

# O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

---

*Firmino Alves Lima\**

**SUMÁRIO:** 1. A obrigação de não discriminar e sua relação com o princípio da igualdade; 2. O que é discriminação?; 3. Componentes dos atos discriminatórios; 3.1. Diferenciação; 3.2. Resultado desfavorável; 3.3. Um motivo e uma razão; 3.4. Intenção discriminatória; 4. Definição de discriminação; 5. A obrigação de não discriminar e o Direito do Trabalho.

## 1. A obrigação de não discriminar e sua relação com o princípio da igualdade

O princípio da proibição de discriminação sempre foi considerado uma vertente negativa do princípio da igualdade, pelo qual são formuladas regras constitucionais e legais proibindo os atos discriminatórios. Gilmar Ferreira Mendes define, com base na doutrina alemã, que a isonomia tanto pode ser vista como exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), como a proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*)<sup>1</sup>.

No entanto, a proibição de discriminação não implica somente na proibição de atitudes discriminatórias, porém também para promover outras atitudes discriminatórias de cunho positivo, como objetivo de se atingir a igualdade real. Ou seja, ou proíbe-se a falta de igualdade, ou a última é procurada, mediante a geração de desigualdades em sentido inverso ao ato discriminatório, desigualando-se desiguais até se tornarem efetivamente iguais. Portanto, verifica-se que a relação do referido princípio com a igualdade é umbilical. Guilherme Machado Dray afirma que falar do princípio da igualdade envolve, necessariamente, a abordagem do princípio da não discriminação, que surge inevitavelmente como uma concretização ou reflexo<sup>2</sup>.

---

\* Juiz do Trabalho da 15ª Região, Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região e mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 43.

<sup>2</sup> DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 97.

## 2. O que é discriminação?

Quando em várias passagens as normas impõem a proibição da discriminação, qual a extensão deste comando de suma importância? Necessário entender o que seja discriminação, o que não é algo tão fácil quanto parece da noção comum. Discriminação é uma forma de tratamento diferenciada, portanto um tratamento desigual. Com efeito, o vocábulo “discriminar” significa distinguir, discernir coisas, pessoas, idéias, em conformidade com suas características próprias e critérios bem definidos, segundo a visão de Jorge Luiz Souto Maior<sup>3</sup>. No estudo do direito internacional, área da qual partem os primeiros grandes estudos sobre a discriminação, revela que o vocábulo “discriminação” tem origem na língua inglesa (*discrimination*). Passou a ser utilizada com maior frequência nos textos internacionais a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ainda que neste documento a expressão tenha aparecido tão somente na versão da língua inglesa, uma vez que a versão original na língua francesa não continha esta palavra, mas tão somente a distinção (*distinction*). E. Vierdag, grande estudioso da discriminação, aponta que a palavra na língua inglesa possui dois sentidos, um neutro que é distinguir ou diferenciar *entre* duas coisas, e outro, com sentido pejorativo, com distinção *contra* alguém, ou seja, uma distinção ou diferenciação desfavorável<sup>4</sup>. Daí o primeiro sentido do verbo discriminar. O sentido pejorativo existe isoladamente em vários idiomas, como o alemão, holandês, francês e russo. O vocábulo “discriminação” ganhou utilização mais intensa em face da influência da língua inglesa no meio diplomático, principalmente após o primeiro conflito mundial, mas sem uso generalizado, o que veio a ocorrer somente após o término do segundo grande conflito.

E.W. Vierdag relata que no Dicionário da Terminologia de Direito Internacional (*Dictionnaire de la Terminologie du Droit International – Paris, 1960*) a discriminação seria um tratamento diferenciado que incorre na recusa de reconhecimento de certos direitos ou vantagens reconhecidas ou conferidas a todas as pessoas<sup>5</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, nascida poucos anos após a derrota do nazismo (1948), afirma em seu primeiro artigo a igualdade de todos os homens em dignidade e direitos e, no seu segundo artigo, a igual capacidade do gozo de direitos e as liberdades ali previstas, sem distinção de qualquer espécie, enumerando alguns fatores de distinção, mas não as limitando a qualquer condição<sup>6</sup>. No artigo 7º, a referida Declaração volta a proibir qualquer forma de discriminação e condena qualquer incitamento à discriminação. A figuração da igualdade no primeiro artigo e a não discriminação no segundo, demonstra a importância desses princípios para a consolidação e a formação das declarações de direitos humanos. A igualdade e a proibição de discriminação são os pilares mestres de qualquer sistema de proteção de direitos humanos.

<sup>3</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, ano 68, n. 2, p. 97, abr./jun. 2002.

<sup>4</sup> VIERDAG, E.W. *The Concept of Discrimination in International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1973, p. 48.

<sup>5</sup> VIERDAG, E.W., *op. cit.*, p. 51.

Mas como conceituar a discriminação tão mencionada nos textos internacionais. O conceito de discriminação não é pacificamente definido na doutrina, portanto, para que se chegue a um conceito mais preciso, principalmente para o direito do trabalho, é necessário estudar o fenômeno, através de seus componentes.

### 3. Componentes dos atos discriminatórios

A observação e o estudo dos componentes dos atos discriminatórios são essenciais para o alcance de um conceito razoável no direito do trabalho. O estudo dos componentes da discriminação é realizado na observação dos conceitos previstos em várias normas antidiscriminatórias, conjuntamente com posições doutrinárias de outros juristas sobre o tema. Esta comunhão de conceitos visa identificar elementos comuns na discriminação, para elaboração de um conceito próprio para o direito do trabalho.

É possível tomar como referência inicial o estabelecimento de dois elementos vislumbrados no conceito do direito internacional sobre ato discriminatório: um tratamento diferenciado e seu efeito depreciativo, pejorativo. O desenvolvimento da análise mais aprofundada desses dois aspectos permitirá traçar um caminho em busca de uma definição do conceito de discriminação.

#### 3.1. Diferenciação

Danièle Lochak afirma que um ato discriminatório, pela sua natureza de ato, depende de uma determinada ação de distinção. Complementa a jurista francesa que, etimologicamente, discriminar é fazer uma distinção entre objetos, estabelecer entre eles uma separação, uma diferenciação a partir de seus traços distintivos. No mesmo sentido que Vierdag assinala na língua inglesa, para a referida jurista francesa, a palavra *discriminação* assumiu uma conotação negativa que anteriormente não possuía na linguagem comum. Não se trata de simplesmente separar, mas de hierarquizar, de tratar desfavoravelmente as vítimas do ato discriminatório. Assim, a expressão *discriminação* designa, exclusivamente, um comportamento ou um ato que tende a distinguir um grupo humano ou uma pessoa de outras equivalentes, em seu detrimento<sup>7</sup>. O termo teria sofrido uma evolução histórica de simples e neutra idéia de separação para um conteúdo mais pejorativo, como bem ressalta Luis Gabriel Martinez Rocamora<sup>8</sup>. Alice Monteiro de Barros acompanha os pensamentos acima propostos esclarecendo a origem anglo-americana da expressão *discriminação* como o caráter infundado de uma distinção<sup>9</sup>, ou seja, uma distinção sem explicação razoável. Distinguir é o contrário de igualar e pede um comportamento comparativo para saber se está sendo igualado ou diferenciado.

<sup>6</sup>NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. *BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist\\_glob\\_trat/texto/texto\\_1.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_1.html)>. Acesso em 10 ago. 2004.

<sup>7</sup>LOCHAK, Danièle. Reflexions sur la notion de discrimination. *Droit Social*, Paris, n. 11, p. 778, nov. 1987.

<sup>8</sup>MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998. p. 165.

<sup>9</sup>BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 39.

Se a discriminação pode ser tratada, em uma primeira aproximação, como a vertente negativa do princípio da igualdade, esta pressupõe uma atividade de comparação segundo Amauri Mascaro Nascimento<sup>10</sup>. Norberto Bobbio explica que existe dificuldade em estabelecer um significado descritivo da igualdade, na medida em que se reveste de indeterminação quando ela é isoladamente mencionada. Não seria possível afirmar que “X é igual”, mas “X é igual a alguém e em alguma coisa”<sup>11</sup>. Assim, conclui Bobbio que a diferença do conceito da igualdade e seu valor em relação à liberdade pressupõe, para sua aplicação, uma pluralidade de entes para estabelecer qual relação existe entre eles<sup>12</sup>. Pode ser deduzido, então, que essa relação de consideração da igualdade advém de uma comparação, seja ela referente a uma outra pessoa, a um outro grupo de pessoas ou, até mesmo, a um modelo previamente estabelecido ou desejado.

Marc Bossuyt refere-se ao tratamento discriminatório como aquele que não pode ser tomado isoladamente. É necessário, portanto, sempre comparar o tratamento recebido por uma pessoa com os tratamentos dispensados aos demais<sup>13</sup>. A verificação da discriminação demanda, portanto, inicialmente, a constatação de um tratamento diferenciado entre pessoas ou grupos envolvidos. Esta primeira postura é essencial e condiciona toda a seqüência do raciocínio na busca da identificação da discriminação, segundo Danièle Lochak<sup>14</sup>. Havendo comparação, e não havendo identidade em um determinado fator, será constatada uma diferença em relação a um determinado aspecto, objeto da análise. Se um determinado ato ou comportamento, seja ele qual for, incorrer em um trato diferencial em determinado aspecto relevante para a questão envolvida, o ato ou comportamento será considerado uma *distinção*. A distinção pode ocorrer de duas formas, seja nos tratamentos distintos aplicados a duas pessoas ou grupos que possuam uma identidade em um tópico relevante na questão crucial ou, de modo inverso, na aplicação de um mesmo tratamento a duas pessoas ou grupos que não possuam identidade em um aspecto relevante na questão do tratamento empregado.

*Segundo Marc Bossuyt, todas estas expressões têm um componente comum, aquela idéia já referida de diferença de tratamento.* E arremata o jurista belga que os termos *exclusão*, *limitação* e *restrição*, os quais acompanham a expressão *distinção* nos tratados internacionais, não são outra coisa senão uma especificação mais possante da noção da última. Se os termos *exclusão*, *limitação* e *restrição* têm uma acepção negativa, o termo *preferência* é positivo em relação a um terceiro que é favorecido e negativo a quem sofreu tratamento diferenciado em relação a esse. Assim, tudo depende assim da ótica sobre a qual é vista a diferença de tratamento<sup>15</sup>.

<sup>10</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios do direito do trabalho e direitos fundamentais do trabalhador, cit., p. 909.

<sup>11</sup>BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, cit., p. 53.

<sup>12</sup>*Id. Ibid.*, p. 55.

<sup>13</sup>BOSSUYT, Marc. *L'Interdiction de la discrimination dans le droit International des droits d'homme*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylent, 1976, p. 34.

<sup>14</sup>LOCHAK, Danièle. *op. cit.*, p. 779.

<sup>15</sup>*Id. Ibid.*, p. 34-35.

### 3.2. Resultado desfavorável

Os textos internacionais das Nações Unidas e da OIT relativamente à discriminação trazem uma série de qualificações de atos que seriam considerados discriminatórios, na maior parte afirmando que seriam aqueles que ocasionariam uma *distinção, exclusão, limitação ou preferência fundada. Uma importantíssima questão no exame de uma ação ou comportamento discriminatório diz respeito a seus efeitos. Saber se houve um resultado ou efeito discriminatório é absolutamente necessário para constatar-se a existência de discriminação. Alice Monteiro de Barros<sup>16</sup> afirmou que a discriminação pressupõe um tratamento diferenciado comparativamente desfavorável<sup>17</sup>, destacando a doutrina italiana, em especial apoiada em Maria Vittoria Ballestrero, ao se posicionar no sentido de que a discriminação traduz uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, lesiva de um interesse econômico, moral, profissional ou de outra ordem<sup>18</sup>.*

O termo *efeito*, constante de várias Convenções internacionais anteriormente citadas visa, unicamente, à constatação de um fato, e sua relação com os interesses e os direitos dos envolvidos, para caracterização de uma distinção desfavorável. Outras normas internacionais mencionam o *objetivo* ou o *efeito* como resultados do ato de distinção. Os textos internacionais apresentam uma alternativa pela qual os dois elementos são, separadamente, suficientes para constatar uma discriminação.

A Convenção 111 da OIT, ao contrário da maioria das Convenções das Nações Unidas, não menciona qualquer objetivo ou pretensão discriminatória, mas tão somente um efeito. Sua redação é clara neste sentido: *que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão*. Entre os diplomas legais verifica-se uma diferenciação entre os objetivos da proteção contra a discriminação, sendo percebidas duas tendências de proteção: (a) A primeira fundada na defesa da igualdade de tratamento e na proibição de trato desfavorável; (b) uma segunda tendência, baseada na defesa contra a quebra dos direitos fundamentais. A primeira tendência é verificada em normas internas ou internacionais que tenham por objetivo a proibição da discriminação em ambientes mais restritos. Nesse sentido, a Convenção 111 da OIT, a Convenção sobre discriminação no ensino das Nações Unidas, a Diretiva 2000/43 e de alguns diplomas internos como o atual Código do Trabalho português, são exemplos da proibição da discriminação que *tenha por finalidade ou por efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento, ou de oportunidades*.

A segunda tendência é verificada nas Convenções para eliminação da discriminação racial e contra as mulheres, bem como na atual legislação italiana sobre

---

<sup>16</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.*, p. 39.

<sup>17</sup> *Id. Ibid.*, p. 40.

<sup>18</sup> BALLESTRERO, Maria Vittoria. *Dalla tutela alla parità; la legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Bologna: Società Editrici Il Mulino, 1979, p. 250. *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.*, p. 39.

estrangeiros. Esses textos adotam uma postura muito mais ampla no sentido de esfera de aplicações, já que tratam da defesa do reconhecimento, a fruição ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A aplicação desses diplomas é muito mais aberta a todos os segmentos da sociedade e da atividade humana.

Danièle Lochak aponta que toda diferença de tratamento fundada em prejuízo dos direitos fundamentais da pessoa humana deve ser, por essência, proscrita<sup>19</sup>. Mas é possível entender que, no campo das relações do trabalho, não somente direitos fundamentais de qualquer espécie, mas todo e qualquer tipo de direito ou mesmo vantagem adquirida pode ser ameaçada pela quebra da igualdade de tratamento, como expressão até mesmo do caráter protetor do direito do trabalho.

Assim, a Convenção 111 da OIT assume um papel fundamental, característico pela especialidade em que atua, não obstante seja um dos mais vastos aspectos da sociedade humana. Procura o texto laboral proteger o trabalhador contra a destruição ou alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Hector Hugo Barbagelata afirma que o bem jurídico afetado pelos atos discriminatórios, segundo a Convenção 111 da OIT, seria o direito à igualdade de oportunidades, assim como o trato, no emprego e na ocupação. Porém, completa o referido autor sua explicação, afirmando que a Convenção 111 da OIT integra a figura da discriminação no plano laboral com a consideração das expectativas e ações anteriores ao estabelecimento de qualquer relação de trabalho, assim como as produzidas durante esta, ou determinantes de sua terminação<sup>20</sup>. Assim, a igualdade de trato abarca todos os aspectos da relação laboral.

Importante ressaltar que, havendo trato desigual não autorizado e desfundamentado, há por certeza violação ao direito do tratamento igual e, via de regra, violação reflexa de algum outro direito trabalhista. A regra da igualdade de todos perante a lei exige a sua aplicação igual para todos, caracterizando o primeiro sentido da igualdade estabelecido pelas revoluções liberais. Se não houver a aplicação igual da lei para todos, algum direito poderá estar sendo violado e, no campo das relações trabalhistas, algum direito trabalhista estará sendo violado.

Não se vislumbra como correta uma norma que visa proteger os trabalhadores contra atos discriminatórios e que viesse a ter como objeto tão somente o reconhecimento, a fruição e o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Há também uma série de direitos e vantagens reconhecidas ou conquistadas pelos trabalhadores que não atingem tal nível, mas que nem por isso não devam ser protegidos. A proteção nas relações do trabalho se dá pela condição de igualdade do trabalhador em

---

<sup>19</sup> LOCHAK, Danièle. *op. cit.*, p. 780.

<sup>20</sup> BARBAGELATA, Hector-Hugo. Los convenios 100, 111 e 156 ratificados por la ley n° 16.063 e a eliminación da discriminación na matéria de emprego e ocupação. *Cuadernos*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, n. 15, p. 151, 1990.

relação aos demais, possuindo a mesma igualdade de tratamento e a mesma dignidade como pessoa humana. Qualquer tratamento diferenciado injustificável, não importa a qualidade do direito, situação ou mesmo vantagem adquirida no curso do contrato de trabalho que venha a ser atacada, merece, no campo das relações do trabalho, repulsa e, portanto, proibição pela norma antidiscriminatória.

Portanto, para consideração de uma conduta como sendo discriminatória, ela deverá ter como resultado quebra de igualdade de tratamento entre trabalhadores, ou a negativa de direito fundamental.

### 3.3. Um motivo e uma razão

Um dos pontos mais delicados de todo o estudo da discriminação se encontra na motivação do tratamento diferenciado anteriormente destacado. Como anteriormente pode ser observado, o direito internacional fala em discriminação por tratamento diferenciado e prejudicial a direitos ou ao tratamento igual de trabalhadores. Mas, podemos verificar exemplos onde pode ocorrer uma diferenciação com caráter prejudicial, no entanto, ela pode ser justificada em face da necessidade da atividade. Ela permite que determinado trabalhador, portador de alguma característica específica e relevante para a função, seja recusado por não possuir requisito essencial e intransponível para determinada situação de trabalho.

Negar o emprego de um piloto de aviação a um trabalhador portador de deficiência visual, não obstante demonstre ter conhecimento e experiência suficiente é razoável, na medida em que a visão apurada é um dos requisitos essenciais da sua função. Não soa absurda a recusa, ao contrário, a contratação poderia gerar riscos para a atividade aeronáutica dependendo da situação. Como pode ser visto, surge um elemento importantíssimo no fenômeno discriminatório: o motivo da discriminação, para saber se é razoável ou não o tratamento diferenciado. Dependendo da necessidade do empregador, pode ocorrer um tratamento diferenciado e desfavorável, sem que seja considerado discriminatório, na medida em que houve uma razão justificável para que fosse adotado. Falar o contrário seria atentar contra o bom senso.

Marc Bossuyt afirma que o motivo é a base sobre a qual uma discriminação poderia estar fundada<sup>21</sup>. Mas sua opinião não é unânime, ao contrário, existem opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, no sentido de que o motivo não seria necessário para a caracterização da discriminação, ao se conferir exclusivamente ao arbítrio, um caráter de componente discriminatório que torne desprezível o motivo da distinção efetuada. Tal afirmação é questionável. A questão da motivação do ato discriminatório é uma das mais complexas análises sobre o tema, pois para o senso comum, um ato discriminatório é baseado em algum motivo ou fator levado em conta como causa da

---

<sup>21</sup> BOSSUYT, Marc. *op. cit.*, p. 41.



distinção questionada. Nessa esteira, para que haja discriminação, ela deve ocorrer por algum motivo que a tenha influenciado, seja por norma, seja por decisão do empregador. Praticamente todos os diplomas legais de ordem interna ou externa contêm uma enumeração de motivos para a consideração de um ato ou comportamento como discriminatório. Porém, duas questões fundamentais emergem do componente motivo para a consideração de uma discriminação e merecem um estudo mais aprofundado.

Ao senso comum, se houve discriminação, ela ocorreu por determinado motivo. Os mais comuns são a cor da pele, o sexo, a religião, o porte de alguma necessidade especial, a orientação política, a orientação sindical ou o porte de alguma doença. No entanto, são infinitos os motivos que podem ensejar o ato discriminatório, qualquer motivo pode levar a um ato discriminatório, depende de sua relação com a motivação do tratamento diferenciado e prejudicial aplicado.

E o motivo é fundado em ao menos uma determinada característica pessoal de um trabalhador ou em uma ou mais características em comum a um grupo de trabalhadores. Marzia Barbera classifica a discriminação segundo fatores naturais ou sociais. A primeira categoria seria composta pelo sexo (sem considerar a transexualidade), raça, origem étnica, cor da pele, que são qualidades marcadas pelo sinal da imutabilidade e da ausência de relação com as escolhas individuais, não sendo caracterizadas pelo elemento vontade de seu portador<sup>22</sup>. O ser humano nasce e sempre carregará consigo tais características.

Quanto aos fatores sociais, Marzia Barbera os qualifica como categorias marcadas pelo caráter da mutabilidade e da vontade de escolha<sup>23</sup>. Com efeito, por opção da pessoa, podem ser adotadas a religião, estado civil, opinião política, adesão a determinada entidade sindical, entre tantos outros que são fatores que podem levar a um ato discriminatório. Embora alguns autores não aceitem os fatores sociais como motivos de discriminação, sua desconsideração como fundantes de uma discriminação não somente atenta contra a própria dignidade da pessoa, mas também, como afirma a autora italiana, baseada em Thilo Ramm, contra a liberdade de autodeterminação da pessoa humana<sup>24</sup>.

Do mesmo modo, podemos classificar ainda as discriminações relativamente aos motivos em duas categorias. A primeira seria fundada em motivos típicos, assim considerados aqueles previstos em uma norma positivada, como raça, sexo, cor, religião, por exemplo. A segunda categoria seria de discriminações fundada em motivos atípicos, assim considerados aqueles não previstos em normas positivadas, mas que não deixariam de ser consideradas discriminações. Para reconhecer a existência do

---

<sup>22</sup>BARBERA, Marzia. *op. cit.*, p. 99.

<sup>23</sup>*Id.*, *loc. cit.*

<sup>24</sup>*Id.*, *loc. cit.*



motivo como componente do fenômeno discriminatório, duas indagações são inicialmente necessárias. Na primeira constata-se que os diplomas nacionais e internacionais que coíbem a discriminação, com poucas exceções, trazem uma quantidade razoável, porém limitada, de motivos para a consideração de um ato ou comportamento como discriminatório. Dessa enumeração extrai-se uma indagação importante: seriam taxativas essas relações de motivos, sem possibilidade de ampliações, ou seriam apenas indicativas, sem qualquer conotação exaustiva. No panorama jurídico brasileiro atual, esse debate assume crucial importância, na medida em que o artigo 3º, IV, da atual Constituição, afirma claramente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem comum sem preconceitos ali estabelecidos, ou quaisquer outras formas de discriminação.

A segunda, essencial para a constituição de uma definição teórica mais precisa sobre a discriminação, é a efetiva necessidade de existir um ou mais motivos para configuração de um ato ou comportamento discriminatório, ou poderia considerar-se a existência da discriminação sem qualquer motivo, baseando-se exclusivamente no arbítrio?

Marc Bossuyt afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem aparentemente deixava uma enumeração limitativa dos motivos para a discriminação. Já a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem teria adotado os quatro motivos constantes na Carta das Nações Unidas, bem como a expressão ou qualquer outro fator, sendo o primeiro texto internacional a adotar tal expressão, deixando claro que a indicação ali realizada era puramente indicativa<sup>25</sup>. Mas a Declaração Universal, segundo o jurista belga, possuía caráter meramente indicativo, conforme pode ser extraído dos trabalhos de preparação daquele diploma, que não deixam qualquer dúvida a respeito<sup>26</sup>. E conclui que, geralmente, a doutrina tem aceitado o caráter indicativo da enumeração dos motivos, sendo que somente no caso da Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial foi adotado um caráter limitativo como exceção à regra geral indicativa, por se tratar de um motivo excepcional em que as Nações Unidas se dedicou a combater<sup>27</sup>.

Já Marzia Barbera realça que o rol dos motivos ilícitos na Convenção 111 da OIT não é taxativo, na medida em que a própria Convenção permite que o elenco feito no texto convencionado pode ser integrado com outros motivos operados pelos Estados Membros<sup>28</sup>. A condição de enumeração aberta da Convenção 111 permite assumir um princípio de não limitação dos motivos da discriminação nas relações do trabalho.

Nesse sentido, a atenção se volta para discriminações muito comuns nas relações do trabalho, que não são previstas em qualquer ordenamento jurídico interno ou internacional.

---

<sup>25</sup> *Id. Ibid.*, p. 44.

<sup>26</sup> *Id. Ibid.*, p. 56.

<sup>27</sup> *Id. Ibid.*, p. 60.

<sup>28</sup> BARBERA, Marzia. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 94.

Apenas em caráter ilustrativo é importante destacar as discriminações motivadas no porte do vírus HIV da SIDA/AIDS, necessidades especiais para o exercício do trabalho, antecedentes criminais, orientação sexual, estado civil, fertilidade, idade de serviço militar, obesidade, falta de “boa aparência” (as aspas se referem à impossibilidade de definição de tal critério, lamentavelmente muito utilizado nos anúncios de emprego), ser reclamante em processo trabalhista, opção política, enfim, uma série de motivos não prescritos nas normas mais conhecidas, mas que não deixam de ser consideradas discriminações e assim devem ser tratadas.

Diante do que foi verificado, fica muito claro que, como princípio, as enumerações de motivos nos diplomas anti-discriminatórios não são limitativas, mas tão somente indicativas, salvo quando determinada norma pretender atacar uma motivação específica de discriminação.

Um aspecto interessante a ser verificado neste estudo sobre os motivos da discriminação é a possibilidade da existência de mais de um motivo em um ato ou comportamento discriminatório como seu causador. A teoria dos motivos mistos (*mixed motives*) revela que muitas vezes a dificuldade de se demonstrar a ocorrência da discriminação decorre do fato de que o ato configurador da prática discriminatória resulta de mais de um motivo, alguns deles legítimos, como bem esclarece e comenta Joaquim Barbosa Gomes<sup>29</sup>. Esta teoria foi consagrada em um célebre e rumoroso processo judicial norte-americano sobre discriminação por estereótipo sexual (*Price Waterhouse v. Hopkins*), julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1989. Do teor da referida decisão é possível verificar um posicionamento explícito da Suprema Corte norte-americana no sentido de que as disposições do artigo 703, a, 1, do Civil Rights Act, não enumeram exaustivamente os motivos constantes da referida norma, afirmando que a disposição legal que diz que por causa de (*because of*), ao enumerar os motivos discriminatórios, não significa apenas por causa de (*solely because of*). Fundamentou aquela corte no sentido de que o título VII do referido diploma quis condenar até mesmo aquelas decisões baseadas em uma mistura de considerações legítimas e ilegítimas. Assim, disse o voto condutor do Juiz Brennan, quando um empregador considera tanto o gênero sexual como fatores legítimos ao tomar uma decisão, ela será tomada por causa do gênero, ainda que outras considerações legítimas tivessem sido levadas em conta<sup>30</sup>.

Relativamente à segunda questão formulada no início deste sub-tópico, a doutrina e a jurisprudência divergem ao exigir que um motivo pelo menos deva ser constatado, para que se entenda uma norma ou atitude como discriminatória. Decisões da Corte de Direitos Humanos Européia citadas por Marc Boyssut entenderam que o motivo não figurou como critério necessário para configuração de discriminação<sup>31</sup>. O autor contesta o posicionamento tomado por aquela Corte, esclarecendo que o motivo é um elemento necessário e primordial, ainda que não suficiente de forma isolada, para a caracterização da discriminação<sup>32</sup>. Na posição daqueles que entendem que o motivo não é necessário

<sup>29</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*; o direito como instrumento de transformação social: a experiência nos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 170.

<sup>30</sup> ROTHSTEIN, Mark A.; LIEBMAN, Lance. op. cit., p. 252. *Price Waterhouse v. Hopkins* 490 U.S. 228 (1989).

<sup>31</sup> BOSSUYT, Marc. op. cit., p. 119.

<sup>32</sup> *Id. Ibid.*, p. 120.

para caracterização da discriminação, a falta de motivo ou, portanto, o arbítrio, pode ser este elemento, com o que não é possível concordar.

Convém, então, estudar o que seja o arbítrio, para verificar a correção das assertivas acima apontadas. É possível entender o arbítrio como vontade determinante sem observar qualquer regra, fruto do capricho e sem restrições, mas como compreender o arbítrio nas situações de discriminação é o desafio que deve ser enfrentado. Joaquim Augusto Domingos Damas afirma que o tratamento desigual pode ser justificado e até exigido por recair sobre pressupostos de fato que, em si mesmos, são desiguais. O desigual tratamento tem unicamente como limite o arbítrio, quer dizer, a falta de uma justificação objetiva e razoável<sup>33</sup>. Arion Sayão Romita acompanha o jurista português em um artigo ímpar, ao afirmar que se proíbe a distinção não assente em um fundamento razoável, sendo que as distinções são lícitas quando não são arbitrárias, podendo ser aceitáveis e plenamente justificáveis quando não forem discriminatórias, podendo até mesmo ser fator de igualdade<sup>34</sup>. E arremata o referido jurista que esta nova visão da igualdade é a vedação geral do arbítrio<sup>35</sup>.

José Cretella Jr. define que o arbítrio é a ação em desacordo com a norma jurídica de um determinado sistema, sendo uma faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, desobedecendo mesmo a toda e qualquer norma jurídica<sup>36</sup>. Em outra obra, o mesmo autor define em um verbete enciclopédico que o arbítrio, para efeitos do direito administrativo, é a liberdade típica do ser irracional, característica do mundo em que impera a violência, os apetites fundamentados na força, limitada apenas pelas impossibilidades naturais<sup>37</sup>.

Danièle Lochak define que para uma diferença de tratamento ser aceitável não é suficiente existir diferença de tratamento, será necessário ainda que a distinção possa ser justificada racionalmente, que ela seja pertinente à relação ao objetivo da regulamentação e, portanto, que ela não seja “arbitrária”<sup>38</sup>. E completa deixando claro que esta definição não é fácil, na medida em que nada é mais difícil de definir que o arbítrio, quando se examina a diligência hesitante das instâncias encarregadas dessa delicada tarefa<sup>39</sup>.

Como princípio do direito do trabalho, assim enunciado por Américo Plá Rodriguez, a razoabilidade se fundamenta na afirmação de que as relações trabalhistas devem ser toma-

---

<sup>33</sup>DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. O princípio da igualdade na relação jurídica de trabalho. Salvador, Revista Jurídica do Trabalho, ano 1, v. 1, p. 119, abr./jun. 1988.

<sup>34</sup>ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Revista do Direito Trabalhista*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 5, p. 22, maio 2000, p. 28.

<sup>35</sup>Id. *Ibid.*, p. 29.

<sup>36</sup>CRETELLA JR., José. *Manual de direito administrativo*, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 122 e 123.

<sup>37</sup>Id. Arbítrio. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7, p. 409.

<sup>38</sup>LOCHAK, Danièle. *op. cit.*, p. 780.

<sup>39</sup>Id., *loc. cit.*

das de acordo com a razão. Assim está estruturada toda a ordem jurídica em torno de critérios de razão e de justiça, já que o homem deve agir razoavelmente, e não arbitrariamente, portanto sendo uma a antítese da outra<sup>40</sup>. O arbítrio não tem razão, e se a razão adotada não for justificada há, portanto, discriminação, se presentes os demais elementos. Assim, se um ato diferencial prejudicial ocorre, ele precisa ser razoável. Mas o que é uma justificação razoável e, nesse sentido, estudos de constitucionalistas renomados podem ajudar a definir essa complexa questão. Um deles merece grande destaque por sua clareza e pertinência ao tema.

Luís Roberto Barroso faz um destacado estudo sobre a razoabilidade no direito constitucional brasileiro, ao afirmar que é um princípio que permite controlar a discricionariedade legislativa e administrativa e autoriza aferir se determinados atos estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça<sup>41</sup>. É, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre os motivos, os fins e os meios<sup>42</sup>. O princípio permite que sejam invalidados atos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha<sup>43</sup>.

Assim, conclui o renomado constitucionalista, que sendo permitido distinguir pessoas e situações para o fim de lhes dar tratamento jurídico diferenciado, cabe determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desigualdades são juridicamente toleráveis. Para tanto, deverão ter um fundamento razoável para obter-se um fim legítimo, devendo, portanto, a desigualdade submeter-se a um teste de razoabilidade interna e externa<sup>44</sup>. Sustenta o jurista que não é legítima, de plano, a desigualdade aleatória, caprichosa, arbitrária, o elemento discriminatório deve ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas, não podendo ser alheio ou externo a elas<sup>45</sup>. E conclui que o princípio da razoabilidade interage com o da isonomia, sendo um parâmetro pelo qual se visa aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é ilegítimo<sup>46</sup>. No aspecto da definição discriminatória, a razoabilidade é fundamental para a análise da existência de um ato ou comportamento discriminatório. É possível extrair de vários diplomas internacionais ou internos a previsão de razoabilidade como elemento de descaracterização de uma discriminação. A mais importante delas reside na Convenção 111 da OIT, onde uma emenda proposta pela delegação inglesa<sup>47</sup> incluiu o item 2, no primeiro artigo da referida norma:

---

<sup>40</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. tir. Trad. de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1994. p. 251.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord). *op. cit.*, p. 97.

<sup>42</sup> *Id. Ibid.*, p. 30.

<sup>43</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 31.

<sup>44</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 34.

<sup>45</sup> *Id.*, loc. cit.

<sup>46</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 35.

<sup>47</sup> NIELSEN, Henrik Karl. Discrimination and lawful distinction in employment: the approach by the ILO. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 14, n. 4, p. 404, Dec. 1996.

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

Verifica-se, na previsão da referida Convenção, uma clara determinação de razoabilidade. Segundo ela, não configura discriminação a distinção razoável em decorrência das próprias necessidades do trabalho, ainda que por um motivo expressamente previsto, desde que não venha a ferir a dignidade da pessoa humana.

O instituto da Bona Fide Occupational Qualification (conhecida pela sigla BFOQ e que quer dizer Qualificação Ocupacional de Boa Fé), foi definido no célebre caso *Internation Union v. Johnson Controls, Inc.*. Nesta decisão, a Suprema Corte dos EUA definiu a BFOQ como uma alegação de defesa formulada pelo empregador, ao apontar os vários termos de restrição, conforme previsão legal e limitar as situações onde a discriminação é permissível em “certas instâncias”. Pode a referida alegação de defesa assegurar onde a discriminação por sexo é “razoavelmente necessária” para a “operação normal” de uma atividade empresarial específica<sup>48</sup>.

Diante do que foi exposto, o que não for razoável passa para o campo do arbítrio e, havendo distinção arbitrária, há grave ferimento à isonomia, adquirindo aí sua antijuridicidade. Mas aí reside o ponto chave da discussão. Há uma clara e inafastável proposição de que o arbítrio é o contrário da igualdade. Porém, como a discriminação também tem o mesmo sentido, por lógica pode levar ao entendimento de que o arbítrio seria equivalente à discriminação, como foi mencionado por alguns autores. Esse entendimento não pode ser aceito da forma proposta. Guilherme Machado Dray aponta que a motivação para uma exclusão por meio de um ato discriminatório não é arbitrária e não se funda na situação de “discriminar por discriminar”<sup>49</sup>.

Martinez Rocamora assevera que o princípio comum de igualdade é uma interdição do arbítrio, formulado na diferenciação de um juízo de identidade, com a existência de um termo de comparação lícito, concreto e adequado, identificando a situação com os demais trabalhadores. Por outro lado, a justificação se faria com a razoabilidade e a proporcionalidade<sup>50</sup>. E completa mais adiante que a discriminação supõe uma proteção mais enérgica que a mera desigualdade comum ou geral, pois leva a uma afirmação mais forte e intensa dos valores constitucionais protegidos, não somente ofendendo os interesses individuais em jogo, como atentando contra o interesse coletivo representado no valor constitucional<sup>51</sup>. E qual o valor constitucional em questão? A dignidade da pessoa humana é violada quando praticado o ato discriminatório. José Carlos Vieira de Andrade esclarece

<sup>48</sup> FRIEDMAN, Joel Wm.; STRICKLER Jr., e George M. *The law of employment discrimination*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001. p. 151. 499 U.S. 187, S. Ct. 1196, 113L. Ed. 2d 158.

<sup>49</sup> DRAY, Guilherme Machado. *op. cit.*, p. 319.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *op. cit.*, p. 154-162.

<sup>51</sup> *Id. Ibid.*, p. 165.

esta conexão, ao afirmar que o princípio da igualdade deverá ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade da pessoa humana dos discriminados<sup>52</sup>. E essa afirmação mais forte e intensa do valor constitucional da dignidade da pessoa humana somente pode ser explicada pela existência de um motivo para que seja efetivada a distinção proscrita. Ingo Sartlet, apoiado em Podlech, deixa claro que constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia de isonomia de tratamento de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos etc.<sup>53</sup>

Nesse sentido é bom lembrar o preâmbulo da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, o qual afirma claramente que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e o respeito da dignidade humana<sup>54</sup>. O próprio texto internacional deixa claro que a discriminação não somente ofende a igualdade, o que seria a situação da decisão arbitrária, mas ofende a dignidade da pessoa humana na medida em que nega valores fundamentais da pessoa em função do motivo operado pela discriminação, que tem um efeito danoso muito grande, muito maior que a quebra da paridade de tratamento.

É possível também distinguir a ofensa causada pelo trato desigual da ofensa causada pela discriminação, na medida em que cada uma ofende diversas situações de igualdade. Marzia Barbera explica muito bem esse diferencial como fundamento para distinguir a discriminação do trato desigual. Sustenta a jurista italiana que a discriminação se realiza não somente em uma disparidade de tratamento violando a igualdade perante a lei ou de trato, mas do mesmo modo é uma conduta que produz uma desigualdade de oportunidades, pois provocaria uma menor distribuição de chances entre os sujeitos discriminados, ou seja, transversalmente um processo que retribui de modo desigual a oportunidade de ascensão a um determinado bem<sup>55</sup>.

Nesse aspecto, Marie-Thérèse Lanquetin é feliz ao afirmar que a função do motivo é determinante, dado que é ele que permitirá definir que se trata de uma discriminação ou uma diferenciação proibida, tão somente por violar somente a igualdade de tratamento. O problema chave da discriminação é, efetivamente, o destaque da relação entre a diferença de tratamento e a razão que determina essa diferenciação<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1998, p. 270.

<sup>53</sup>PODLECH, Anmerkungen zu art. 1 Abs GG, in R. WASSERMANN (org.), *Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Alternativekommentar)*, vol. I, 2ª ed. Ed. Luchterhand, Neuwied, 1989, in SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 115.

<sup>54</sup>NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto\\_3.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_3.html)>. Acesso em: 02 set. 2004. Adotada pela Resolução n.º 34/180 da Assembléia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14.11.1983. Ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgada pelo Decreto n.º 89.406, de 20.3.1984.

<sup>55</sup>BARBERA, Marzia. *op. cit.*, p. 97.

<sup>56</sup>LANQUETIN, Marie-Thérèse. *op. cit.*, p. 808.



Uma diferenciação arbitrária é desprovida de razoabilidade e objetividade o que, por si só, não poderia ser considerada discriminatória. Com efeito, o arbítrio pode ser verificado tanto pela existência de uma motivação que não venha revestida da necessária razoabilidade e objetividade, como também, despida de qualquer razão, qualquer uma que seja. A possibilidade de ausência de qualquer razão configurar o arbítrio é o ponto chave da diferenciação entre o arbítrio e a discriminação. Uma decisão arbitrária pode ser tomada por motivos alheios aos decisivos para configuração da razoabilidade, ou mesmo sem motivo algum, fruto do capricho ou da aleatoriedade. Insta voltar a lembrar a lição de Gilmar Mendes sobre a diferenciação dada pela doutrina alemã, no sentido de *que a isonomia tanto pode ser vista como exigência de tratamento igualitário como a proibição de tratamento discriminatório*<sup>57</sup>, *portanto duas coisas bem distintas*. Neste sentido, Marzia Barbera, apoiada na lição de Rodriguez Piñero e Fernandez López, assevera que *o princípio de não discriminação constitui um mandado especial que, por quanto derivado do princípio de igualdade, vai muito além e diz qualquer coisa distinta do mandado de igual proteção da lei*.

Portanto, a constatação de um motivo é essencial para distinguir uma discriminação de um ato arbitrário. A distinção arbitrária é infundada, caprichosa, ao passo que discriminação é fundamentada, pois recebe tratamento desfavorável por força de um motivo. Toda ação discriminatória é arbitrária, pois desprovida de razoabilidade, embora nem toda ação arbitrária seja discriminatória, eis que carente de um motivo específico a justificar a distinção efetuada.

Podemos notar, portanto, que a discriminação depende claramente de um motivo, e do estudo desse aspecto emergem questões muito importantes para a consideração de um ato como discriminatório. Sem motivo algum, a diferenciação não autorizada será meramente arbitrária, o que também é proibida, porém, somente com um motivo diverso e alheio ao interesse da situação de distinção, poderá ser considerada discriminatória.

### 3.4. Intenção discriminatória

Marc Bossuyt afirma que, não somente pelo fato de ser inútil, a introdução de um elemento subjetivo de intenção seria suscetível de enfraquecer o caráter justificável das diferenças relativas à noção de discriminação. Segundo Bossuyt, esta questão tem sido examinada igualmente por Kewenig, pelo qual somente o efeito *ex post* é para ser tomado em consideração<sup>58</sup>.

Os efeitos de determinada prática são os elementos fundamentais para a caracterização de uma atitude discriminatória, afastando-se, portanto, a questão da intenção do autor do ato discriminatório para qualquer apreciação de sua existência. A consideração da

---

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 43.

<sup>58</sup> BOSSUYT, Marc. *op. cit.*, p. 37.



discriminação por impacto adverso abandona, definitivamente, a existência de qualquer intenção por parte de seu autor, apenas verifica e intenta proibir a atitude que levou a um resultado perverso, o efeito da prática discriminatória. Assim, *o elemento intencional do ato discriminatório sequer deve ser provado, uma vez admitida a função exclusiva do resultado como caracterizador da discriminação, o que trará importantes implicações no que tange à inversão do ônus da prova da discriminação, como assente em vários diplomas legais já estudados.*

#### 4. Definição de discriminação

Do que acima foi exposto, podemos deduzir que um ato discriminatório é uma distinção desfavorável fundada em um determinado motivo, desprovida de razoabilidade e racionalidade e, portanto, antijurídica.

A distinção viola o tratamento igualitário, pois deixa de tratar esses entes com a devida obrigação de igualdade, quando os distingue. Essa distinção pode ocorrer de duas formas, seja no trato de iguais de forma desigual, seja no trato igual de pessoas ou grupos desiguais. Mas essa distinção não somente fere a igualdade. É uma distinção que leva prejuízo pelo menos a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. Portanto, é uma distinção desfavorável para uma das pessoas ou grupos que foram distintos de outros. Esse desfavorecimento por distinção poderá ocorrer em duas formas: seja por meio da percepção de menores vantagens, seja recebendo maiores ônus do que os outros que serviram como elementos de comparação. E terá duas fontes, a primeira constituída pelos atos normativos, sendo leis, decretos, acordos coletivos e contratos de trabalho; a segunda constituída por atos de administração do empregador.

Um ou mais motivos serão necessários para a caracterização da discriminação. Não havendo um motivo identificado, não haverá discriminação, mas sim tratamento arbitrário, igualmente antijurídico por ofender o princípio da igualdade, mas com proibição menos intensa que a discriminação. O motivo pode ou não estar previsto em norma positivada, adotando-se o princípio que as previsões de motivos nos diplomas legais são indicativas, salvo determinação expressa em sentido contrário. Os motivos poderão ser encontrados em dois grupos de características: No primeiro são levadas em conta as características pessoais involuntárias como a raça, nacionalidade, sexo, cor de pele. No segundo grupo são verificadas as características sociais com caráter optativo, como a opinião política, religião, relações sindicais, estado civil, entre outras.

A distinção para ser considerada uma discriminação deverá ferir algum direito, em princípio a relação jurídica fundamental mencionada por Karl Larenz<sup>59</sup>, na qual a pessoa deve ser respeitada por todos na sua dignidade. Essa ofensa viola o direito de tratamento igual e com o reconhecimento da mesma dignidade perante qualquer outro ser humano.

---

<sup>59</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 46.

Por fim, a distinção deverá ser arbitrária, ou seja, desprovida de qualquer critério de razoabilidade e objetividade, não podendo ser justificada por qualquer outro meio.

No entanto, dentro do espectro das relações de trabalho, algumas considerações deverão ser observadas, para elaboração de um conceito.

A primeira delas é que tal ato ou comportamento de distinção, fundado em um motivo, de cunho antijurídico e arbitrário, poderá ocorrer antes, durante e depois da realização de uma relação de trabalho, na medida em que atos discriminatórios podem ocorrer em qualquer época além da própria vigência da relação. Portanto, não há limitação temporal para o reconhecimento da discriminação dentro da relação laboral, mas também fora dela, desde que, por algum liame relacionado com uma relação que potencialmente venha a se formar, ou por uma relação já extinta. A casuística revela que as situações de proposta e punição do contrato de trabalho devem receber maior atenção.

A intenção do empregador em promover a discriminação não deve ser levada em conta, sequer necessita de sua existência ou prova. Bastará a existência de um ato ou comportamento que importe prejuízo efetivo ou potencial a um trabalhador ou a um grupo de trabalhadores. A distinção desfavorável relacionada com as necessidades do trabalho ou o desempenho da profissão, de caráter razoável, proporcional e justificável não poderá ser considerada como discriminação.

Os direitos violados das pessoas que foram desfavoravelmente tratadas podem ser integrantes da relação de trabalho, direitos pessoais, ou de qualquer natureza, não necessitando serem direitos integrantes ou circundantes da relação de trabalho. Uma atitude discriminatória poderá comprometer o exercício de direitos políticos, direitos de ingresso ao judiciário como exemplos, ou de qualquer outra natureza e, portanto deverá ser coibido.

Portanto, adotando as circunstâncias acima apontadas pertinentes às relações de trabalho, pode ser deduzido o seguinte conceito para a discriminação neste campo: *Há discriminação nas relações de trabalho quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas asseguradas, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.*

## **5. A obrigação de não discriminar e o Direito do Trabalho**

Algumas considerações sobre a igualdade e o Direito do Trabalho são perfeitamente aproveitáveis no estudo sobre a obrigatoriedade de não discriminação, posto que essa última é uma vertente negativa da primeira. A obrigação de não discriminar é um

princípio aplicável não somente às relações do trabalho, mas também a qualquer outra relação jurídica, como uma das vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, uma das realizações da relação jurídica fundamental explicada por Karl Larenz. Trata-se, portanto, da classificação de um direito constitucional laboral inespecífico, eis que não é um direito especificadamente laboral, mas podem ser exercitado pelos sujeitos das relações do trabalho, no seu âmbito, por adquirirem um conteúdo ou dimensão laboral superveniente, sendo o titular desse direito o trabalhador assalariado ou o empresário, na qualidade de sujeitos de uma relação trabalhista<sup>60</sup>.

Trata-se de um princípio do direito do trabalho, segundo vários autores, merecendo maior destaque a consideração de Américo Plá Rodríguez, um clássico autor sobre o assunto. Com efeito, o grande mestre uruguaio afirma que a proibição de discriminação é um direito fundamental do direito laboral, que se encontra na mesma base dos direitos humanos porque protege o homem em qualquer circunstância ou condição<sup>61</sup>. A mesma opinião é comungada por Pinho Pedreira, para quem a proibição de *discriminação arbitrária* é princípio do direito do trabalho, como consequência de outro princípio do direito laboral, o direito de igualdade de tratamento dos iguais em identidade de circunstâncias<sup>62</sup>. Alfredo J. Ruprecht também destaca a não discriminação como princípio do direito do trabalho, em face de várias aparições em convenções e tratados internacionais, em especial a figuração no próprio Tratado de Versalhes, que previa a igualdade de retribuição sem distinção de idade, sexo, estado, religião ou idéias políticas<sup>63</sup>. Afirma o referido jurista que o fundamento do princípio reside no fato de que todos os homens têm os mesmos direitos, razão pela qual se devem fazer distinções por questões alheias ao trabalho em si mesmo<sup>64</sup>.

A obrigação de não discriminação é adotada como direito fundamental do trabalhador pela Organização Internacional do Trabalho, conforme o texto aprovado pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 86ª reunião em 18 de junho de 1998, em que seu artigo 2º considera como princípio relativo aos direitos fundamentais do trabalho, no item “d”, a *eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*<sup>65</sup>. Diante dessas considerações, é inequívoca a consideração da obrigação de não discriminar como princípio do direito do trabalho.

---

<sup>60</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. O direito constitucional à igualdade e à não discriminação por razão de gênero nas relações de trabalho em Espanha. *Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho*, Goiânia, ano 7, n. 9, p. 95, nov. 2001.

<sup>61</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Nuevos aportes sobre la protección a la intimidad del trabajador. In: RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 1998. p. 203.

<sup>62</sup> PINHO PEDREIRA, Luiz de. *A discriminação indireta*. Discriminação indireta. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, ano, 65, n. 4, p. 403, abr. 2001, p. 402.

<sup>63</sup> RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Trad. para o português de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 102.

<sup>64</sup> *Id.*, loc. cit.

<sup>65</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edilson Alkmin Cunha, p. 9. Imprensa: Estação Gráfica Ltda. Genève, 1998, ISBN 92-2-811556-4.

As implicações do referido princípio nas relações do trabalho são muito importantes. Se de um modo o princípio vem a proteger o trabalhador contra atitudes discriminatórias tomadas por seu empregador, reciprocamente, o princípio limita o poder do empregador contratar e dirigir a prestação laboral, proibição essa que decorre de obrigação constitucional imposta ao Estado, mas com sérios reflexos nas relações privadas.

Ocorre no caso o conhecido *Drittwirkung der Grundrechte* decorrente da interação entre o direito do trabalho e o direito constitucional geral aplicado às relações do trabalho. Claramente, há um antagonismo entre a obrigação de não discriminar e a liberdade contratual do empregador, sendo que a aplicação exagerada do princípio da igualdade leva inevitavelmente à anulação da autonomia privada<sup>66</sup>. Como pode ser visto no exame da conceituação de discriminação, verifica-se uma proibição da distinção arbitrária por parte do empregador, somente permitida quando dotada de razoabilidade decorrente da necessidade da atividade empresarial.

A intervenção estatal na proibição da discriminação relativiza o poder do empregador dirigir suas atividades empresariais e é fundamento para grandes questionamentos. Marzia Barbera revela que as doutrinas laborais que afirmam a eficácia intersubjetiva das disposições constitucionais de igualdade, ou que teorizam o controle dos atos do exercício de poder organizativo-disciplinar do empregador nas luzes do princípio da ordem público-constitucional, são decisivamente minoritárias em face de uma mentalidade privatística prevalecente no pós-guerra<sup>67</sup>. Neste ambiente é que foram as teorias anti-discriminatórias sujeitas a uma análise mais profunda, onde a liberdade de contratação e de ação dos empregadores sempre foi destacada. Daí, foi constituída uma noção de proibição de arbítrio nas decisões do empregador. Como conseqüência, ao empregador foi constituído o ônus de justificação, valorizando a racionalidade e o bom senso, exigindo do empregador um motivo legítimo ou de uma adequada justificação das decisões concernentes à gestão da mão-de-obra<sup>68</sup>.

Daí que o direito do trabalho aponta nas questões do trato igual dos trabalhadores uma limitação aos poderes do empregador. Alguns autores como Guilherme Machado Dray, no entanto, sustentam que devem ser admitidas algumas (criteriosas) limitações ao princípio geral da autonomia privada, sem que delas possa resultar um sacrifício excessivo da liberdade individual e a obnubilação da autonomia pessoal<sup>69</sup>. Mas tais limitações da autonomia privada devem ser formadas a partir das ações que venham a incorrer em desvalor da dignidade humana do trabalhador<sup>70</sup>. Portanto, não deve ser apenas criteriosa a limitação da autonomia privada do empregador, mas necessária em toda atitude em que a pessoa humana no caso concreto, e a humanidade por via reflexa, estejam ameaçadas,

<sup>66</sup> VENTURA, Luciano. *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1984. p. 19.

<sup>67</sup> BARBERA, Marzia. *op. cit.*, p. 53.

<sup>68</sup> *Id. Ibid.*, p. 56.

<sup>69</sup> DRAY, Guilherme Machado. *op. cit.*, p. 176.

<sup>70</sup> *Id. Ibid.*, p. 183.

ainda que se situe o ato em questão dentro dos limites fixados pelos poderes do empregador. Assim, sacrifícios excessivos, na linguagem do jurista lusitano, podem ser necessários na manutenção da dignidade da pessoa humana, ficando de um lado a dignidade humana a ser respeitada e de outro a autonomia privada, de modo que o princípio da igualdade no direito do trabalho deve ser um princípio aberto e dinâmico, sujeito a apreciações de caso a caso dentro dos parâmetros acima estabelecidos<sup>71</sup>.

Por fim, insta lembrar o caráter de norma dos princípios. Paulo Bonavides expõe com clareza que os princípios são superiores e hegemônicos na pirâmide normativa, com supremacia que não é apenas formal, mas sim material, se tornando a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder<sup>72</sup>. Assim, com o grau de norma, serve como fundamento a proibir toda e qualquer atitude discriminatória, ainda que careça a atitude de proibição legal. Portanto, é aplicável com extrema facilidade no direito do trabalho, como forma de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>71</sup>*Id., loc. cit.*

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo:Malheiros, 2004, p. 288.