Discriminação no emprego por motivo de sexo”, in VIANA, Márcio Túlio — RENAULT, Luís Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*, São Paulo: LTr, 2000, p. 70.
6. Ac. TRT-12ª Reg.-2ª T. — Proc. RO 3862/96, Rel. Juiz João Cardoso, in TEIXEIRA FILHO, João Cardoso, in TEIXEIRA FILHO, João de. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, vol. 7, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 416, nº 1.461.
7. Ac. TRT-22ª Reg.-Proc. RO 781/97, Julg. em 23.09.1997. Juiz Wellington Jim Boavista, in *Revista LTr*, São Paulo: 62-02/276 (fev. de 1998).
8. DELGADO, Maurício Godinho. “Proteções contra discriminação na relação de emprego”, in VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*, São Paulo: LTr, 2000, p. 102.