

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAR O EMPREGADO

*Amauri Mascaro Nascimento**

1. Liberdade e Proteção

Há um problema cuja solução nem sempre é fácil no contrato individual de trabalho, o devido equacionamento entre a liberdade e a igualdade, mais precisamente, entre a livre escolha que não pode ser negada ao empregador para ter como seu empregado quem for assim por ele determinado, e a preservação do direito do trabalhador em não ser discriminado diante das oportunidades de emprego que apareçam em sua vida profissional.

Como qualquer contrato, o de emprego é um ajuste de vontades, entre duas partes interessadas na sua pactuação, ato jurídico, portanto, constituído quando há interesse de ambas as partes contratantes na sua estipulação.

Na aproximação entre o candidato ao emprego e a possível contratante há uma fase de contatos preliminares, precedida, muitas vezes, de recrutamentos que começam com anúncios publicados na imprensa, pela futura empregadora ou por empresas especializadas em recrutamento de pessoal, estas fazendo uma rigorosa seleção de acordo com o perfil do candidato e as necessidades da função que vai exercer.

Nessa fase há, inevitavelmente, uma escolha que leva em consideração critérios de seleção que não dispensa indagações que o candidato deve responder para que seja melhor conhecida a sua personalidade, o seu passado profissional, a sua aptidão física e psicológica, o que já é, inevitavelmente, um início de incursão na personalidade do candidato e um começo de envolvimento em seu modo de ser e uma avaliação entre duas ou mais pessoas para o efeito de ser uma escolhida e outras não e que, conforme o grau de interferência ou de verificações, pode dar origem a um conflito.

A liberdade de escolha do seu futuro empregado é um direito da empresa com fundamento constitucional, o art. 170 da Lei Magna que declara como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, mas, o direito de não ser discriminado também encontra ampla fundamentação no direito internacional e interno.

Algumas funções profissionais na empresa exigem aptidões especiais de ordem técnica ou mesmo moral, estes como a guarda de segredos de fabricação e informações

* Professor Titular Aposentado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

de natureza confidencial, aqueles como a imagem adequada de um artista de novela para o papel em razão do qual está sendo contratado.

É correta a afirmação do autor português Guilherme Machado Dray, em *O princípio da igualdade no direito do trabalho* (1999) quando mostra que “a liberdade de escolha do trabalhador pelo empregador é algo que não pode ser negado e que resulta, como já se afirmou, do princípio constitucional da liberdade de criação e de gestão empresarial. O próprio caráter *intuitu persona* que caracteriza o contrato individual de trabalho, segundo o qual na celebração deste contrato a entidade empregadora leva em linha de conta a personalidade do trabalhador (a sua posição, competência, experiência, licenciatura etc), reforça a existência e a necessidade de ser preservada a aludida liberdade de escolha do trabalhador.”

Mas é certo, também, que essa liberdade não é ilimitada nem absoluta e está condicionada à preservação de imperativos éticos, dentre os quais o respeito à dignidade de quem procura trabalho e o igual tratamento entre aqueles que procuram a oportunidade de trabalhar.

Portanto, práticas discriminatórias de trabalhadores são vedadas na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa do empregado, como medida de defesa da dignidade do trabalhador, e de realização do princípio da igualdade, havendo um consenso quanto ao conceito de discriminação como toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, estado civil, opinião política, origem social ou nacional que tenha por finalidade anular a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.

2. Fundamentos da Proibição

Sua fundamentação é retratada, no direito internacional, pela Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1966) que se reporta à Declaração Universal dos Direitos Humanos que proclama que todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos, à Declaração das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. A Organização Internacional do Trabalho - OIT, em 1958, aprovou a Convenção sobre Discriminação no Emprego e Profissão (Convenção nº 111) e em 1981 a Convenção nº 156 sobre Igualdade de Oportunidades e Tratamento para os Trabalhadores de Ambos os Sexos.

A discriminação, nas mais diferentes relações entre as pessoas na vida em sociedade, não é tolerada e é vedada pelas leis, inclusive pelas Constituições, como exigência da dignidade do ser humano e direito ao trato igual que não deve ser preterido em razão de determinadas circunstâncias ou fatores que, de modo algum, podem justificar tratamentos diferentes.

Nas relações de trabalho os poderes empresariais podem facilitar tratamentos discriminatórios do empregado, tanto na admissão ao emprego como no curso do contrato de trabalho e, também, nas dispensas de empregados.

São declarações em defesa do trabalhador contra discriminação salarial o princípio da igualdade salarial proclamado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem

(1948), o Tratado de Versalhes (1919), as Convenções nºs 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção sobre eliminação da discriminação da mulher, das Nações Unidas (1979), e outros documentos internacionais. Surgiram como resposta às disparidades salariais nos serviços idênticos entre trabalhadores masculinos e femininos, incorporando-se às leis. Na União Européia, a Diretiva nº 75/117 dispõe que deve ser eliminada qualquer discriminação salarial em razão entre homens e mulheres.

Há leis e convenções coletivas de trabalho que asseguram garantias à mulher contra dispensas arbitrárias, tendo como causa a futura maternidade e para possa ter condições de dar assistência ao filho que nasce. Há países nos quais a lei cria presunções de discriminação da mulher, como na Itália. Se é pequeno o percentual de mulheres empregadas de uma empresa presume-se que há discriminação da empresa contra o trabalho da mulher, salvo prova em contrário.

O menor também é protegido contra atos discriminatórios com o direito à igualdade salarial – preenchidas determinadas condições – previsto em diversas legislações.

Os dirigentes sindicais e representantes de trabalhadores igualmente são defendidos contra atos que possam configurar conduta anti-sindical e discriminação com medidas como o *fuero sindical* – proteção do dirigente e do militante sindical diante dos prejuízos que possam sofrer por sua atuação e visando possibilitar um desenvolvimento normal e eficaz da atividade sindical – a proibição de práticas desleais – cuja origem está na *Lei Nacional de Relações de Trabalho*, de 1935, dos Estados Unidos, conhecida como *Lei Wagner* – destinada a proibir condutas como a interferência da empresa na formação ou administração de sindicatos e outras práticas de sentido semelhante, proteção essa que tem como suporte o princípio da liberdade sindical da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho.

A Constituição de 1988 tem princípios gerais plenamente aplicáveis às relações de trabalho, como “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (art. 5º, *caput*), “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I), a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 5º, XXX), e a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 5º, XXXI).

3. O Problema do Conceito

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho define discriminação como “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 oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Convém aprofundar o estudo da questão. A discriminação, na admissão no emprego, configura-se através da presença de um elemento *subjetivo*, a intenção de discriminar, e de um elemento *objetivo*, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado revelando uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores importantes.

O que está em causa é um desvirtuamento, pelo empregador, do valor igualdade entre pessoas igualmente aptas para a ocupação. Não se caracteriza como prática discriminatória a opção do empregador que tenha por base exigências próprias de uma função que não pode ser exercida por uma pessoa em decorrência de fatores pessoais ou distinções feitas em função da natureza da relação de trabalho e do tipo de atividade que a pessoa venha a exercer.

E importante para dividir situações de discriminação e de não discriminação é a finalidade do ato praticado pela empresa e não a simples diferenciação de tratamento, pois na discriminação a finalidade é a preferência que tenha por fim excluir a oportunidade de trabalho de alguém em razão de um dos fatores distintivos elencados pela lei, e na não discriminação a finalidade não é essa mas dar atendimento a circunstâncias concretas impeditivas da entrega da função a uma pessoa que não pode exercê-la.

Nesse ponto, há certas atividades que a mulher, por ser mulher, não pode exercer porque a lei trabalhista proíbe, como o trabalho com emprego de força muscular acima de determinados limites (CLT, art. 390), como proibido, também, é admitir o menor para trabalho noturno (CLT, art. 404) de modo que não se configura prática discriminatória em casos semelhantes a escolha de pessoa cujas características pessoais sejam outras, como não haverá discriminação, também, na escolha, para emprego de professor de inglês em escola particular, de alguém que domine melhor a língua em detrimento de outro que não tem a mesma facilidade, por se tratar de uma questão meramente de aptidão e não de discriminação.

4. Discriminação da Mulher

A Organização Internacional do Trabalho aprovou as Convenções n^{os} 111 e 156 sobre discriminação da mulher no emprego.

A Convenção sobre “Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, da Organização das Nações Unidas (1979), no art. 1^o, conceitua discriminação como “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

O art.11 da mesma Convenção refere-se, especificamente, à eliminação da discriminação no emprego da mulher mediante: a) o direito ao trabalho; b) o direito

às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação de iguais critérios de seleção para admissão em emprego; c) o direito de escolher livremente a profissão e o emprego; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento no trabalho de igual valor; e) o direito à seguridade social; f) o direito à proteção da saúde e segurança no trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução; g) a proibição da dispensa por motivo de gravidez ou licença-maternidade, e a discriminação nas dispensas motivadas pelo estado civil; h) o direito à licença-maternidade; i) a proteção especial durante a gravidez, nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a esse estado.

No Brasil, a Lei nº 9.029, de 13.4.95, considera ato discriminatório do trabalho da mulher a exigência, pelo empregador, de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou outro qualquer meio destinado a esclarecer se está grávida ou esterilizada. O ato é punido com detenção de 1 a 2 anos, multa administrativa de 10 a 50 vezes o maior salário pago pelo empregador e a proibição de financiamentos em instituições oficiais. Havendo dispensa discriminatória originária dos mesmos motivos, a lei prevê reintegração no emprego com os salários do período de afastamento em dobro. Seguiu-se a Lei nº 9.799, de 1999, que estabeleceu regras para o acesso da mulher ao mercado de trabalho, tipificou como discriminatórios diversos atos, como a publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, salvo quando necessário, tendo em vista a natureza da função, ampliando as medidas de proteção à maternidade e de combate à discriminação da mulher.

5. Portador de Deficiência

Há documentos internacionais sobre a proteção aos portadores de deficiência. A *Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (1975)*, da Organização das Nações Unidas - ONU, art. 3º, declara que “as pessoas portadoras de deficiência têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana” e o art. 8º dispõe que “as pessoas portadoras de deficiência têm o direito de ter as suas necessidades especiais levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social”. O *Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência Física (1982)* também da ONU, art. 12, declara que “a igualdade de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade – o meio físico, cultura, a habitação, o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e de trabalho, a vida cultura e social, inclusive as instalações esportivas e de lazer – torna-se acessível a todos.” OIT – Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção nº 159, de 1983, sobre *Emprego e Reabilitação dos Portadores de Deficiência, ratificada pelo Brasil*, e as Recomendações nºs 99 e 168, sobre o mesmo tema, naquela definindo deficiência para o trabalho como aquela “cuja possibilidade de conseguir, permanecer e progredir no emprego é substancialmente limitada em decorrência de uma reconhecida desvantagem física ou mental”.

A lei brasileira protege o trabalhador portador de deficiência contra discriminação: a) no tocante a salário e critérios de admissão (CF, art. 7º, XXXI); b) fixando

cotas a serem preenchidas por reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 8.213, de 1991, art. 93), nas empresas com 100 ou mais empregados, de 2% a 5% dos seus cargos; c) reservando a ocupação da vaga de reabilitado ou deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, a substituto de condição semelhante (Portaria nº 4.677, de 1998, do Ministério do Trabalho e Emprego e Resolução nº 630 do INSS); d) apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social e órgãos do Poder Público incumbidos de desenvolver programas na área dessas ações, inclusive ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, promovidas pelo Ministério Público.

O estudo de *José Pastore, Oportunidades de Trabalho para Portadores de Deficiência Física*, mostra que os sistemas de apoio do deficiente físico para o trabalho envolvem uma grande diversidade de atividades, como a educação, qualificação profissional, assistência médica, habilitação e reabilitação, incentivos aos empresários, campanhas antidiscriminação. Observa que diversos países adotam o *sistema de cotas*, em alguns casos fixadas em função do tamanho da empresa, em outros alguns setores de atividade econômica são excluídos, em outros, ainda, as empresas que não preenchem as cotas pagam uma contribuição para um fundo de apoio cujos recursos são destinados aos empresários que não podem preenchê-las e em outros países a dispensa de portador de deficiência só pode ser efetivada depois de obtida autorização de órgão oficial. Dentre os países que adotam o sistema de cotas estão, na América Latina, como menciona o referido autor, Brasil e Honduras; na Argentina é reduzida em 50% a contribuição previdenciária dos empregadores (Lei nº 24.465, de 1995), e o sistema de cotas é rejeitado por Dinamarca, Suécia, Finlândia, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália, países que concluíram que a simples existência de cotas é indicativa de que os portadores de deficiência não têm condições de competir no mercado, e porque outros grupos minoritários também teriam de ser igualmente protegidos com o mesmo sistema.

Três são, como se vê, os problemas jurídicos principais que a questão apresenta, o *conceito de deficiência física*, a *base de incidência para cálculo dos percentuais do nosso sistema de quotas* e o *âmbito das discussões do problema*.

O conceito de deficiência física é fundamental para que se defina ao âmbito pessoal de proteção jurídica a ser dispensada o que é importante para que se possa, com a maior precisão possível, saber quais são os destinatários das leis, distinguindo-se, assim, aqueles que realmente recebem a tutela legal daqueles que não a tem, bem como definir, na empresa, se determinados empregados, pela sua condição pessoal, devem ser considerados para o efeito de preenchimento das quotas obrigatórias de vagas reservadas aos portadores de deficiência.

Distingue, o Decreto nº 3.298, de 1999, *deficiência, deficiência permanente e incapacidade*. *Deficiência* é considerada “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho

de atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano.” *Deficiência permanente* é “aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.” Incapacidade é “uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividades a ser exercida”. O mesmo Decreto expende conceitos sobre deficiência física, auditiva, visual mental e múltipla e os requisitos que uma vez presentes, permitem a sua caracterização, bem como as modalidades de inserção no trabalho da pessoa portadora da deficiência, incluindo programas de reabilitação profissional.

Como se vê, o conceito de deficiência é descrito por uma norma jurídica que serve de base para o enquadramento dos casos concretos que surgem na vida real, mas não há dúvida que, a exemplo de outros conceitos com que o direito do trabalho lida, não dispensa, nos casos de controvérsia, a opinião do técnico ou o laudo médico que dirá se a alguém estará ou não na situação típica definida pela regra jurídica.

Observe-se, também, que uma segunda questão poderá surgir, a da taxatividade ou não da norma, de modo que outros casos, na mesma não enquadrados mas desde que a perícia médica venha a revelar que se trata de um portador de deficiência com as mesmas dificuldades daqueles cuja condição é prevista, terá direito à proteção e a resposta deve ser afirmativa, não fosse por outra razão tendo em vista a finalidade das leis.

Quanto à base de incidência para cálculo dos percentuais do nosso sistema de quotas decorrente do art.36 do Decreto nº 3.298, de 1999, a principal questão está em saber se a incidência é sobre o total de empregados da empresa ou estabelecimento ou, como será de melhor lógica, somente sobre o total de funções compatíveis para o trabalho do deficiente e se a definição de deficiente, do mesmo artigo, que é mais restrita, é a que deve, para tal fim, prevalecer. É que sob a perspectiva dessa norma, há dois grupos, os *deficientes habilitados* e os *deficientes não habilitados*.

Deficientes habilitados são aqueles que concluíram curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente ou aquela com certificado de reabilitação profissional fornecido pelo INSS.

Deficientes não habilitados são os que não se submeteram a processo de habilitação ou reabilitação, mas que se acham capacitados para o exercício da função.

Esses conceitos, igualmente, em casos de controvérsia, dependem de comprovação área médica porque são definições de tipicidade que envolvem juízo técnico.

É de melhor lógica concluir que para o cálculo de vagas obrigatórias devem ser consideradas somente as funções compatíveis, portanto excluídas as incompatíveis para o trabalho do deficiente, porque se quanto a estas não há a possibilidade de

preenchimento por habilitado ou não habilitado, diante da natureza da mesma, outro entendimento poderia levar ao absurdo de em uma empresa na qual todas as funções fossem incompatíveis, ainda assim estaria a mesma obrigada a preencher os percentuais com deficientes, com grave risco a que estariam os trabalhadores expostos.

Quanto ao *âmbito das discussões do problema*, o Ministério Público do Trabalho desempenha papel importante, autorizado, que está, a instaurar investigação prévia, inquérito civil e ação civil pública (Lei nº 7.853, de 1989, art. 3º) e a Constituição Federal atribuiu competência à Justiça do Trabalho (art. 114) para decidir as questões entre trabalhadores e empregadores, dentre as quais o preenchimento das quotas é uma espécie, com o que no Ministério Público a atribuição cabe às Procuradorias da Justiça do Trabalho e não ao Ministério Público dos Estados-Membros., ressalvadas as providências criminais que a questão possa oferecer.

Surgiram questões, nos Tribunais do Trabalho, de interesse das empresas públicas e sociedades de economia mista, obrigadas que estão, por preceito constitucional CF, art. 37, VIII) a preencher os cargos por concurso público e o Tribunal Superior do Trabalho (SDI-1, ERR nº 651200, de 2.000, DJ de 10.08.2001, pág. 425, Rel. Min. Deoclécia Amorelli Dias), ficando decidido que o acesso a cargos da administração pública direta e indireta, a partir da Constituição de 1988 depende de aprovação em concurso público, regra aplicável indistintamente para todos aqueles que almejam ingressar no serviço público, obrigando, também, aos portadores de deficiência .

6. Portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

Decidiu, a Justiça do Trabalho, que o portador da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS não pode ser, por tal motivo, e desde que o empregador tenha conhecimento do seu estado, despedido do emprego, caso em que os Tribunais do Trabalho têm assegurado a sua reintegração no emprego (TST, SBDI-1, E-RR nº 205.359/95.0, rel. Min. Leonardo Silva, DJU 14.05.99).

Foi, portanto, reconhecida a estabilidade no emprego diante do seu estado de saúde do empregado, com o que houve uma forma de responsabilidade objetiva, de sentido social, em questão que deve ser apreciada também sob outro prisma, levado em conta as circunstâncias de cada caso concreto, por exemplo se há justa causa para a dispensa do empregado, caso em que a rescisão do contrato de trabalho não é discriminatória e o fundamento jurídico para a proteção é o princípio da não discriminação da Constituição Federal, segundo o qual “ todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (art. 5º, *caput*).