



Coordigualdade 15 anos





15 anos da Coordigualdade



Gráfica Movimento
2018

B823q

Brasil. Ministério Público do Trabalho.
15 anos de Coordigualdade / Maria Aparecida Gugel ...
[et al.]. — Brasília : Gráfica Movimento, 2018.
188 p. : il. ; 28 cm.

ISBN 978-85-66507-22-5.

1. Igualdade (direito do trabalho) – Brasil. 2. Igualdade
de oportunidades. I. Gugel, Maria Aparecida. II. Título.

CDU 331(81)

PREFÁCIO

Ronaldo Fleury

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ESTÁ EM FESTA!

A Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho, a chamada COORDIGUALDADE, completou quinze anos de existência em 2017.

De fato, foram 15 anos de contínuo enfrentamento à discriminação entendida esta como “toda a 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” (Convenção OIT n. 111).

Combateu-se o assédio moral e sexual nas relações de trabalho; incluiu-se pessoas com deficiência e reabilitadas no mercado de trabalho, fazendo valer a reserva real insculpida no art. 93, da Lei 8.213/91; lutou-se contra a dispensa discriminatória; exigência abusiva de exames médicos e certidões de antecedentes criminais dos candidatos a emprego e, ainda, anotação de informações desabonadoras à conduta do empregado em sua carteira de trabalho (CTPS). Enfrentou-se listas e anúncios de emprego discriminatórios. Houve atuação intensa na adaptação do meio ambiente de trabalho às necessidades das pessoas com deficiência, disseminando-se padrões de acessibilidade.

Protegeu-se a intimidade do trabalhador; reprimiu-se a distinção, exclusão ou preferência na inserção, manutenção ou progressão no mercado de trabalho, baseadas em aspectos da vida pessoal e íntima do trabalhador, incluídas nestes casos, as notícias de fato relacionadas com monitoramento da imagem, da voz, de transmissão eletrônica de dados e de correspondência; bem como a revista íntima ou em pertences do trabalhador.

E, para celebrar o tempo transcorrido de tantos estudos, atuações, e resultados no campo da igualdade nas relações de trabalho, tempo de intenso trabalho de tantos Membros do Ministério Público do Trabalho, elaborou-se a presente obra literária, um justo e legítimo instrumento de reconhecimento histórico da importância da COORDIGUALDADE para a garantia de fruição do trabalho digno e decente, infenso a qualquer resquício de discriminação nefasta e/ou falta de oportunidades. Afinal, nas palavras do mestre Guimarães Rosa, “às vezes, quase sempre, um livro é maior que a gente”.

Aliás, a causa da não-discriminação e da igualdade de oportunidades nas relações de trabalho precisa mesmo ser maior do que cada um da gente; precisa ser uma das grandes causas da sociedade brasileira, tão diversa quanto ainda preconceituosa.

Infelizmente, a sociedade brasileira ainda convive com severas restrições de acesso às oportunidades dignas de trabalho e com perversos atos de discriminação na progressão

ou encerramento do labor, que travam, prejudicam e/ou alijam do trabalho seres humanos apenas por serem diferentes dos padrões sociais tidos como normais – sem que isto tenha qualquer reflexo em seu desempenho profissional – nas searas de gênero, raça, orientação sexual, identidade de gênero, religião, idade, etnia, orientação política, dentre outras.

Não raras vezes, tais discriminações são tão incrustadas nos padrões culturais da população brasileira que se forja uma ideia de normalidade, permissibilidade, aceitação e/ou negação, a dificultar a construção de uma sociedade verdadeiramente igual e livre, em especial no trabalho.

Nesse enredo, para uma parcela significativa do contingente brasileiro, ainda é natural mulheres e negros ganharem remuneração inferior aos homens e brancos, assim como é natural mulheres e negros ascenderem menos nas posições de comando no trabalho, comparativamente aos homens e aos negros; ou não serem contratados ou mesmo demitidos apenas por serem mulheres e/ou negros.

É justificável, ainda, para essa mesma parcela, a falta de oportunidades de trabalho para aquelas pessoas que não se identificam com seu gênero de nascença, as chamadas pessoas transexuais e travestis, relegando-se-lhes, como única opção de sobrevivência, a prostituição. E o preconceito e a discriminação no mundo do trabalho também são realidade para os homossexuais, os mais idosos, as pessoas deficiência, entre outros.

Tais discriminações, então, naturalizam-se, e afastam, cada vez mais, a sociedade brasileira, dos mandamentos constitucionais da igualdade material e real.

É, pois, nesse contexto de desigualdades – não raro toleradas e até incentivadas – nas relações de trabalho, seja no acesso, durante ou ao final da prestação do serviço, que a presente obra se põe e revela sua importância, afinal, as primeiras mudanças precisam acontecer no plano das ideias das pessoas em ordem a aceitar, conviver e promover a diversidade na sociedade.

O livro é, por assim dizer, também diverso. Contém artigos variados, que iluminam questões sensíveis no campo da igualdade de oportunidades, da não discriminação, do respeito e da promoção das diferenças entre os seres humanos nas relações de trabalho, tais como identidade de gênero, igualdade de gênero, pessoas negras, pessoas indígenas, pessoas com deficiência, ações afirmativas, violência e, ainda, a gênese e o desenvolvimento da COORIGUALDADE enquanto Coordenadoria do MPT. Aborda, também, questões processuais de enfrentamento da discriminação e de promoção de oportunidades e analisa como o Supremo Tribunal Federal vem tratando desta temática.

Os artigos foram todos escritos por Membros do Ministério Público do Trabalho que, em algum momento histórico, assumiram a Coordenação ou Vice-Coordenação Nacional da Coordigualdade. São profissionais altamente dedicados e comprometidos com a causa, que a estudaram com profundidade e, para além disso, vivenciaram no dia-a-dia, angariando conhecimento e experiência ímpares. São eles VALDIRENE SILVA DE ASSIS e SOFIA VILELA DE MORAES E SILVA, atuais Coordenadora e Vice-Coordenadora Nacional, bem como os ex-Coordenadores MARIA APARECIDA GUGEL, OTÁVIO BRITO LOPES, JOSE CLÁUDIO MONTEIRO DE

BRITO FILHO, ANDRÉA NICE LINO LOPES, VILMA LEITE MACHADO AMORIM, RICARDO JOSÉ DAS MERCÊS CARNEIRO e SANDOVAL ALVES DA SILVA.

Não é à toa que, pela temática e pelo elenco de seus autores, o livro ganha em qualidade, atualidade e utilidade para todos aqueles que pretendem assumir não somente um olhar novo, respeitoso, acolhedor e promotor das diferenças, mas também os que, imbuídos desses novos olhares, querem adotar padrões de comportamento pessoal e profissional igualmente novos, respeitosos, acolhedores e promotores dessas mesmas diferenças.

O certo é que grandes revoluções iniciam-se no plano das ideias. No campo da aceitação das diferenças e da promoção da igualdade no trabalho, não é diferente. E nada como os livros para fertilizarem estas novas ideias. Realmente, a sociedade brasileira necessita iniciar, com maior desenvoltura e efetividade, essa travessia ao encontro da igualdade material, especialmente nas relações de trabalho.

A presente obra, ao marcar o aniversário de 15 anos da COORDIGUALDADE, é, pois, importante instrumento para encorajar esta travessia, ainda tímida, descortinar novas questões jurídicas e sociais, bem como arrimar uma aurora de respeito e promoção das diferenças nas relações de trabalho.

Boa leitura!



A GENESE DA COORDIGUALDADE, OU AS AÇÕES QUE COLABORARAM PARA A SUA CRIAÇÃO, COM A PERSPECTIVA EM DIREITOS HUMANOS

MARIA APARECIDA GUGEL Subprocuradora-geral do Trabalho, 10º Ofício do Ministério Público do Trabalho. Doutora pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” Facoltà di Giurisprudenza, Autonomia Individuale e Collettiva. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Coordenadora da Comissão de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, Sexual e da Discriminação da Procuradoria-Geral do Trabalho.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Ministério Público do Trabalho, as Codins e as duas primeiras coordenadorias temáticas. 2. A COORDIGUALDADE. 3. Ações e estratégias futuras da COORDIGUALDADE na perspectiva dos direitos humanos, conclusões. Referências

INTRODUÇÃO

A história das instituições deixa de ser contada por quem a viveu, acompanhou e contribuiu para a sua evolução, talvez ocasionada pela natural inércia ou pela azáfama das tarefas diárias. O fato é que com a inexorável passagem do tempo podemos deixar de dar crédito aos fatos importantes que marcaram as transformações e às pessoas que contribuíram para elas. Infelizmente não se tem uma gestão de memória institucional visando a não só manter registros físicos ou virtuais em forma de processos e de notícias dos eventos, como também avaliar suas eficiências e eficácias. Daí porque, tenta-se, a partir de documentos pessoais arquivados (e disponíveis a todos), estabelecer uma timeline até a criação da Coordenadoria Nacional de Igualdade de Oportunidades e Combate a toda a forma de Discriminação (Cordigualdade). Com essas “lembranças” espero homenagear a todos os colegas que participaram desses acontecimentos.

Propõe-se, ao final, olhar para as velhas/novas questões baseadas em normas internacionais e com forte apelo para o fortalecimento do diálogo social com os sindicatos para a realização de negociação coletiva de cláusulas de igualdade de tratamento, como um caminho eficaz para se alcançar a igualdade real com recorte em gênero, racial, deficiência e idade. Além da ação judicante fundada nas referidas normas internacionais devidamente prequestionadas.

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, AS CODINS E AS DUAS PRIMEIRAS COORDENADORIAS TEMÁTICAS.

O Ministério Público do Trabalho (MPT), mesmo antes do advento da Lei Complementar nº75/93, buscou organizar suas ações nacionalmente com a perspectiva na unidade das atuações, em consonância com um dos princípios decorrentes do artigo 127 da Constituição da República, sobretudo para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129 da Constituição da República).

Foi com essa visibilidade que em 1992 nasceu a Coordenadoria de Defesa dos Interesses Individuais Indisponíveis e Interesses Difusos e Coletivos (Codin), Portaria nº 69 de 9 de março de 1992, ligada diretamente ao Procurador Geral do Trabalho, com o propósito de a) orientar as procuradorias regionais, sempre que solicitado, e lhes fornecer elementos necessários à adoção de providências que visem à defesa dos interesses individuais indisponíveis e interesses difusos e coletivos, decorrentes das relações de trabalho; b) receber, na Procuradoria Geral, as informações, petições ou reclamações, de qualquer origem, que exijam providências da Coordenadoria; c) submeter ao Procurador-Geral as questões de seu conhecimento que reclamem providências da Coordenadoria; d) manter, na Coordenadoria, informações sobre as medidas adotadas pelas Procuradorias Regionais do Trabalho em defesa dos referidos interesses. Formava-se, numa espécie de laboratório nacional, o caminho da unidade para as diferentes áreas de atuação, resguardadas a independência funcional e as peculiaridades regionais.

A Instrução Normativa nº 1/1993 consistia-se no guia de atuação até o ano de 1997, ocasião em que o Conselho Superior do Ministério Público (CSMPT) editou a primeira norma sobre instauração de inquérito civil, a Resolução nº 24/1997. O voto exarado no processo

- 1 As composições da Codin-PGT, até o ano de 1997 quando de sua extinção, foram: Portaria nº 70, de 10/março/1992 - Otávio Brito Lopes coordenador; Portaria nº 143/1994 - Ives Gandra da Silva Martins Filho coordenador, Lelio Bentes Correa e Terezinha Licks Prates, Maria Aparecida Gugel membros; Portaria nº 29, de 29/agosto/1995 Maria Aparecida Gugel coordenadora, Ives Gandra Martins Filho, Heloisa Pires e Lucinea OCampos, membros.
Há arquivo de atas de 69 reuniões da Codin-PGT de 17agosto1994 a 27dezembro1996 (gabinete Maria Aparecida Gugel, pasta1-Codin).
- 2 As resoluções sobre instauração de inquérito civil do CSMPT são:
Resolução nº 24/1997 - Processo nº 08130-001581/94. Relatora Maria Aparecida Gugel, Revisora: Eliana Traverso Calegari.
Resolução nº 28/1997 - Processo nº 08130-001154/97. Relatora Maria Aparecida Gugel, Revisor Jorge Eduardo de Sousa Maia.
Resolução nº 69/2007 - Processo 08130.004362. Relatora Terezinha Matilde Licks Revisora: Lucinea Alves Ocampos.
Resolução nº 87/2009 - Processo 08130.000671/2009. Relatora Terezinha Matilde Licks, Revisor Edson Braz da Silva.
Resolução nº 99/2011 - Processo nº 08130.000238/2011 (Apenso: Processo nº 08130.001288/2011) - Reator Edson Braz da Silva, Revisor José Alves Pereira Filho.

revelava a discordância com a forma de controle da referida instrução normativa nº1 em detrimento da independência funcional, na medida em que se avançava em compreensão dos comandos constitucionais e da lei complementar:

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PROCESSO MPT Nº 08130-001591/1994

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO TRABALHO

ASSUNTO: INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1/93-MPT

RELATORA: CONSELHEIRA MARIA APARECIDA GUGEL

REVISORA: CONSELHEIRA ELIANA TRAVERSO CALEGARI

RELATÓRIO. Tratam os autos da revisão da Instrução Normativa nº 1/93 que dispõe sobre a instauração de inquéritos civis públicos no âmbito do Ministério Público do Trabalho. Dos autos constam as seguintes peças:

- ofício da Exma. Procuradora do Trabalho da PRT-22ª Região, Dra. Evanna Soares, datado de 3/junho/94, traçando considerações sobre a necessidade de revisão do controle exercido pela CODIN-PGT, tendo em vista a manifestação de seu Membro Dr. Ives Gandra da Silva Martins Filho sobre o enquadramento jurídico das ações propostas pela Regional (fls 11/30);

- cópia de atas de reuniões colegiadas das CODINs com deliberação sobre a instauração de inquérito, projeto de lei sobre ação civil pública (fls 32/57), e sobre independência funcional (fls 70/92);

- manifestação da PRT 9ª Região sobre a independência funcional do Membro do Ministério Público do Trabalho (fls 58/63).

- distribuição do processado aos Conselheiros Otávio Brito Lopes (fls 08) e Ives Gandra da Silva Martins Filho (fls 68) como Relatores; Conselheiras Flávia Falcão Alvim (fls 08) e Eliana Traverso Calegari (fls 65) como Revisoras.

- por três vezes o processo foi retirado de pauta (fls 67, 95 e 97).

- a mim redistribuído às fls 98. É o relatório.

VOTO. Impõe-se urgentemente a revogação da Instrução Normativa nº 01/93, editada pelo Procurador-Geral do Trabalho da época Dr. João Pedro Ferraz dos Passos, posto que atrela a instauração de inquérito civil público ou qualquer outra proposta dela decorrente à consideração e autorização final do Procurador-Chefe ou do Procurador-Geral, em flagrante ofensa ao princípio da independência funcional de Membro do Ministério Público, ex

Resolução nº 100/2011 - Processo 08130.001731/2009. Relatora Guiomar Rechia Gomes, Redator designado Eduardo Antunes Parmeggiani, Revisor Edson Braz da Silva.

Resolução nº 118/2014 - Processo 2.00.000.024019/2014-44. Relatora Eliane Araque dos Santos, Revisor Antônio Luiz Teixeira Mendes.
Resolução nº 125/2016 - Processo 2.00.000.036100/2015-58. Relatora Cristina Soares de Oliveira Almeida Nobre, Revisor Jeferson Luiz P. Coelho.

vi do art. 127, § 1º da Constituição da República. Tanto isto é verdade que o Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Jeferson Luiz Pereira Coelho, foi instado a se manifestar em expediente instaurado junto ao Ministério Público Federal no Estado de Santa Catarina, sobre estudo relativo à quebra da independência funcional no âmbito deste Ministério Público do Trabalho, especificamente com relação à Instrução Normativa em apreço (PROCESSO MPT-08130 006014).

No entanto, a designação de Membro do Ministério Público do Trabalho para os ofícios é prerrogativa do Procurador-Geral e do Procurador-Chefe, nos termos dos artigos 91, inciso V e 92 inciso II da Lei Complementar nº 75/93.

Assim, considerando os termos dos artigos 127 e § 1º, 129 da Constituição Federal, 6º, inciso VII, alíneas a, e d, 8º, 84 inciso II e 91 inciso V da Lei Complementar nº 75/93 e com a convicção da necessidade de aprimorar a atuação do Ministério Público do Trabalho através de regras uniformes e prazos compatíveis com a realidade, observadas as sugestões recebidas e aquelas colhidas no âmbito de outros Ministérios Públicos, entendo que a matéria relativa a instauração de inquérito civil público e procedimento investigatório deva assim ser redigida:

RESOLUÇÃO nº dispõe sobre a instauração e autuação de inquéritos civis públicos e procedimentos investigatórios no âmbito do Ministério Público do Trabalho. [...]

Brasília, 04 de dezembro de 1996. Maria Aparecida Gugel, Conselheira Relatora

As matérias mais comuns e objeto de atuação especializada³ consistiam em “contrato de trabalho, direitos sindicais, meio ambiente, medicina e segurança do trabalho, moralidade pública, trabalho escravo e trabalho do menor”. Exigia-se tal especialização pois semelhantes atividades regionais repercutiam em uma das atribuições da Codin-PGT que era a de exarar parecer técnico sobre as propostas de arquivamento dos procedimentos preparatórios e inquéritos civis oriundos das Procuradorias Regional do Trabalho, tudo visando a auxiliar os votos dos relatores junto ao Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho na sua atribuição de arquivamento. Destaca-se um parecer de arquivamento, posto que está marcado no tempo como sendo o primeiro inquérito civil no âmbito do MPT e no qual estão retratadas as dificuldades iniciais em relação ao reconhecimento da atribuição de investigar e de se obterem informações dos órgãos de fiscalização para a solução do objeto investigado:

ICP-0001/92, Origem 18ª Região, Inquirido: Saneamento de Goiás S/A – SANEAGO, Denunciante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas no Estado de Goiás

3 Portaria Codin nº1, de 2/junho/1995, publicada em 7/junho/1995.

O inquérito civil foi instaurado para apurar [...] prática de coação aos seus empregados para desistirem de ações judiciais em que buscavam diferenças de horas extras asseguradas em sentença normativa.

[...]

Impetrado mandado de segurança pela SENEAGO contra o condutor do presente inquérito com pedido deferimento de liminar para trancar seu curso tendo em vista ser o procedimento impróprio para apurar eventual conduta criminosa tipificada no art. 344 do CP. Em sentença, negou-se a segurança revogando a liminar (fls 360/394).

A empresa encaminha relação das ações e seu andamento atual (fls 400/410). Juntado o Inquérito Policial instaurado pela Polícia Federal (fls 412/416), no qual se conclui pelo indiciamento dos dirigentes apontados, incursos no art. 334 do Código Penal. Foi requerido seu arquivamento pelo MPR e deferido pelo MM Juiz da 5ª Vara da Justiça Federal (fls 417/422).

Há notícia de ter sido impetrado Mando de Segurança na Justiça do Trabalho contra o despacho do Juiz Presidente pela não homologação das desistências (TRT-18-MS022/92), cuja decisão foi de extinção do processo sem julgamento do mérito por perda de objeto (fls 423/428).

A conclusão é que a coação de caráter coletivo não restou caracterizada e os dados trazidos aos autos pela empresa (fls 401/410) demonstram que esta não demitiu seus empregados que mantem ação trabalhista ajuizada. Por isso, anui-se à proposta de arquivamento do presente inquérito, conforme o relatório de fls 429/434.

Ao Conselho Superior para deliberação. Brasília, 8 de abril de 1996. Maria Aparecida Gugel, Coordenadora

Em 1995 a totalidade das Procuradorias Regionais do Trabalho já tinham constituído as suas Codins e a estatística nacional mostravam estarem em curso 4.000 procedimentos preparatórios, 300 inquéritos civis, 250 ações civis públicas ajuizadas, 230 ações anulatórias e 150 termos de compromisso de ajustamento conduta firmados⁴. Uma vez implantada a agenda ordinária/anual e extraordinária de Encontros de Coordenadores das Codins⁵, veri-

4 Ata da 34 reunião ordinária de 31 de agosto de 1995. Maria Aparecida Gugel, coordenadora; Ives Gandra Martins Filho, Heloísa Pires e Lucinea Ocampos, membros.

5 A primeira reunião de coordenadores de Codin e procuradores-chefes ocorreu em outubro de 1994, conforme a Ata da 6ª reunião ordinária de 6 outubro de 1994 e tratou de projeto de lei de ação civil pública trabalhista e resolução sobre inquérito civil. A Ata da 42ª reunião ordinária de 23 novembro de 1995 define a terceira reunião extraordinária a ser realizada em 30/11/1995 tinha a seguinte pauta: termos de compromisso em ICP e PI e execução de cobrança de multas; ação monitoria; ação civil pública coletiva; ação anulatória: cláusulas convencionais prevendo contribuição confederativa e jornada de trabalho; cooperativismo urbano e rural – alteração do artigo 442 da CLT pela lei 8949/94; discriminação no trabalho: sexo e raça – convenção 111/OIT; terceirização – leituristas de contadores das companhias de água e energia elétrica; recomendações – artigo 6º inciso XX da LC 75/93; estrutura de apoio para as Codins. A Ata da 44ª reunião ordinária de 14 dezembro 1995 revela as metas para 1996: realização de dois encontros nacionais de Codins com a remessa de pauta para previamente ser discutida pelo colegiado regional e tomadas de decisões nacionais; esclarecer os órgãos e sociedade em geral sobre a discriminação nas relações de trabalho, seguindo as orientações das normas da OIT. Nessa ata se encontra também o relato da designação da dra. Moema Faro para representar o MPT no I Fórum Nacional de

fica-se a evolução das discussões teórico-práticas dos temas propostos. As deliberações tomadas orientavam as atividades nos estados. Buscava-se, ao mesmo tempo, um alinhamento com os órgãos de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego diante das dificuldades em se obter informações para a solução do investigado e com a Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça para o trâmite das denúncias e os eventos de caráter nacional e local para a formação em direitos humanos.

Após várias reuniões com os procuradores da república que compunham a Coordenadoria de Defesa dos Direitos Individuais e Direitos Difusos do Ministério Público Federal (Codid/MPF), nesse mesmo ano de 1995, o MPT finalmente “apoderou-se” de sua atribuição para atuar em face da administração pública indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), especialmente quanto ao tema recorrente da época: o provimento derivado em desacordo com a regra do artigo 37, inciso II da Constituição da República.

Tudo acontecia ao mesmo tempo e o MPT a partir do o termo de compromisso firmado entre os Ministério do Trabalho e Emprego⁶, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e a Secretaria da Polícia Federal, em 8/novembro/1994, passou a organizar sua atuação em conjunto com órgãos de fiscalização no Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado⁷ e nos grupos especiais de fiscalização móvel de inspeção do trabalho⁸. As informações obtidas em diferentes fóruns nacionais⁹ também subsidiavam as ações concretas das Procuradorias Regionais do Trabalho, especialmente nos estados com maiores extensões rurais e que detinham fóruns próprios de interlocução, exemplo de Minas Gerais (Câmara Interinstitucional de Trabalho Rural) e Mato Grosso do Sul (Comissão Permanente de Investigação das Condições de Trabalho no Mato Grosso do Sul). Todas essas atividades nacionais encaminharam a criação futura da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo¹⁰ e estão relatadas no Trabalho Escravo/Foçado: Trabalhador Indígena -Relatório de Atividades 2001.

No ano de 2000 também ocorreu a criação da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente¹¹, a partir da ação em todos os estados brasileiros que, por meio de fóruns estaduais de prevenção e erradicação do trabalho infantil, congregavam vários órgãos e instituições e buscavam a elaboração de políticas públicas locais para o encaminhamento de crianças e adolescentes retiradas das áreas de trabalho (fabricação de calçados (RS); lavouras de cana-de-açúcar (PR); colheita do tomate, do alho, fabricação de cerâmicas e cristais (SC); catadores de lixo (RJ); catadores de bolas de tênis e guardas-mirins (SP); carvoarias (MG e MS); pedreiras (GO); corte do sisal (BA)casas de farinha

Conselhos e Entidades Governamentais da Comunidade Negra, realizado em MJ em Brasília, nos dias 28 e 29 novembro 1995, com destaque para as atuações em relação à discriminação. A informação da participação de Maria Aparecida Gugel, coordenadora, no Seminário Tripartite sobre Sistemas de Informações da OIT (ILOLEX e NATLEX), o que foi implantado em rede para acesso via *internet*,

6 <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/trabalhoescravo/termo.pdf> e <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/trabalho-escravo/termo-mte-mpf-mpt-pf>

7 Decretos 1.538, de 27 junho 1995 e 1.982, de 14 agosto 1996.

8 Portarias MTE 549, de 14 junho 1995, 550 de 14 junho 1995 e 369, de 26 março 1996.

9 Processo MPT/PGT 08130000620/2000.

10 Portaria do Procurador-Geral do Trabalho nº 231/2000, coordenadora Subprocuradora-geral do Trabalho Terezinha Licks Prates e vice coordenador Subprocurador-geral do Trabalho Luiz Antônio Camargo.

11 Portaria nº 299 de 10/novembro/2000, coordenadora Eliane Araque dos Santos e vice coordenador Mauricio Correa de Melo.

e gesso (PE); pedreiras (RN); olarias e salinas (PI) e serrarias (PA)). Esses primeiros registros das práticas levadas a efeito pelas Procuradorias Regionais do Trabalho e Procuradoria Geral, correspondentes aos anos de 1997/1998, estão registradas no primeiro relatório de Atividades na Erradicação do Trabalho Infantil, preparado em maio de 1998, traduzido para o inglês, e apresentado na OIT pelo Procurador Geral do Trabalho¹².

2. A COORDIGUALDADE

Pois bem, a COORDIGUALDADE também teve rumo semelhante às três primeiras coordenadorias criadas no âmbito do MPT, e foi especialmente marcada por ações coordenadas e eventos nacionais e internacionais que induziram iniciativas e atuações investigatórias no campo da discriminação nas relações de trabalho e da igualdade de tratamento.

Em 1995 foram constituídos os primeiros fóruns de discussões no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e visavam a responsabilizar os atores sociais a encontrar formas para a implementação da Convenção nº 111, com mecanismos eficientes de acesso e permanência do trabalhador negro no mundo do trabalho, de igualdade nas relações de trabalho da mulher e da pessoa com deficiência. “As conclusões dos grupos de trabalho resultaram na criação, em 1996, do Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTDEO) no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego¹³, gerando no ano seguinte o Programa Brasil Gênero e Raça com a institucionalização de núcleos de conscientização para a existência real de discriminação no trabalho e fiscalização preventiva e informativa” (Gugel, 2012, p. 277-278), com operosa e harmoniosa interação nacional com o MPT em todos os estados que também se organizou em núcleos de atuação nos temas específicos¹⁴.

Em 24 de março de 1999 o MPT assinou Protocolo de Cooperação com a Secretaria de Direitos Humanos (SEDH) com vistas à proteção dos direitos do trabalhador contra a discriminação no emprego e na ocupação, e passou a receber denúncias de discriminação no trabalho de diferentes fontes. Ao mesmo tempo, criou mecanismos internos de formação de procuradores para detectar e atuar qualitativamente contra o racismo institucional nas empresas, quase sempre traduzido pela ausência do trabalhador negro em suas áreas produtiva, executiva e de alta complexidade.

12 As atividades foram apresentadas durante a 86ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho OIT, em Genebra, Suíça, de 2 a 18 de junho de 1998 (DJ, de 12 de maio de 1998, Portaria PGR nº 317, 13/maio/1998). Nessa ocasião, pelo Procurador Geral do Trabalho Jeferson Luiz Pereira Coelho, foram também discutidas e criadas as grades para os futuros cursos para Procuradores do Trabalho na OIT-Turim. O primeiro curso ocorreu junto ao Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT em Genebra, no formato de estágio de 21/09/98 a 01/10/98 - Portaria nº 233, de 26/08/98, DOU de 27/08/98 – com a participação de Maria Aparecida Gugel, Maria Guiomar Sanchez Mendonça e Regina Brutus.

13 Portaria n 498, de 9 de maio de 1996, DOU de 10maio1996, titular Maria Aparecida Gugel, suplente Antonio José Reles de Vasconcelos.

14 Processo MPT/PGT 08130000620/2000.

Do referido protocolo extraem-se obrigações importantes para o rumo articulado tomado e cumprido à risca no âmbito do MPT (Eliminação da Discriminação - Relatório Atividades – 2001/2002, p. 21):

Cláusula Segunda – das atribuições

d. colaborar, no âmbito de suas competências, para a reformação e aprimoramento dos meios e modos indispensáveis à implementação da igualdade nas relações de trabalho;

e. articular esforços e ações desenvolvidas pelo Grupo Interministerial para a Valorização da População Negra (GTI) e pelo Grupo de Trabalho Executivo para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTEDEO) e,

f. promover o avanço conceitual e metodológico na perspectiva da discriminação no emprego e na ocupação, contemplando, em especial, o atendimento de clientela em situação de desvantagem ou risco;

Em maio de 1999, potencializaram-se as discussões no espaço associativo da Associação Nacional de Procuradores do Trabalho (ANPT) com a apresentação de temas inéditos relacionados ao direito coletivo, à discriminação no emprego, ao assédio sexual e ao dano moral no contrato de trabalho, registrados no livro *Desafios do Direito do Trabalho* (Sento-Sé, 2000).

A edição do Mapa da População Negra do Mercado de Trabalho pelo Instituto Sindical Interamericano Pela Igualdade Racial (Inspir), em outubro de 1999, demonstrando em dados concretos que o trabalhador negro ocupava postos de trabalho mais precários ou vulneráveis sustentou, em definitivo, o convencimento sobre a necessidade de atuação específica do MPT. Somando esse fato aos dois eventos¹⁵ de caráter internacional sobre as normas de igualdade e prevenção à discriminação, em parceria com a OIT e o Ministério da Justiça, afirma-se que, nesse aspecto, ocorreu o divisor de águas para a implantação da agenda e do compromisso do MPT com a formação de seus membros para os direitos e garantias dos trabalhadores com a perspectiva da implementação das convenções internacionais, especificamente as convenções nº 100 e 111/OIT e as convenções da ONU sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

A partir de então intensificaram-se as atuações em todo o Brasil, iniciando-se pelos anúncios publicitários de emprego (privados e públicos) que continham discriminação de gênero, idade, aparência (cor) do pretende à vaga de trabalho. Em alguns estados, exemplo do Rio de Janeiro, foram firmados convênios com os Conselhos Estadual e Municipal de Direitos da Mulher com o objetivo de realizar ações conjuntas na conscientização do direito

15 Seminário Internacional sobre Discriminação, Direitos do Cidadão e Direitos do Trabalhador, em 24/março/1999 e Seminário Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação no Trabalho, em 15 e 16/maio/2000.

igual da mulher ao trabalho e ao progresso profissional; inibição de revistas íntimas; direitos da mulher grávida, dentre outros¹⁶.

Destacam-se as atuações do MPT nos estados da Bahia e da Paraíba em relação aos anúncios de emprego. A PRT-PB instaurou dezesseis inquéritos civis, a partir dos quais firmou termos de ajustamento de conduta com empresas jornalísticas, de assessoria em direitos humanos e o próprio sistema nacional de emprego (Relatório Atividades – 2001/2002, p. 105):

[...] absterem-se de divulgar, por qualquer meio, a oferta de vagas de emprego contendo exigências relativas a sexo, à origem, à raça, à cor, ao estado civil, à situação familiar e à idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição Federal.

Outra ação coordenada nacionalmente¹⁷, em parceria com o Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos, Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e Ministério da Saúde, foi a Oficina Discriminação nas Relações de Trabalho, com escopo na discriminação do trabalhador, especialmente a mulher, portador do vírus HIV e DST. Não obstante a exiguidade de tempo e os poucos recursos financeiros à época, as oficinas ocorrem com êxito durante o mês de novembro /2000 nas Procuradorias Regionais do Trabalho (RN, MG, PB, RJ, PI, RS, PE, AL, MT, AM, SP e CE) e envolveram localmente a magistratura, os órgãos de fiscalização, conselhos de direito municipal e estadual, e promotores de direitos, contribuindo para a identificação do MPT junto à sociedade local. Em determinadas Procuradorias Regionais do Trabalho, exemplo de São Paulo e Minas Gerais, firmaram-se compromissos para a formação de uma rede entre os órgãos com atribuição para o recebimento e acompanhamento de denúncias (Relatório de Atividades - 2001/2002, fls 7-11).

No decorrer dos anos 2000-2001 o Brasil, a partir de um comitê nacional¹⁸, preparou-se por meio de conferências estaduais para a Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em Durban, África do Sul, de 31 agosto a 7 setembro de 2001. O MPT mobilizou-se em diferentes estados e esteve presente nos referidos fóruns para a discussão de temas relacionados ao racismo, indígenas, HIV, gênero e LGBT, e ativamente participou da conferência mundial¹⁹.

Os resultados desse importante fórum global, com a constatação da real e indiscutível existência do racismo, assim como a necessidade de sua eliminação, edificaram a Declaração e o Plano de Ação de Durban. O MPT participou das discussões do Plano de Ação, sob a responsabilidade do Diretor Geral do Departamento de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores, Hildebrando Tadeu Nascimento Valadares, em cujo documento final assim consta: “Insta aos países a criação de locais de trabalho livres da discriminação, sendo que as associações sindicais e o setor empresarial são incentivados a avançar nas práticas

16 Do Relatório de Atividades de 2001-2002, O Ministério Público do Trabalho na Eliminação da Discriminação narra o início de atuações.

17 Processo MPT/PGT/08130003548/2000.

18 Decreto de 8 de setembro de 2000.

19 Maria Aparecida Gugel, Deputy-General Prosecutor fo Labour; Wilson Roberto Prudente, Prosecutor of Labour, UN A/CONF.189/INF.1, 5 september 2001, list of delegations no Processo MPT/CCR/08130.003560/2001.

anti-discriminatórias no local de trabalho, itens 104 e 107 do documento final do Plano de Ação, respectivamente²⁰. Ao final de um ano, referidos encaminhamentos serviram de base para o Plano Nacional de Direitos Humanos II (Decreto nº 4.229/2002).

Destaca-se do relatório do Seminário Tripartite sobre Certificação e Diversidade da OIT, ocorrido em Brasília nos dias 10 e 11 abril de 2002, o pronunciamento do Prof. Ivair Augusto Alves dos Santos (fls 51-52), representante do Ministério da Justiça, e que reflete a magnitude da Conferência Mundial e o entusiasmo dos participantes brasileiros:

Talvez poucos tenham tido conhecimento, mas no ano passado teve lugar uma grande Conferência Mundial Contra o Racismo, Xenofobia e outras Formas de Intolerância. Essa conferência foi muito importante e o Brasil se envolveu nisso durante dois anos com a sua preparação. Nós percorremos o país de norte a sul, fizemos conferências estaduais, conferências regionais, foi uma mobilização muito intensa, houve encontro da comunidade indígena com a comunidade negra, houve uma participação expressiva da comunidade gay do Brasil, foi um momento muito rico que culminou com uma conferência nacional no Rio de Janeiro. Foi uma reunião muito tensa: milhares de pessoas estavam lá presentes e essas pessoas tinham muito clara a História do Brasil com relação à questão da discriminação racial que sempre foi de indiferença de negação de que havia racismo de alguma forma e do que fazer em relação a isso. Quando o Governo Federal realiza a reunião, lidera um processo de discussão durante dois anos de um tema tão espinhoso como esse. Esse processo de envolvimento culminou com uma coisa fantástica: o Brasil, quando chegou na África do Sul, tinha a maior delegação do mundo, quer dizer, nós só perdemos para os sul-africanos porque a terra era deles. Foram 600 brasileiros para lá, foram ONGs, gente do Mato Grosso, do Amapá, do Acre, de Rondônia. Quando pegamos aquele avião praticamente só de brasileiros, as pessoas estavam viajando para a África do Sul com vários símbolos, vários emblemas: a questão da volta à África, a questão de dizer para o mundo: "olha, o Brasil é um país racista". Na África do Sul, em todos os plenários, em boa parte deles só havia brasileiros e o mais interessante, quem liderou todo o processo de mobilização e discussão durante esses dois anos foi o movimento de mulheres negras, que deu um banho de competência em termos de manifestação e de organização. E não foi à toa, por exemplo, que na Conferência a relatoria coube a uma mulher negra brasileira, do movimento negro de São Paulo.

A participação na Conferência Mundial contra o Racismo uniu, de forma inédita, o MPT e o Tribunal Superior do Trabalho (TST) para um colóquio com a comunidade jurídica em torno da igualdade de tratamento e das ações afirmativas. Pela primeira vez o TST abre seu auditório para discutir a efetividade das leis na promoção da igualdade de oportunidades

²⁰ Conforme relatório de participação no Processo MPT/CCR/08130.003560/2001.

no trabalho – Discriminação e Sistema Legal Brasileiro²¹, no dia 20 de novembro de 2001 – discorrendo em forma de painéis sobre racismo, normas de proteção ao trabalho da mulher e reserva de vagas para trabalhador com deficiência, com a participação de juízes, procuradores do trabalho e federais, e sociedade civil organizada.

No ano seguinte, em 24 de setembro de 2002, mais uma vez o TST se une ao MPT e ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação para a audiência pública Igualdade de Oportunidades: A presença do(a) trabalhador(a) negro(a) no trabalho, em Salvador/BA, decorrente de procedimentos²² em face de hotéis, restaurantes e shoppings da cidade.

Em outubro de 2001, por meio do Decreto nº 3.952, de 4 outubro, foi instituído o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), composto paritariamente por representantes do governo e da sociedade civil organizada, com atribuições específicas de formação de políticas públicas voltadas para todos os direitos humanos da pessoa negra, indígenas e LGBT. O MPT participou²³ ativamente desse Conselho colaborando para o regimento interno, o funcionamento e os encaminhamentos das primeiras ações afirmativa ocorridas em âmbito federal e gestadas no CNCD, dentre as principais estão²⁴:

i) o Ministério da Justiça, Portaria 1156, de 20 dezembro de 2001 institui o grupo interministerial para as questões de discriminação;

ii) o Decreto nº 4.228/2002 institui no âmbito da administração pública federal o Programa Nacional de Ações Afirmativas com a atribuição de observar e garantir metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS);

iii) o Ministério das Relações Exteriores institui o primeiro programa de ação afirmativa, concedendo bolsas de estudo para candidatos afrobrasileiros interessados em participar das seleções promovidas pelo Instituto Rio Branco;

iv) o Ministério da Saúde institui o Programa Estratégico de Ações Afirmativas: População Negra e Aids em parceria com Universidades Particulares para bolsas de estudo para estudantes negros(as);

v) a mobilização para implantação de cotas nas Universidades Federais da Bahia, Minas Gerais (UFMG), do Paraná (UFPR), do Distrito Federal (UNB), de São Carlos (UFSCar), Universidades Católicas do RJ e MG e Universidades Estaduais de SC, RJ e BA;

21 Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, Seminário Nacional em comemoração ao Dia do Zumbi dos Palmares, 20 novembro 2001, Coordenação do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula e Coordenação Acadêmica de Maria Aparecida Gugel e Ivair Augusto dos Santos. Representaram o MPT nos painéis “As Marcas do Racismo” Valdirene Silva de Assis; “Normas de Proteção ao Trabalho da Mulher” Thereza Cristina Gosdal e “Reserva Legal de Vagas para o Trabalhador Portador de Deficiência” Ricardo Fonseca.

22 PRT-BA-PPICs nº 254/00, 173/01 e 254/01.

23 Titular Maria Aparecida Gugel, Subprocuradora-geral do Trabalho e Suplente Marcelo da Silva, Procurador do Trabalho, Portarias do MJ de 12 novembro 2001 e n. 1100, de 4 dezembro 2002. Processo MPT/CCR/08130003561/2001.

24 Processo MPT/CCR/08130003561/2001.

vi) a construção do Brasil sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra LGBT e de Promoção da Cidadania Homossexual.

Simultaneamente em outra frente, o MPT desenvolvia a ação nacional para a implementação dos direitos das pessoas com deficiência. Aproveitavam-se todos os espaços para difundir a ação e a atuação do MPT.

Registre-se, porque inédito à época e produzido no âmbito da Comissão Mista de Estudos para a Inserção da Pessoa Portadora de Deficiência no Mercado de Trabalho, a produção do artigo "O trabalho do portador de deficiência. Comentários ao Decreto nº 3.298/99 (Gugel et alli, 2000, p. 565-572), a partir da atuação na redação do Decreto, especialmente quanto aos temas do trabalho apoiado e do concurso público.

Vivenciou-se institucionalmente, especialmente no período de 1999 a 2002, forte aproximação com a sociedade civil organizada, sobretudo para a compreensão das diferentes áreas da deficiência, com empregadores e sindicatos profissionais, além de representantes de pastas ministeriais como educação, saúde, trabalho e conselhos de direitos. Os eventos protagonizados pelo MPT em diferentes estados ocorriam com a participação do Ministério Público Federal (com ênfase na educação inclusiva) e Ministério Público Estadual (com ênfase na acessibilidade e atendimento prioritário) local visando a tornar claro para a sociedade as atribuições de cada MP e, também, a atuação de forma integrada para implementar os direitos em todos os setores da vida da pessoa com deficiência.

Pede-se permissão para repetir aqui as colocações feitas em Gugel, 2017, p. 317-320:

*[...] a ação nacional ordenada em torno da promoção e implementação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência teve seu marco inicial em 1999 com a constituição da Comissão Mista de Estudos²⁵, composta pelo Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego, Coordenadoria para Inclusão da Pessoa com Deficiência (Corde) e Federação Nacional dos Bancos para definir políticas de atuação em procedimentos que objetivem promover a integração nos locais de trabalho, a qualificação profissional e o acesso, de preferência, direto no mercado de trabalho de trabalhadores portadores de deficiência no mercado de trabalho. Posteriormente, a Comissão teve seus objetivos redimensionados de modo a coordenar, apoiar e orientar a atuação dos Procuradores do Trabalho em nível nacional, cujos resultados obtidos a partir das 15 reuniões realizadas, eram disponibilizadas às coordenações locais e no **site** da Câmara de Coordenação e Revisão. A reunião inaugural ocorreu em 22 de outubro de 1999 com a presença de representações nacionais de todas as áreas da deficiência, mais*

25 Portarias nº 375, de 07outubro1999; 436, de 18novembro1999 e 60 de 9março2001. Comissão integrada por Maria Aparecida Gugel (coordenadora), Cassio Luis Casagrande, Denise Lapolla de Paula Aguiar Andrade, Janilda Guimarães de Lima Collo, Lutiana Nacur Lorentz e João Batista César Martins.

A tarefa inicial do grupo foi a de participar das discussões junto à Corde na elaboração do Decreto nº 3.298 de 20/12/1999 que regulamentou a lei nº 7.853/1989, especialmente quanto aos aspectos relacionados ao trabalho, incluída a fiscalização e diretrizes para os editais de concurso público.

As ações estratégicas de abrangência nacional foram iniciadas com a sensibilização e conscientização da existência do direito da pessoa com deficiência ao trabalho digno por meio da reserva de cargos nas empresas com cem ou mais empregados. Tais ações, corporificaram-se nos anos seguintes (2000 e 2001) em audiências públicas²⁶ e seminários²⁷, incluindo trabalhadores e empregadores e outros parceiros, até então incomuns na área das relações de trabalho, como as próprias instituições de defesa de direitos e o setor da mídia²⁸ para desenvolver uma comunicação adequada visando a abordar o tema da inclusão da pessoa com deficiência. Diante da meta estabelecida pela Comissão, a de alcançar a inclusão da pessoa com deficiência e participação efetiva na sociedade, optou-se por laborar de forma integrada com a Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância) no que dizia respeito à aprendizagem do jovem com deficiência, e em conjunto com os Ministérios Públicos Estaduais e Federal, cujas atribuições abarcam e complementam as demais áreas de direitos das pessoas com deficiência.

Buscando o aperfeiçoamento das atuações do MPT, elaborou-se o Manual de Procedimentos visando a Inserção da Pessoa com Deficiência e do Beneficiário Reabilitado no Trabalho²⁹, edições se repetem até o momento atual com as inovações naturais da evolução do direito aplicado e, também, um manual destinado ao público externo, então disponível na página do MPT³⁰.

26 Audiência Pública Formação e Inserção das Pessoas Portadoras de Deficiência e dos Beneficiários Reabilitados no Trabalho, realizada em 6 de março de 2002, em Natal/RN; Audiência Pública Atuação do Ministério Público do Trabalho no Estado do Amapá, realizada no dia 1º de abril de 2003, no auditório do Tribunal do Júri de Macapá, Macapá-AP; Audiência Pública Atuação do Ministério Público do Trabalho no Estado de Roraima, realizada no dia 23 de abril de 2003, no auditório do Senai, em Boa Vista-RR.

27 Seminário Internacional "Sobre todas as Formas de Discriminação no Trabalho", realizado nos dias 15 e 16 de maio de 2000, em Brasília-DF; I Seminário Estadual "Os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências", realizado dia 20 de novembro de 2000, em Belo Horizonte-MG; Seminário "A Formação e a Inserção no Mercado de Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência e do Reabilitado", realizado nos dias 30 de novembro de 2000, em Curitiba- PR; II Seminário Brasileiro Ordem constitucional e os Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, realizado no Auditório da PRT-2ª Região, de 28 a 30 de março de 2000, em São Paulo-SP; Seminário Internacional Pessoa Portadora de Deficiência – Trabalhador Eficiente, realizado no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP, de 04 a 06 de abril de 2001, em São Paulo-SP; Seminário Relatos de Experiências Brasileiras em Educação Inclusiva, realizado nos dias 05 a 08 de dezembro de 2001, em Campo Grande-MS; Seminário Relatos de Experiências Brasileiras em Educação Inclusiva, realizado nos dias 12 a 15 de dezembro de 2001, em Fortaleza-CE; Capacitação do Preparador Laboral da Pessoa Portadora de Deficiência, curso realizado em 03 de maio de 2002, em Salvador-BA; Seminário Inserção da Pessoa Portadora de Deficiência no Mercado de Trabalho, realizado no dia 23 de abril de 2002, no auditório da FIEC-GO, em Goiânia/GO, dentre tantos outros.

28 Manual da Mídia Legal: jornalistas e publicitários mais qualificados para abordar o tema inclusão a ser dado às pessoas com deficiência na sociedade. Rio de Janeiro: WVA, 2003.

29 Manual de Procedimento visando a inserção da pessoa portadora de deficiência e do beneficiário reabilitado no trabalho. Procuradoria Geral do Trabalho, anos 2001-2001, 1ª e 2ª edições.

30 http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/outros/manual_ppd/manualppd.htm

A partir do ano 2000 optou-se também por institucionalmente participar do Conselho Nacional de Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE)³¹ que permitia ao MPT ter uma visão amplificada e qualificada de todas as questões relacionadas à pessoa com deficiência, colaborando com importantes alterações normativas futuras tais como, a revisão da caracterização da deficiência (Decreto nº 5.296/2004), a permissão para conduzir ao motorista surdo para o exercício de atividade remunerada (Resolução 80/98/Contram), alteração de regras de concessão do benefício da prestação continuada e da pensão por morte. Essa representação ocorreu até o ano de 2004 quando se decidiu, em comum acordo com o Ministério Público Federal que também dele participava, deixar de atuar junto aos conselhos nacionais em face das restrições legais e institucionais.

A atuação nacional coordenada para a inclusão da pessoa com deficiência e as ações voltadas para igualdade de oportunidades também em relação a trabalhadores negros, mulheres, LGBT e indígenas **culminou com a criação da Coordenadoria Nacional de Igualdade de Oportunidades e Combate a toda a forma de Discriminação (Coordigualdade), em 2002³²**, com a atribuição de estabelecer estratégias nacionais e regionais no combate a todas as formas de discriminação e cumprimento das leis nacionais e tratados internacionais, ratificados pelo Brasil.

Ao longo dos anos o MPT, por representação direta ou indireta, participou dos avanços da comunidade internacional e nacional para os direitos da pessoa com deficiência por meio de reuniões técnicas para o aperfeiçoamento de regras para o concurso público e para a caracterização do conceito de pessoa com deficiência; inclusão escolar e preparação para o trabalho; elaboração do documento levado à Organização das Nações Unidas (ONU) que culminou com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD); o grupo de trabalho para a preparação do substitutivo final da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI); a atuação nacional do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para a acessibilidade da pessoa com deficiência em cumprimento à Resolução nº 81/2012.

31 Portaria do Ministério da Justiça nº 257, de 3abril2000, publicado no DOU de 10/02/2000.

32 Portaria nº 273, de 28outubro2002. Maria Aparecida Gugel (coordenadora) e Denise Lapolla de Paula Aguiar Andrade (Vice coordenadora).

A primeira reunião da coordenadoria ocorreu em 4dezembro2002 em São Paulo com a aprovação de seu regimento interno e estratégias para o biênio, além de um curso de formação sobre igualdade racial e valorização da diversidade, ministrado pelo Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (CEERT).

Os integrantes da primeira composição da Coordigualdade: Cássio Luís Casagrande, Lisyane Chaves Motta, Marcelo José Fernandes da Silva (na condição de suplente do CNCD) (1º Região); Denise Lapolla Aguiar Andrade, Adélia Augusto Domingues (2ª Região); Lutiana Nacur Lorentz, Antônio Augusto Rocha (3ª Região); Márcia Medeiros de Farias (4ª Região); Ana Emília Andrade Albuquerque da Silva, Jéferson Alves Silva Muricy (5ª Região); Artur Azambuja Rodrigues (6ª Região); Nicodemos Fabrício Maia (7ª Região); Ana Maria Gomes Rodrigues (8ª Região); Viviane Dockhorn Weffort, Thereza Cristina Gosdal (9ª Região); Neli Andonini (Subsede de Maringá); Alessandro Santos de Miranda (10ª Região); Antônio Carlos Cavalcante Rodrigues (Subsede de Tocantins); Marcus Vinícius Gonçalves (11ª Região); Sílvia Maria Zimmermann (12ª Região); Ramon Bezerra dos Santos (13ª Região); Andréa Tertuliano de Oliveira (14ª Região); João Batista Martins César, Eleonora Bordini Coca, (15ª Região); Luiz Henrique Rafael (Subsede de Bauru); Márcia Andréa Farias da Silva (16ª Região); Estanislau Tallón Bózi (17ª Região); Cirêni Batista Ribeiro (18ª Região); Alpiniano do Prado Lopes (19ª Região); Aparício Querino Salomão (20ª Região); José Diniz de Moraes (21ª Região); João Batista Machado Júnior (22ª Região); Alvamari Cassilo Tebet (23ª Região); Keilor Heverton Mignoni (24ª Região).

3. AÇÕES E ESTRATÉGIAS FUTURAS DA COORDIGUALDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS, CONCLUSÕES

As normas internacionais com as quais o Brasil se comprometeu³³ e cujos conteúdos são obrigatórios em relação às partes (*pacta sunt servanda*) e devem ser cumpridos de boa-fé (artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), as leis que ordinariamente empregamos para justificar a realização de um termo de ajustamento de conduta ou ajuizar uma ação civil pública, e a recente fragilizadora reforma trabalhista, impõem-nos reflexões sobre os rumos das ações como promotores de direitos dos interesses dos trabalhadores, observada a transversalidade de gênero, racial, pessoa com deficiência e idade, dentre outras. Nesse aspecto promocional de direitos é possível agir de maneira eficiente para alcançar um futuro mais igual em tratamento e oportunidades. Aproveita-se da lei reformista³⁴, e com a capacidade de resiliência que se tem (se a vida te dá um limão faça uma limonada), para empreender o fortalecimento dos interlocutores sociais (especialmente os sindicatos profissionais e patronais) para que possam criar, conforme previsão constitucional, situações mais vantajosas para os trabalhadores.

Para tanto é necessário agir para fortalecer o **diálogo social** a partir do movimento sindical, cuja principal fonte de custeio também foi reformada e poderá gerar desestabilização. Segundo a OIT, o diálogo social é a fonte principal da participação dos trabalhadores, dos empregadores e dos governos na tomada de decisões em matéria de emprego. Ora, o MPT pode alinhar sua atribuição promocional para o fortalecimento do diálogo social, auxiliando na formação de trabalhadores e empregadores (organizados em categorias profissionais e patronais) para que, com a competência exclusiva da negociação coletiva que têm, edifiquem cláusulas de trabalho voltadas para a igualdade de oportunidades de trabalhadores, homens e mulheres, evidenciadas a discriminação e a transversalidade de gênero, racial, pessoa com deficiência e pessoa idosa, grupos que já detêm direitos edificados em normas internacionais de obrigatório cumprimento pelo Brasil, além de leis específicas. O conteúdo das cláusulas não deve se ater a repetir a regra legal, deve avançar para a previsão de comitês instituídos (sem condições de monitoramento a cláusula é vã) visando aos seus funcionamentos, acompanhamentos do acordo ou convenção coletiva com a adoção de critérios de avaliação das propostas e condutas que possam levar à discriminação no ambiente de trabalho. Dessa maneira, os direitos negociados que passam a compor os acordos ou convenções coletivas de trabalho concretizam os direitos humanos fundamentais previstos nas normas e tratados internacional, assimilando não só o conteúdo do princípio fundamental

33 Refere-se especialmente aos tratados da ONU concernentes à Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006; Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Idosas, de 2015; Convenção n° 100/OIT, de 1951 concernente a Salário Igual para Trabalho de Igual Valor entre o Homem e a Mulher; Convenção n° 111/OIT, de 1958 concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, ratificada pelo Brasil em 1965; Convenção n° 156/OIT concernente a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares.

34 A Lei n° 13.467/2017 veda a apreciação de normas pactuadas por meio da negociação coletiva, salvo (a despeito dos esdrúxulos artigos 611-A-B) a análise exclusiva, segundo o artigo 4º, §3º, da "conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva".

da igualdade de oportunidade como também os mecanismos que potencializam os grupos identificados e escolhidos para a ação da medida.

No âmbito do direito relacionado a igualdade de gênero, é fundamental promover de forma ativa (O MPT é ainda tímido nessa ação) a implementação da Convenção nº100/OIT (1951) sobre Salário Igual para Trabalho de Igual Valor entre o Homem e a Mulher, considerando as medidas delineadas na Recomendação nº90 que apontam para a necessária equalização da legislação e a inserção de cláusulas com viés anti-discriminatório nas convenções coletivas de trabalho.

Tendo em conta o artigo 226, §5º da Constituição da República que ao tratar da família esclarece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, pode-se elaborar estudo aprofundado sobre “o reconhecimento social e econômico do papel produtivo da mulher” (Araújo, 2017, p. 296) e encaminhar solicitação expressa ao Presidente da República, que detém a iniciativa do processo legislativo, de remessa de mensagem ao Congresso Nacional para análise e aprovação da Convenção nº156 da OIT concernente a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares³⁵. Essa convenção, embora Araújo (2017, p.307) alerte que há normas esparsas que contemplam parcialmente os ditames da referida convenção nº156, precisa ser formalmente ratificada para responsabilizar o estado brasileiro frente à comunidade internacional, além de servir como indutor de mudanças (defendidas pelo atual movimento feminista) no âmbito das famílias, relacionadas ao efetivo compartilhamento de tarefas domésticas e cuidados com os filhos e idosos.

Em relação à reserva de 20% das vagas para pessoas negras oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, conforme a Lei nº 12.990/2014, promover a sua efetividade exigindo das empresas públicas e sociedades de economia mista a contratação imediata de candidato(a) negro(a) classificado(a) para o provimento de cargo correspondente à reserva, por aplicação comparada ao determinado pelo Tribunal de Contas da União aos candidatos com deficiência classificados para os empregos públicos reservados e decorrentes do artigo 93 da Lei nº 8.213/1991³⁶.

No que respeita à **pessoa com deficiência** o dever institucional de implementar a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência no âmbito das relações de trabalho une-se à aplicação clara dos conceitos que levam a realização da acessibilidade e adaptação razoável, além do compromisso com a adequada regulamentação do emprego com apoio e da habilitação no curso do contrato de trabalho. Pede-se licença para reproduzir a dimensão que se pretende para o conceito de adaptação razoável:

35 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=457849> a única referência à Convenção 156/OIT no Congresso Nacional é encontrada na Câmara dos Deputados como requerimento de audiência pública para tratar do tema.

36 Acórdão 2977/2016 TCU, 23/11/2016 – cumprimento da reserva de vagas da Caixa Econômica Federal

Portanto, as definições relacionadas à mobilidade e à acessibilidade da pessoa com deficiência, e que contém o cerne para a sua independência e autonomia, são o “desenho universal” (regra de caráter geral, artigo 55, parágrafo 1º, LBI), a acessibilidade propriamente dita com todas as normas e regras técnicas de consecução (artigo 60), e a adaptação razoável (artigos 3º, inciso VI e 4º parágrafo 1º da LBI). As duas primeiras têm natureza coletiva e a segunda tem caráter intrínseco e pessoal. Todas atreladas ao direito fundamental à acessibilidade.

A definição de adaptação razoável da CDPD integra-se às leis e concepções de acessibilidade já existentes porque é com elas compatível e está repetida ordinariamente nos artigos 3º, inciso VI e 4º, parágrafo 1º da Lei nº 13.146/2015 [...].

A falta [ou recusa] em proceder à adaptação razoável implica em ato de discriminação por motivo de deficiência, podendo ocorrer, por exemplo, durante o período de estágio probatório de servidor ou de empregado público, ou de trabalhador com deficiência em seu contrato de trabalho. Nesse caso, o administrador público ou o empresário, respectivamente, incorre em crime punível com reclusão de dois a cinco anos (artigo 8, inciso II e parágrafo 2º, da Lei nº 7.853/89, com as alterações da Lei nº 13.146/2015).

A relação de razoabilidade e proporcionalidade, presente no conceito de adaptação razoável, diz respeito aos ajustes necessários e adequados para cada caso que não acarretem ônus desproporcional. A adaptação razoável deve ocorrer sempre tendo em vista a necessidade funcional individual da pessoa, e atende a necessidade de uma deficiência em particular, um caso específico, após terem sido procedidas todas as demais regras de acessibilidade, garantidas nas leis e normas técnicas, válidas para todos. Significa afirmar que a adaptação razoável não dispensa a acessibilidade e vice-versa.

Ressalte-se que, dado o status de direito constitucional da acessibilidade, não é permitido a qualquer pessoa (física ou jurídica) recusar-se a fazer as modificações e os ajustes necessários que não acarretem ônus desproporcional ou indevido. Isso porque, i) os dois elementos que consolidam o conceito (modificações e ajustes; ônus desproporcional ou indevido) são simetricamente razoáveis e estão relacionados à necessidade extraordinária de cada pessoa; ii) o conceito de “adaptação razoável” não limita ou exclui o direito da pessoa com deficiência aos elementos comuns de acessibilidade ao meio físico, de comunicação, de sistemas, de serviços e outros; iii) relaciona-se diretamente à proibição da “discriminação por motivo da deficiência” que não permite a diferenciação, exclusão ou restrição baseada na deficiência. (Gugel, 2017, p. 177-178).

Ainda em relação à **pessoa com deficiência**, propõe-se que a modalidade de contrato intermitente, introduzida pela reforma trabalhista, é incompatível com a reserva de cargos por pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados de que trata o artigo 93 da Lei nº 8.213/1991. O permissivo do parágrafo 6 do artigo 452-b da Lei nº 13.467/2017, ao dispensar a habitualidade, pode gerar fraude no cumprimento da reserva pois transforma a pessoa com deficiência em “profissional da cota” podendo compor a reserva para vários empregadores ao mesmo tempo o que não se coaduna com a Lei nº 8.213/1991, norma de ordem pública. Viola sobretudo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (artigos 3, letra c e 27), norma de natureza constitucional, e a Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (artigos 34 parágrafos 2 e 3 e 37) que determinam a plena participação das pessoas com deficiência na sociedade em condições justas e favoráveis de trabalho por meio do pleno emprego³⁷.

Quanto aos direitos do trabalhador idoso, impõe-se o posicionamento do MPT não só com o direito constitucional ao trabalho da **pessoa idosa** (livre da discriminação por idade, assim considerada igual ou acima de 60 anos, Estatuto do Idoso), como também com a sua preparação para a aposentadoria, tal como indica o Estatuto do Idoso e a recente Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas de 2015, além das relações de trabalho (o cuidador) que ocorrem a partir dos cuidados a essa pessoa. Na linha promocional é possível fortalecer a negociação coletiva:

[...] partindo-se do pressuposto de que a sociedade é de todas as idades, que os idosos devem ter a oportunidade de continuar contribuindo ativamente para o desenvolvimento da sociedade e considerando as propostas do Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento, desenvolvido pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2002, insiste-se (Gugel, 2009, 2015) que os movimentos sindicais devem ter atitudes ativas e negociadas no âmbito de instrumentos coletivos de trabalho (convenções e acordos coletivos) para alcançar, entre outros:

o reconhecimento da capacidade produtiva de trabalhadores idosos, de maneira que possam continuar empregados, e promover a consciência de seu valor no mercado de trabalho, inclusive a consciência de suas próprias possibilidades;

a eliminação dos obstáculos por razões de idade em todos os setores produtivos de trabalho formal, incentivando a contratação de pessoas idosas e impedindo o desmerecimento de trabalhadores em fase de envelhecimento, dando-lhes condições de se reciclarem ou requalificarem;

37 Conforme o artigo O contrato de trabalho intermitente é incompatível com a reserva de cargos para pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados, publicado em http://www.ipeatra.org.br/site/artigos/2017/10/o_contrato_de_trabalho_intermitente_E_incompativel_com_a_reserva_de_cargos_para_pessoas_com_deficiencia_em_empresas_com_cem_ou_mais_empregados acesso em 19janeiro2018.

o reconhecimento da obrigação de assistência dos trabalhadores mais jovens aos seus familiares idosos, incapazes ou doentes, permitindo-lhes afastamentos sem perdas no salário;

a concertação dos estereótipos preconceituosos em relação aos trabalhadores idosos ou a candidatos idosos ao emprego, promovendo uma imagem realista sobre suas capacidades;

o aumento dos percentuais de mulheres idosas no trabalho, em respeito à lei de proteção à mulher trabalhadora; e

a preferência pelo trabalhador mais idoso para cargos de maior complexidade e visibilidade nas empresas. (Gugel, 2017, p. 131)

Por fim, a **atuação judicial**, especificamente na seara recursal, é prudente aplicar a boa técnica processual de indicação da norma internacional desde a petição inicial e com insistente oposição de embargos de declaração após cada decisão. Referida indicação da norma internacional incidente sobre a questão levada à juízo e dispositivos respectivos (ou seja, qual o dispositivo de lei, súmula, orientação jurisprudencial do TST ou ementa (com todos os dados que permitam identificá-la) **é** ônus processual da parte e fundamental para a demonstração do atrito com a decisão regional em caso de recurso (artigo 896, § 1º-A, Lei nº 13.015/2014 e Instrução Normativa 23/TST). Lembre-se que a Súmula nº 297 do Tribunal Superior do Trabalho exige o prequestionamento da matéria ou da questão, o que ocorrerá quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito e que a admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado (Súmula 221/TST). Esse cuidado com a técnica, que leva ao conhecimento do recurso nas diferentes etapas, permite, se necessário, seu avanço à instância extraordinária para proceder a interpretação definitiva sobre a norma internacional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Adriane Reis de. Os desafios para a promoção da igualdade de gênero no trabalho *in* MIESSA E.; CORREIA H.. Estudos Aprofundados MPT Ministério Público do Trabalho, 3º vol., editora JusPodium: Bahia, 2017, p. 295-315.

GUGEL, Maria Aparecida; PIRES, Heloísa Maria Moraes Rego; FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da; ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar; COLLO, Janilda Guimarães de Lima; LUCAS, Adélio Justino. O trabalho do portador de deficiência. Comentários ao Decreto nº 3.298/99 *in* Revista Genesis, n.1, Editora Genesis:1993, p. 565-572.

GUGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade no mundo do trabalho: a atribuição do MPT na implementação dos direitos do trabalhador com deficiência *in* MIESSA E.; CORREIA H.. Estudos Aprofundados MPT Ministério Público do Trabalho, 3º vol., editora JusPodium: Bahia, 2017, p. 317-340.

_____. Reserva em concursos públicos: ação afirmativa visando a igualdade de oportunidades para negros, pretos, pardos *in* Revista MPT — Brasília, Ano XXII, nº 44, setembro 2012, p. 277-296.

_____. O direito ao trabalho, a preparação e a conquista da aposentadoria *in* Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões. ALCANTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina, Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 225-240.

_____. Pessoas com deficiência e acessibilidade no diálogo social, na negociação coletiva e convenções coletivas de trabalho *in* Tendências em Direitos Fundamentais: possibilidades de atuação do Ministério Público, Vol. 2, Brasília : CNMP, 2017, p. 171-197.

_____. O envelhecimento do trabalhador e a preservação do direito de trabalhar em igualdade de condições: negociação coletiva de trabalho *in* Direito do Trabalho, direito penal do trabalho, direito processual do trabalho e a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), IPEA-TRA, Marcelo José Ferlin D'Ambroso (coord.), São Paulo: LTR, 2017, p. 125-138.

_____. O contrato de trabalho intermitente é incompatível com a reserva de cargos para pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados, publicado em http://www.ipeatra.org.br/site/artigos/2017/10/o_contrato_de_trabalho_intermitente_E_incompativel_com_a_reserva_de_cargos_para_pessoas_com_deficiencia_em_empresas_com_cem_ou_mais_empregados, acesso em 19janeiro2018.

INSTITUTO SINDICAL INTERAMERICANO PELA IGUALDADE RACIAL (INSPIR). Mapa da População Negra do Mercado de Trabalho, Regiões Metropolitanas de São Paulo, Salvador, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre e Distrito Federal - outubro de 1999.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Combate à Discriminação, Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH, Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

_____. Programa Estratégico de Ações Afirmativas: População Negra e Aids, março -2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Atividades na Erradicação do Trabalho Infantil 1997/1998, Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, maio de 1998.

_____. Folder do Ministério Público do Trabalho, Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, Anos 1998 e 2000.

_____. Atividades do Ministério Público do Trabalho para a Inserção da Pessoa Portadora de Deficiência no Mercado de Trabalho, Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, Ano 2000.

_____. Atividades do Ministério Público do Trabalho na Erradicação do Trabalho Infantil e na Regularização do Trabalho do Adolescente, Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, junho de 2000.

_____. Pessoa Portadora de Deficiência e Beneficiário Reabilitado Inseridos no Trabalho - Relatório de Atividades 2001. Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, 2001.

_____. Trabalho Escravo/Forçado – Trabalhador Indígena - Relatório de Atividades 2001. Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, 2001. Patrocínio da OIT, Escritório Brasil.

_____. O Ministério Público do Trabalho na Eliminação da Discriminação. Relatório Atividades – 2001/2002. Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, 2002.

_____. Manual de Procedimentos visando a Inserção da Pessoa Portadora da Deficiência e do Beneficiário Reabilitado no Trabalho, Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, Anos 2001 e 2002.

_____. Cartilha “MPT de Todos”, Procuradoria Geral do Trabalho, Brasília/DF, Anos 2001 e 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório do Seminário Tripartite sobre Certificação e Diversidade, 1ª edição - Brasília: OIT, 2002.

SENTO-SÉ, Jairo. (coord.). Desafios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2000.



A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA NO MERCADO DE TRABALHO. GÊNERO E RAÇA¹

Otavio Brito Lopes

SUMÁRIO: 1. A Discriminação de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro; 2. Entendendo as Desigualdades de Gênero e Raça no Brasil; 3. O “Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos” do Ministério Público do Trabalho; 4. O Mecanismo Social da Discriminação; 5. A Discriminação Indireta.

1. A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E RAÇA NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

A existência de discriminação no Brasil é uma realidade pública e notória que mancha nossa imagem, representa um déficit social relevante e esquecido pelos poderes públicos e pela própria sociedade, desqualifica nossa democracia e exige de todos os atores sociais e do Estado resposta urgente e efetiva. Resposta essa esperada desde a nossa tardia “abolição” da escravatura e desde a chamada “emancipação” feminina.

Acredito que são poucos os que ainda insistem na tese da democracia racial e da igualdade entre os gêneros no Brasil, mas suas vozes ainda ecoam obstinadamente e cada dia com mais força e ousadia, em busca de adeptos.

Ano após ano, nas datas comemorativas da abolição (à brasileira) da escravatura e do dia da mulher, os cansativos discursos políticos sobre a desigualdade ainda reinante, acompanhados de uma justa indignação (em muitos casos a indignação é puramente retórica) são uma reinante de curtíssima duração.

A fase da constatação dos problemas e dos discursos deve ficar no retrovisor da história. O momento de ação e de soluções já está em mora social há décadas. Fosse título executivo há muito estaria prescrito.

A discriminação, a par de atingir diversos aspectos da vida social, está instalada de forma empedernida nas relações de trabalho, alargando ainda mais o imenso fosso entre os incluídos e os excluídos deste país e criando categorias diferentes de cidadãos.

¹ Otavio Brito Lopes – Subprocurador-Geral do Trabalho.

Com efeito, a erradicação da discriminação de gênero e de raça é essencial e determinante para que grandes setores da população, hoje marginalizados, alcancem trabalho decente e tenham a possibilidade de lutar por um espaço de dignidade que lhes permita a opção de superar a pobreza.

Lamentavelmente, essa cultura de desigualdade que ainda persiste no Brasil adquire contornos mais graves quando se trata das desigualdades entre trabalhadores brancos e negros, bem como entre homens e mulheres, na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, tanto nos âmbitos da admissão quanto nas oportunidades de ascensão funcional, como, por conseqüência, no âmbito da remuneração.

A extensão dos efeitos deletérios dessas barreiras são rotineiramente demonstrados nos dados apresentados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que revela que o fenômeno da discriminação e da exclusão social não se limita a grupos étnicos e nacionais minoritários. Ao contrário, afeta a maioria absoluta da população economicamente ativa (PEA) do Brasil², formada por negros (preos e pardos) e mulheres. Trata-se, assim, de uma coletividade de trabalhadores que equivale a 68% da PEA brasileira, e que no dia a dia vêm encontrando dificuldades quase que intransponíveis para se inserir no mercado de trabalho ou para trabalhar em condições decentes, com remunerações adequadas e proteção social, se comparada com a população masculina branca.

Os informes da OIT também enfatizam que a distribuição de homens e mulheres, brancos e negros, segundo sua procedência do setor formal ou informal da economia, é muito diferenciada, na medida em que o percentual de ocupação de mulheres e negros no setor informal é expressivamente maior que no setor formal³. Esses dados demonstram uma forte tendência à segmentação do mercado de trabalho segundo critérios de gênero e raça, que constitui um fator relevante nos principais indicadores da qualidade do emprego de mulheres e pessoas de raça negra, como níveis de remuneração, oportunidades de qualificação, capacitação e promoção, possibilidades de acesso a empregos formais e à proteção social.

Ao serem trabalhados com maior detalhamento, os dados mais atualizados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) tornam ainda mais óbvio que o quadro de discriminação fundado em gênero e raça segue vitimando a maior parte da população brasileira. Os resultados da principal e mais consultada pesquisa realizada pelo IBGE, a PNAD⁴, também evidenciam essas disparidades de tratamento que se proliferam no mercado de tra-

2 *"Para entender as estatísticas e indicadores do mercado de trabalho de um país ou região é fundamental compreender dois conceitos básicos: os conceitos de população em idade ativa (PIA) e de população economicamente ativa (PEA). A PIA de um país ou região corresponde a um contingente expressivo e majoritário da população total que está potencialmente apta para o exercício da atividade econômica produtiva. Em geral, compreende o contingente de indivíduos com mais de 10 ou 15 anos até os 65 ou 70 anos de idade, dependendo do grau de universalização do ensino básico e de cobertura da previdência social. No caso brasileiro, as pesquisas sobre mercado de trabalho tendem a tomar a PIA como o conjunto de todas as pessoas com 10 anos ou mais. **Dentre os indivíduos da PIA, aqueles que estão efetivamente disponíveis para o exercício de atividade econômica, seja trabalhando ou procurando emprego, compõem a PEA. Donas de casa, estudantes, aposentados, inválidos não fazem parte da PEA, sendo considerados inativos.**" (Indicadores Sociais no Brasil; Jannuzzi, Paulo de Martino. Ed. Alínea. Campinas/SP, 2001, p. 89)*

3 Segundo o estudo Panorama Laboral 2003, as mulheres brasileiras ocupam 41,8% do setor formal, enquanto no setor informal esse percentual aumenta para 58,2%. Da mesma forma, as pessoas de raça negra (homens e mulheres) ocupam 40,1% do setor formal, percentual que é majorado para 59,9% no setor informal.

4 PNAD: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

balho, com nítidos prejuízos para as mulheres e para os negros. Uma vez inseridos no mercado de trabalho, independentemente da formalidade, são impostas barreiras para a ascensão profissional desses segmentos da sociedade, bem como para que venham a auferir salários compatíveis com as respectivas funções desempenhadas, em flagrante desvantagem com relação a homens brancos

Confirmando que o traço mais marcante da sociedade brasileira é o da desigualdade, os indicadores sociais do IBGE, quando o enfoque se refere à desigualdade de gênero, demonstram que mulheres ganham menos que homens em todos os estados brasileiros e em praticamente todos os níveis de escolaridade.

Mesmo que ambos tenham a mesma média de anos de estudo, os homens ganham mais que as mulheres. Observe-se que a população feminina ocupada concentra-se nas classes de rendimento mais baixas: 71,3% das mulheres que trabalham recebem até 2 salários mínimos, contra 55,1% dos homens.

É importante observar que, conforme apontam os indicadores do IBGE, a desigualdade salarial também aumenta conforme aumenta o nível de remuneração. Conforme os indicadores sociais do IBGE, a proporção de homens que ganham mais de 5 (cinco) salários mínimos é de aproximadamente 15,5%, enquanto a de mulheres é de aproximadamente 9,2%.

As mulheres também se aposentam em menor proporção que os homens, o que, segundo o IBGE, decorre também do seu ingresso tardio no mercado formal de trabalho. O percentual de mulheres idosas que não recebem nem aposentadoria nem pensão também supera o percentual masculino.

Os indicadores do IBGE demonstram ainda que os negros (pretos e pardos) recebem menor rendimento do que os brancos em todos os estados (sobretudo nas regiões metropolitanas de Salvador, Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba), e nem o aumento do nível educacional dessa parcela da população tem sido suficiente para superar a desigualdade de rendimentos.

Estas conclusões decorrem de dados estatísticos e estudos realizados por órgãos internacionais e nacionais (públicos e privados), levando em conta o macrocosmo do mercado de trabalho como um todo ou por unidade da federação, com cortes de gênero, raça, escolaridade, remuneração etc.

2. ENTENDENDO AS DESIGUALDADES DE GÊNERO E RAÇA NO BRASIL

Os estudos e dados apresentados por órgãos de pesquisa e estudos sobre o mercado de trabalho e a discriminação de gênero e raça, normalmente partem de uma visão ampla e genérica para alcançar as manifestações visíveis no microcosmo do mercado de trabalho, a saber, a iniquidade presente no interior das organizações empresariais.

A constância da desigualdade independentemente do foco ser mais ou menos abrangente revela um quadro bastante preocupante.

Demonstrar a constância e a generalidade dessas desigualdades fundadas em gênero e raça significa provar que o racismo e o sexismo não são fruto do acaso ou de ações isoladas, mas são, sim, ações com características estruturais, o que é o mesmo que afirmar que são frutos de ideologias presentes na coletividade e independentes das vontades individuais.

As distâncias salariais somente dos já inseridos no mercado formal ou informal são demonstradas, para, em seguida, concluir que a desigualdade entre brancos e negros e entre homens e mulheres não é localizada somente entre os que já estão ocupados, mas, também, entre os que não foram absorvidos pelo mercado de trabalho. Não somente os negros e as mulheres são preteridos em termos salariais, mas, também, são preteridos nas contratações, pois sua taxa de desemprego é sempre mais alta que a dos homens e dos brancos.

De forma a refutar os principais argumentos utilizados para justificar tais desigualdades e afastar responsabilidades, novos fatos são apresentados visando responder às seguintes perguntas: 1ª) essas desigualdades são por motivos da escolha pessoal por determinada ocupação (chamada segmentação do mercado de trabalho) que remunera mais ou menos? 2ª) essas desigualdades são por motivos educacionais?

No primeiro caso, existem desigualdades que são fruto de mecanismos do mercado de trabalho que não necessariamente são criadas por posturas discriminatórias, pois estão mais ao nível das escolhas que levam alguém a ser, por exemplo, professor e não médico. Para anular essas desigualdades “justas” ou adquiridas fora do mercado de trabalho, os estudos são realizados observando as diferenças salariais entre negros, brancos, mulheres e homens cuja ocupação principal é de mesma natureza. Como será observado, nos mesmos grupamentos ocupacionais as desigualdades são ainda maiores, sempre em prejuízo das mulheres negras, dos homens negros e das mulheres brancas.

Da mesma forma, para rebater o argumento sobre a menor remuneração dos negros e das mulheres ser fruto do menor nível educacional alcançado por eles, são expostas as conclusões do Panorama Laboral brasileiro, feito pela OIT em 2003. Nele consta que as desigualdades salariais entre homens e mulheres e entre negros e brancos permanecem altíssimas, mesmo comparando somente pessoas de mesmo nível educacional.

Por “desigualdade” entende-se a distância entre pessoas, fruto de causas “injustas” ou “condenáveis”, como é o caso da discriminação.

3. O “PROGRAMA DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES PARA TODOS” DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Diante desse quadro dantesco de discriminação, miséria, sofrimento e indignação, e inspirado nas denúncias que são ouvidas praticamente todos os dias em todo Brasil, nos

estudos técnicos produzidos amiúde por órgãos de credibilidade inquestionável, como o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, e em reportagens inúmeras veiculadas na mídia demonstrando o quadro de discriminação e exclusão existente no Brasil, o Ministério Público do Trabalho lançou no dia 11 de abril de 2005 o **“PROGRAMA DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES DE OPORTUNIDADES PARA TODOS”**, em solenidade na sede da Procuradoria Geral do Trabalho em Brasília, que contou com a presença e o apoio de diversos órgãos estatais e da sociedade organizada.

Este Programa, formatado como projeto, era de âmbito nacional e tinha a pretensão de se estender por todos os estados da Federação, com a estratégia definida de combater judicialmente a discriminação racial e de gênero no mercado de trabalho e o escopo de alcançar isonomia de tratamento para os grupos de trabalhadores vulneráveis.

O Programa foi desenvolvido levando em consideração a discriminação que ocorre em três âmbitos distintos do mercado de trabalho, a saber: 1) Admissão, para vedar o estabelecimento de critérios diferenciados de admissão; 2) Ascensão, de forma a vedar o estabelecimento de critérios diferenciados de ascensão; e 3) Remuneração, com vistas a instaurar comandos correccionais da discriminação salarial. Frise-se que a escolha desses âmbitos não foi aleatória, mas pautada em pesquisas que levaram à conclusão de que são em tais âmbitos que as escolhas arbitrárias e as posturas discriminatórias podem ocorrer. Por outro lado, as Convenções Internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) **sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial** (adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembléia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965⁵) e **sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher** (aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução 34/180, em 18 de dezembro de 1979⁶), em seus artigos V, alínea “e”, e XI, inciso I e alíneas, respectivamente, ao tratarem sobre a garantia aos direitos ao trabalho, têm a preocupação de contemplar e abranger os sobreditos âmbitos (admissão, ascensão e remuneração).

Para subsidiar o “Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades de Oportunidades para Todos”, o Ministério Público do Trabalho compôs uma sistemática de captação de informações em parceria com o IPEA, o IBGE, o MTE – Ministério do Trabalho e Emprego, a OIT – Organização Internacional do Trabalho e diversas entidades não governamentais.

Tais informações se mostraram de importância vital em todas as etapas do Programa, apontadas a seguir: 1) primeira etapa: mapear segmentos econômicos que apresentam desigualdades de gênero e raça recorrentes; 2) segunda etapa: notificar empresas desses segmentos a apresentar informações acerca do quadro de pessoal em determinada unidade da Federação; 3) terceira etapa: construir um perfil das desigualdades verificadas em cada

5 Foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969, vindo a ser promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969.

6 Foi assinada pelo Brasil, com reservas na parte relativa à família, em 31 de março de 1981, e ratificada pelo Congresso Nacional, com a manutenção das reservas, em 1º de fevereiro de 1984. Em 1994, tendo em vista o reconhecimento pela Constituição Federal brasileira de 1988 da igualdade entre homens e mulheres na vida pública e privada, em particular na relação conjugal, o governo brasileiro retirou tais reservas, ratificando plenamente toda a Convenção. No Brasil, esse instrumento internacional tem força de norma supra-legal, conforme decisão do STF.

empresa em determinada unidade da Federação; e 4) quarta etapa: firmar termos de ajustamento de conduta (TAC) propondo metas a serem cumpridas, ou ajuizar ações civis públicas para desconstruir o quadro de desigualdade porventura constatado e comprovado a partir dos dados fornecidos.

Além do fato de que no Brasil ainda persiste uma cultura de desigualdade e discriminação, que adquire contornos mais graves quando se trata das desigualdades entre trabalhadores brancos e negros e homens e mulheres na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, deve-se frisar que o “Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos” também se justifica e legitima em razão dos seguintes fatos: 1) o Brasil é a segunda maior nação negra do mundo; 2) os grupos de mulheres e negros são numericamente majoritários em quase todos os Estados brasileiros; 3) o combate às discriminações racial e de gênero é uma das principais demandas sociais, inclusive no conjunto das demandas que chegam ao MPT; e, finalmente, 4) é constrangedora para o Brasil a magnitude da discriminação sofrida por negros e mulheres no mercado de trabalho.

Assim sendo, o MPT optou por iniciar o “Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos” no setor bancário em Brasília, que apresenta significativo e recorrente quadro de desigualdades de gênero e raça.

Essas contumazes desigualdades do setor bancário já foram apontadas diversas outras vezes utilizando dados extraídos de pesquisas amostrais procedidos por institutos de pesquisas, devendo ser destacada a criteriosa e bem-elaborada pesquisa do DIEESE, denominada “O rosto dos bancários”, publicada em 2001.

Por outro lado, levantamos que, do setor terciário, o segmento dedicado às atividades de intermediação financeira é o de maior lucratividade, podendo-se considerá-lo o polo mais rico do setor em questão. Embora haja grande diferença de lucratividade desse segmento econômico em relação aos outros componentes do setor de serviços, o quadro de desigualdade, desfavorecendo negros e mulheres, em relação aos brancos e homens, como já dito, é gritante.

Entretanto, essas impressionantes taxas de lucratividade, que são incomparáveis com quaisquer outras atividades econômicas, do mesmo setor terciário ou fora dele, elevam o nível de responsabilidade social dos bancos, sobretudo quando verificamos que o art. 192 da Constituição da República prevê que o sistema financeiro nacional é **“estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País”**, tendo como meta principal **“servir aos interesses da coletividade”**.

Com efeito, a demanda social apresentada ao Ministério Público do Trabalho, além do significativo quadro de desigualdade que há nesse segmento econômico, associados a essa responsabilidade social que tem foro constitucional, nos levaram a elegê-lo como o primeiro segmento a ser focado pelo “Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos”, que, frise-se, deveria se estender a outros estados federados e setores econômicos com focos relevantes de desigualdade.

4. O MECANISMO SOCIAL DA DISCRIMINAÇÃO

Como há certa confusão a propósito do significado de racismo, estereótipo, preconceito e discriminação, bem como da forma como se processa no meio social a discriminação, algumas observações a respeito são essenciais.

O **RACISMO** é uma ideologia deturpada que se baseia na superioridade racial de certos grupos, tendo em vista certas características físicas. Exemplo muito conhecido de doutrina racista é o nazismo.

O **ESTEREÓTIPO** é a prática ou o costume que se instala em diversas sociedades ou em certos agrupamentos de rotular ou classificar de forma pejorativa grupos determinados de pessoas em razão do sexo, raça, cor, origem, religião etc. O estereótipo é introduzido no meio social principalmente sob a forma de anedotas e piadas que atribuem determinados atributos negativos, ou a falta de certos atributos positivos, ou qualidades reprováveis a certos grupos de indivíduos. Os estereótipos vão se agregando de forma bastante sólida no psique das pessoas ao ponto de tomá-los como verdades absolutas, com plena capacidade de influir significativamente em suas decisões. Este condicionamento dos indivíduos de uma determinada sociedade, verdadeira lavagem cerebral, gerado pelo estereótipo, ocorre quase de forma imperceptível, mas atinge indivíduos de diversas camadas sociais, desde os incultos até os mais cultos, ricos e pobres, desde que, obviamente, não integrem os grupos atingidos. São exemplos de estereótipos no Brasil, o de que mulheres são péssimas motoristas, o de que mulher bonita não é inteligente, o de que as mulheres não sabem cozinhar, o de que os negros não são honestos, o de que os negros não têm boa aparência etc.

O **PRECONCEITO** é o julgamento prévio e desfundamentado que se faz de pessoas estigmatizadas tanto pelo racismo quanto pelo estereótipo. Por exemplo, a pessoa condicionada a acreditar que as mulheres não são boas motoristas, tende a só contratar homens para a função de motorista. A pessoa condicionada a acreditar que os negros são desonestos ou não são limpos, tendem a não contratar negros, principalmente para funções que demandem maior contato com o público ou para trabalhar em restaurantes ou hospitais como enfermeiros.

A **DISCRIMINAÇÃO**, por fim, é toda ação ou omissão baseada em critérios injustos, tais como raça, cor, sexo, idade, religião, etc, que viole direitos da pessoa. Nos exemplos citados no parágrafo anterior, é flagrante a discriminação contra a mulher candidata a função de motorista, aos negros que não são contratados para serviços que importem contato com o público, em restaurantes e hospitais.

É importante frisar que parte das discriminações decorrem do estereótipo e não do racismo, o que é muito grave, já que as pessoas que estigmatizam em razão do estereótipo nem sempre se dão conta do erro. Para exemplificar, muitas pessoas não admitem que mulheres dirijam profissionalmente, já que acreditam que elas não são boas motoristas, não obstante, sob o prisma da realidade, ocorre justamente o inverso. As estatísticas que demonstram que as mulheres se envolvem em menos acidentes automobilísticos que os homens são públicas e notórias, mas a força do estereótipo termina prevalecendo e a discriminação

também, já que as empresas de transportes preferem contratar homens em detrimento das mulheres.

O Ministro Joaquim Barbosa Gomes⁷ alerta que, no que concerne à discriminação em razão da raça ou cor, existe ainda o chamado “**racismo inconsciente**”, lembrando que no Brasil “**algumas (não todas) ‘práticas discriminatórias’, sobretudo em matéria de educação e emprego, se enquadram perfeitamente nessa modalidade. Banalizadas, passam a integrar a prática institucional ‘normal’ e são ofuscadas pela ausência de questionamentos propiciada pelo mito da ‘democracia racial’**”.

A magistrada mineira Alice Monteiro de Barros⁸ aponta como origens da discriminação o “**sentimento de superioridade** dos membros de uma raça em relação aos membros de outra; **um sentimento natural de antipatia ou preconceito**”, ou seja, uma opinião formada que desconsidera a realidade dos fatos ou “**aspectos racionais que evidenciam exatamente o contrário do que se pensa: nessas situações “a paixão divorcia-se da razão” (Balzac) e conduz à prática de ações emocionais e injustas; a ignorância**, ou seja, o desconhecimento em relação a fatos e a pessoas, que contribui **para que persistam boatos, mitos, lendas, crenças e falsos conceitos, sobre os quais se assentam os comportamentos; o temor à concorrência aos empregos; e, por fim, a intolerância** contra pessoas de sexo, raça, cor, religião, origem diferentes.

A partir do conceito legal de discriminação, previsto no art. 1º da Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, é importante deixar claro que para que ocorra a discriminação, não é necessário a vontade de discriminar⁹, basta que a “**distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social** gere o **efeito de destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão**”. Assim, o fato de a discriminação decorrer de racismo ou de estereótipo não exime o agente da responsabilidade, sendo necessário uma imediata mudança de postura do meio empresarial brasileiro e um auto-policiamento constante.

Ainda a respeito da **discriminação não intencional**, pode-se afirmar que esta é a discriminação decorrente da omissão. **É a chamada discriminação de fato, manifesta ou presumida**, ao que parece, evidenciada no caso dos autos. Conforme esclarece o Ministro Joaquim Barbosa Gomes¹⁰, **essa modalidade de discriminação decorre** não de um propósito explícito ou implícito de exclusão de determinado grupo, ou de um ato comissivo administrativo ou legislativo ou de particular, mas sim **da indiferença e postura passiva do poder público ou de entidades privadas em face de grupos sociais marginalizados, que são deixados ao relento por uma identificação errônea do conceito de igualdade com o mero conceito de igualdade formal**.

Joaquim Barbosa Gomes¹¹ ensina que essa modalidade de discriminação, manifesta ou presumida, que no Direito estadunidense é denominada “**Prima Facie Discrimination**”, ju-

7 Gomes, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 1ª Edição, 2001, p. 30.

8 Ob. Cit. Págs. 1066/1067.

9 Neste mesmo sentido o escólio de Alice Monteiro de Barros, Ob. Cit. Pág. 1067.

10 Gomes, Joaquim Barbosa. Ob. cit., p. 31-32.

11 Gomes, Joaquim Barbosa. Ob. cit., p. 29.

ridicamente, **“TEM O FORMIDÁVEL EFEITO DE ISENTAR DO ÔNUS DA PROVA AS PESSOAS OU GRUPOS QUE DELA SÃO VÍTIMAS, e que recorrem ao Judiciário em busca de alguma medida de caráter injuntivo ou declaratório”**. O eminente Ministro do STF leciona ainda que **“dados empíricos, às vezes de simples constatação, são suficientes para demonstrar a existência dessa modalidade de discriminação. DENTRE ESSES, O MAIS INTUITIVO E EFICAZ É A CHAMADA DISPARIDADE ESTATÍSTICA. ELEMENTO DE ANÁLISE DE EXTREMA EFICÁCIA NA AFERIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO na educação e NAS RELAÇÕES DE EMPREGO, A DISPARIDADE ESTATÍSTICA CONSISTE BASICAMENTE EM DEMONSTRAR A AUSÊNCIA OU A SUB-REPRESENTAÇÃO DE CERTAS MINORIAS EM DETERMINADOS SETORES DE ATIVIDADE. Assim, A AUSÊNCIA OU A PRESENÇA MERAMENTE SIMBÓLICA DE NEGROS OU MULHERES EM CERTAS PROFISSÕES, EM CERTOS CARGOS ou em certos estabelecimentos de ensino, CONSTITUIRÁ INDICAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA CASO O PERCENTUAL DE PRESENÇA DESSES GRUPOS EM TAIS ATIVIDADES ou estabelecimentos SEJA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A REPRESENTAÇÃO PERCENTUAL DO RESPECTIVO GRUPO na sociedade ou NO RESPECTIVO MERCADO DE TRABALHO”**.

A respeito do uso da estatística como critério demonstrativo ou probatório da discriminação, o Ministro Joaquim Barbosa Gomes¹² salienta que “a Corte Suprema dos EUA freqüentemente leva em conta em suas decisões a chamada disparidade estatística”. Alerta, porém, que **“não se trata de um exercício de cálculo matemático preciso, inflexível”,** visto que **“em realidade, a Corte exige ou impõe correspondência ‘absoluta’ entre a percentagem de minorias em uma dada comunidade e a participação percentual dessas mesmas minorias no respectivo mercado de trabalho”, “...sancionando severamente as disparidades flagrantes, isto é, classificando-as como prova irrefutável de tratamento discriminatório”**. O douto Ministro, após lamentar a teimosia equivocada de alguns em distanciarem, necessariamente, a realidade brasileira da estadunidense, **consigna ser muito apropriado passarmos a fazer uso do elemento estatístico como forma de provar a existência do racismo e da discriminação, que no Brasil jamais foi cogitado**, para, após, vislumbrar **“as conseqüências jurídicas a que chegaríamos, se nossos Juízes, Advogados e demais profissionais do Direito tivessem a coragem e a disposição intelectual para utilizar essa técnica de aferição da discriminação no nosso cotidiano, no nosso mercado de trabalho”,** concluindo que **“seguramente, o resultado seria devastador, e invalidaria por completo o entediante argumento de que no Brasil a discriminação não tem um corte racial e sim social...”**. Complementa afirmando que é com base nesta premissa (do corte social) que se diz que a marginalização do negro decorre das poucas oportunidades educacionais que lhe foram franqueadas ao longo do tempo, o que é um flagrante e crasso engano quando se verificam os dados estatísticos, os quais – analisando **“a questão por um ângulo em que ela jamais é vista”** –, demonstram que em **“certos setores do mercado de trabalho nos quais a formação universitária desempenha papel secundário”, como é o caso do segmento bancário, ora enfocado, os negros continuam a ocupar cargos e desempenhar atividades que realçam a inferioridade com que são vistos, “transmitindo, de forma sutil, a idéia de imprestabilidade para tarefas que exijam um grau maior de civilidade”**.

12 Gomes, Joaquim Barbosa. Ob. cit, p. 32-33 (nota de rodapé).

Voltando às modalidades de discriminação, é imperioso conscientizarmos que **ainda que não intencionais, todas condutas ou práticas discriminatórias devem ser combatidas e eliminadas por afrontarem o princípio constitucional da igualdade material**, como bem lembra o Ministro Joaquim Barbosa Gomes¹³, ao abordar a Teoria do Impacto Desproporcional (*Disparate Impact Doctrine*), derivado do princípio constitucional da proporcionalidade: **“TODA E QUALQUER PRÁTICA EMPRESARIAL, política governamental ou semi-governamental, DE CUNHO legislativo ou ADMINISTRATIVO, AINDA QUE NÃO PROVIDA DE INTENÇÃO DISCRIMINATÓRIA NO MOMENTO DE SUA CONCEPÇÃO, DEVE SER CONDENADA POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE MATERIAL, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas”**.

Por fim, não se pode deixar de esclarecer que além de todos os argumentos já apresentados, contrários à discriminação, se soma o argumento econômico, já que a sua prática inegavelmente *“impede o aproveitamento da capacidade das pessoas afetadas, com efeito nocivo sobre a produtividade”*¹⁴.

5. A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

O conceito de discriminação na doutrina jurídica não difere significativamente. Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁵, *“discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”*.

Nas relações de trabalho a discriminação se funda na distinção, exclusão ou preferência fundadas na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social e sempre inibirá o acesso ao emprego, alterará a igualdade de oportunidades de trabalhadores ou implicará em discrepâncias negativas de tratamento no emprego, como diferenças salariais a menor ou a estagnação em cargos hierarquicamente inferiores.

Sob o ponto de vista temporal, a discriminação poderá ocorrer na admissão, durante a execução do contrato ou ao seu término. No ato da admissão a discriminação normalmente ocorre de forma dissimulada mediante a exclusão de determinados grupos de pessoas, a preferência por outros ou distinção entre grupos, levando-se em conta sexo, raça, cor, idade, etc. Durante o contrato, a discriminação pode ocorrer sob a forma de salários mais elevados e maiores chances de promoção motivadas por sexo, raça, cor, idade, etc. No final do contrato, pela preferência de determinados grupos para fins de demissão.

É preciso deixar claro que os exemplos acima citados são meramente exemplificativos, pois em matéria de discriminação no emprego a criatividade empresarial é prodigiosa,

13 Gomes, Joaquim Barbosa. Ob. cit, p. 24.

14 Alice Monteiro de Barros, Ob. Cit. Pág. 1067.

15 Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: LTR, pág. 773.

infelizmente. Está com total razão Alice Monteiro de Barros¹⁶ quando assevera que “*a discriminação é difícil de ser comprovada porque ela nunca é ostensiva, mas dissimulada, camuflada*”.

No plano individual é quase impossível a qualquer trabalhador conseguir provar perante o Judiciário que não foi contratado em razão de sua cor, sua raça, seu sexo, sua idade, sua religião, etc. A mesma constatação se aplica a outros aspectos da relação de emprego, como é o caso da ascensão funcional e da remuneração. Entretanto, quando o observador se afasta da abordagem individualizada do problema e passa a analisar o mercado de trabalho de um determinado País, Estado ou Município, ou mesmo o quadro de pessoal de uma grande empresa, a situação dos diversos grupos humanos (homens, mulheres, brancos, negros, homens brancos, mulheres brancas, homens negros, mulheres negras, etc) fica extremamente clara e torna-se fácil comprovar a existência, ou não, de grupos excluídos, de grupos preferidos ou de grupos com tratamento diferenciado. Com esse método, é possível, ainda, constatar os traços comuns dos grupos excluídos, preferidos ou diferenciados (sexo, raça, idade etc), tornando simples a tarefa de provar a existência de discriminação no mercado de trabalho ou em uma empresa específica, como é o caso dos autos. Não é por outra razão que o nascimento de uma conscientização da existência de discriminação no Brasil surgiu a partir da demonstração estatística da realidade nacional.

A discriminação pode ocorrer de forma **direta**, por meio de disposições gerais que estabelecem, expressamente, critérios proibidos por lei, ou de forma **indireta**, por meio de atitudes ou regulamentos aparentemente neutros, mas que acabam por gerar desigualdades entre pessoas com as mesmas características. Esta última forma, não raras vezes, pode ser imperceptível até mesmo para quem está sendo discriminado, embora traga os mesmos efeitos nefastos da discriminação direta.

No plano legal, não há o que discutir acerca do conceito de discriminação, já que o Brasil ratificou a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão (Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, publicado no D.O. U., de 23 de janeiro de 1968), que traz definição clara a respeito em seu artigo 1º, *in verbis*:

“Art. 1º

1. Para os fins da presente Convenção o termo “discriminação” compreende:

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

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interes-

16 De Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTR, 2005, pág. 1074.

sado depois de consultas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados.

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

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

A Convenção nº 111 foi adotada pela OIT - Organização Internacional do Trabalho considerando, dentre outros princípios, que: *“I – a Declaração de Filadélfia quando afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais; e II – a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem”*.

Não se pode negar a importância vital da Convenção nº 111 para qualquer regime democrático, para a cidadania e para a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação em matéria de emprego e trabalho.

A verdade, independentemente do conceito legal, é que a discriminação normalmente decorre do *“cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc)”*¹⁷.

Partindo-se do do conceito legal de discriminação, previsto no art. 1º da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), fica inequívoco que, **para que ocorra a discriminação não é necessário a vontade de discriminar, ou seja: o dolo o animus, a intenção. Basta que a “distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social GERE O EFEITO de destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”**.

A chamada discriminação indireta se caracteriza pelo resultado (destruição ou alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão) decorrente de qualquer distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião etc, ainda que disfarçadas ou escamoteadas, e não pela intenção do agente de discriminar.

Dois pontos podem, aqui, ser destacados. O primeiro é que a discriminação não é apenas aquela ação que tenha por objeto o prejuízo (ou seja, que tenha intenção), **mas também aquele que gere, que produza como resultado o prejuízo ou a anulação do gozo de direitos**.

17 Cf. Maurício Godinho Delgado, Ob. Cit. Págs. 773/774.

É preciso considerar que existe discriminação sem dolo. O segundo ponto importante é que os dados estatísticos são na verdade a expressão do resultado de atos discriminatórios, os quais nem sempre são identificáveis pois operam por mecanismos nem sempre aparentes objetivamente em seus processos, mas, bastante aparentes quando se observam os seus efeitos, por meio de estatísticas, como aquelas apresentadas ano a ano por órgãos públicos confiáveis como o IBGE e o IPEA e organizações internacionais (ONU e OIT).

Em publicação dedicada à capacitação de gestores locais (Manual de Capacitação e Informação sobre Gênero, Raça, Pobreza e Emprego), a Organização Internacional do Trabalho deixa bem nítida as várias facetas da discriminação, que pode ser direta ou indireta. Segundo o referido Manual: **“Discriminação indireta: aquela que deriva de disposições e práticas aparentemente imparciais, mas que redundam em prejuízos e desvantagens de um grande número de integrantes de um determinado grupo. Nem sempre está relacionada a preconceitos e estereótipos; É PRODUZIDA SEM QUE HAJA, NECESSARIAMENTE, A INTENÇÃO DE DISCRIMINAR MEMBROS DE UM GRUPO ESPECÍFICO.”**¹⁸ (grifos ausentes no original)

O enfoque dado pela Organização Internacional do Trabalho no que se refere à discriminação no mercado de trabalho não se restringe ao aspecto puramente penal da conduta, em cujo âmbito a presença do dolo e a pessoalidade do autor realmente é imprescindível.

Ao contrário, deixando patente que a discriminação não resulta apenas de atos individuais e/ou esporádicos de um empregador, a Organização Internacional do Trabalho alarga o conceito da discriminação, prevendo a discriminação institucional. Senão, vejamos:

“A ação discriminatória nem sempre é diretamente motivada pelo preconceito. A discriminação perpetua e legítima relações de poder assimétricas. Aqueles que detêm uma situação de poder e dominação e têm interesse em manter o status quo justificam as ações e procedimentos discriminatórios como o único procedimento ‘racional’ possível, alegando, além disso, responder ao interesse coletivo (de todos os grupos). Esta é uma das características da DISCRIMINAÇÃO INSTITUCIONAL, QUE OCORRE INDEPENDENTEMENTE DE A PESSOA TER ou não preconceito aberto ou INTENÇÃO DE DISCRIMINAR..(...) No cotidiano de trabalho nas empresas é onde se vê a discriminação, que é, ao mesmo tempo, uma prática constantemente reproduzida e negada. Nenhuma empresa brasileira declara por escrito: ‘não aceitamos negros para o cargo de chefia’. No entanto, ‘gerentes, chefes, encarregados e selecionadores de pessoal utilizam, no dia-a-dia, essas regras informais, muitas vezes sem refletir e nem sempre com a intenção de discriminar, mas acabam por reforçar a situação de desigualdades no Brasil’ (Bento, 1999). O fato é que, conscientemente ou não, o resultado dessas ações é o mesmo: a reprodução das desigualdades raciais. OS EFEITOS SÓ SE VERIFICAM ESTUDANDO,

18 OIT, “Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza, e emprego: guia para o leitor”, Brasília: OIT, 2005. Módulo 2 – A questão racial, pobreza, e emprego no Brasil: tendências, enfoques e políticas de promoção de igualdade. Pág. 54.

POR EXEMPLO, AS TAXAS DE NEGROS E MULHERES NOS DIFERENTES POSTOS DE TRABALHO DA EMPRESA (Bento, 1999):¹⁹ (grifos ausentes no original)

Da mesma que o conceito *lato sensu* de discriminação, a **discriminação institucional** também pode ser direta ou indireta, sendo que está última, da mesma forma, ocorre independentemente de intenção/dolo.²⁰

Da mesma forma que a OIT, a doutrina especializada também já identificou e conceituou a chamada **discriminação institucional**, conforme se vê na transcrição abaixo:

“Discriminação institucional (direta e indireta): É toda prática institucional que distribui benefícios, oportunidades ou recursos de forma desigual entre distintos grupos raciais. Dessa forma, toda política pública cujos impactos, intencionais ou não, tenham como consequência o aumento da desigualdade racial pode ser classificada como prática de discriminação institucional. O conceito de discriminação institucional surge a partir da idéia de que o racismo faz parte da lógica das sociedades racistas, nas quais comportamentos aparentemente destituídos de intencionalidade podem gerar consequências negativas para os membros de grupos sociais discriminados. Isso inclui as formas e mecanismos de discriminação que ocorrem independentemente do fato de pessoas ou normas e práticas institucionais terem ou não preconceito aberto OU INTENÇÃO DE DISCRIMINAR.”²¹

Ainda a respeito da faceta dissimulada e nociva da discriminação indireta, a OIT, mais uma vez chancelando a utilização de indicadores socioeconômicos para identificá-la (como a PEA e a média salarial, utilizadas na inicial pelo MPT), prega o seguinte: ***“A discriminação indireta é uma das formas mais perversas de discriminação, justamente por seu caráter dissimulado. Ela geralmente se alimenta de estereótipos arraigados e é exercida através de práticas administrativas e institucionais. Uma das formas de detectar a incidência desse tipo de discriminação é analisar os indicadores de desigualdades entre determinados grupos. A discriminação indireta pode ser identificada quando os resultados de determinados indicadores socioeconômicos são sistematicamente desfavoráveis para um subgrupo definido por suas condições de sexo, raça/cor, etnia em face aos resultados médios da população”²².***

19 OIT, “Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza, e emprego: guia para o leitor”, Brasília: OIT, 2005. **Módulo 2** – A questão racial, pobreza, e emprego no Brasil: tendências, enfoques e políticas de promoção de igualdade. Págs. 55 e 56.

20 Ibidem, págs. 56 e 57.

21 JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental. Brasília: IPEA, 2002. & Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. Tese de doutorado. Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002; apud OIT, 2005. Ob. Cit., pág. 57.

22 OIT, 2005. Ob. Cit., pág. 57 e 58.

Algumas das conclusões da OIT sobre o tema valem a pena ser conhecidas: “*Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones da OIT : estudios generales y los referentes a discriminación corresponden a los años 1988 y 1996*”²³):

Com relação à discriminação indireta: “*Algumas definições da discriminação mencionam o intencional caráter da discriminação, seja de forma direta, vinculando o caráter ilegal da discriminação à intenção de seu autor, seja de forma indireta, definindo os atos ou as práticas discriminatórias em termos que supõem a vontade de praticar a discriminação ou que se refiram exclusivamente a um autor identificado. As limitações determinadas pela introdução do caráter intencional da discriminação em sua definição não estão em conformidade com a Convenção 111, que se refere a “qualquer” discriminação, sem mencionar intenção de seu autor, não sendo necessário, inclusive, que haja um autor identificado, como nos casos da discriminação indireta ou de segregação profissional fundada em sexo. Ao contrário, diversas disposições da referida Convenção se referem explicitamente ao caráter direto ou indireto da discriminação*”²⁴.

Conseqüências objetivas das discriminações: “*No que se refere ao ‘efeito’ das distinções, exclusões ou preferências, em matéria de igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e na ocupação, as disposições dos instrumentos de 1958 adota como critério as conseqüências objetivas destas práticas discriminatórias. Conseqüentemente, as discriminações indiretas e fenômenos tais como a segregação profissional fundada no sexo estão dentro do âmbito da Convenção. A noção da discriminação indireta se refere às situações em que as regras e as práticas, aparentemente neutras, têm como resultado alterar a igualdade em prejuízo de pessoas que apresentam determinadas características ou que pertençam a certos grupos com determinadas características (raça, cor, sexo, religião, por exemplo). Em diversos países a legislação adotada em matéria da igualdade entre homens e mulheres no trabalho prevê que esta igualdade implica a ausência da discriminação **direta ou indireta**, dando como o exemplo de discriminação indireta a desigualdade de tratamento baseado no estado civil ou na situação familiar.*”²⁵

23 Esta información la puede encontrar in extenso en la siguiente dirección de la OIT <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>.

24 Texto original: “Algunas definiciones de la discriminación mencionan el carácter intencional de la discriminación, sea en forma directa, vinculando el carácter ilegal de la discriminación con la intención de su autor, sea en forma indirecta, definiendo los actos o prácticas discriminatorias en términos que suponen una voluntad de practicar la discriminación o que se refieren exclusivamente a un autor identificable. Las limitaciones determinadas por la introducción del carácter intencional de la discriminación en su definición no son conformes al Convenio, que se refiere a “cualquier” discriminación sin mencionar la intención de su autor, e incluso sin que sea necesario que haya un autor identificable, como en los casos de discriminación indirecta o de segregación profesional fundada en el sexo. Por el contrario, varias disposiciones se refieren explícitamente al carácter directo o indirecto de la discriminación.”

25 Texto original: “En cuanto al “efecto” de las distinciones, exclusiones o preferencias, en materia de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, la definición de los instrumentos de 1958 adopta como criterio las consecuencias objetivas de dichas medidas. Por lo tanto, las discriminaciones indirectas y fenómenos tales como la segregación profesional fundada en

Discriminações no Direito e na Prática: *“Um tratamento discriminatório pode consistir tanto na adoção de normas gerais e impessoais que estabeleçam as distinções fundadas sobre critérios proibitivos, como nos comportamentos em casos específicos de uma autoridade pública ou privada que trate da maneira desigual os indivíduos ou os membros de um grupo que têm direito aos mesmos benefícios ou às mesmas vantagens.”*²⁶

Em face das conclusões da OIT sobre os efeitos da discriminação indireta, é mais fácil perceber que a sua identificação, como não existem atitudes manifestas de discriminação, só é possível pelos seus efeitos.

O ex-Ministro do STF, Joaquim Barbosa Gomes, brilhantemente ensina, sobre a chamada discriminação de fato, manifesta, presumida ou não intencional (fls. 65 e 66), que se apura justamente pela disparidade estatística com a realidade da empresa, bem como a respeito da Teoria do Impacto Desproporcional (*Disparate Impact Doctrine*).

Essa demonstração, da discriminação indireta, embora não seja simples, pode ser feita de diversas formas. Primeiro, os dados estatísticos apresentando uma disparidade estatística no tocante a admissão, remuneração e promoção, colocando de um lado homens brancos, e, no outro, em situação inferior, mulheres e negros, o que revela uma política seletiva de pessoal, privilegiando grupos determinados em detrimento de outros. O segundo elemento decorre do fato de a empresa investigada não apresentar, objetivamente, critérios que provem contratação, colocação e promoção de forma totalmente igualitária e não subjetiva. Em terceiro lugar, a empresa deve comprovar que há parâmetros claros e objetivos para as promoções, que respeite a formação profissional, o tempo de casa ou qualquer outro critério objetivo.

6. ENCERRAMENTO

Este texto, totalmente despretensioso, é apenas o resgate dos fundamentos que utilizamos anos atrás, quando ainda era Coordenador da aniversariante Coordigualdade, nas “ações dos bancos”, com o objetivo de judicializar a discriminação recorrente no mercado de trabalho brasileiro. Nosso pionerismo consistiu em trazer à lume, como fundamento de ação a discriminação indireta e utilizar a estatística como meio de prova em ações perante a Justiça do Trabalho para comprovar a referida discriminação, mediante a demonstração de disparidade estatística e a ausência de transparência e neutralidade nos processos seletivos das grandes empresas brasileiras.

el sexo están dentro del ámbito del Convenio. La noción de discriminación indirecta se refiere a situaciones en que reglamentos y prácticas, aparentemente neutros, tienen como resultado alterar la igualdad en perjuicio de personas que presentan determinadas características o que pertenecen a ciertos grupos con determinadas características (raza, color, sexo, religión, por ejemplo). En varios países la legislación adoptada en materia de igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo prevé que esta igualdad implica la ausencia de discriminación directa o indirecta, dando como ejemplo de discriminación indirecta la desigualdad de trato basada en el estado civil o la situación familiar.”

26 Texto original: “Un trato discriminatorio puede consistir tanto en la adopción de normas generales e impersonales que establezcan distinciones fundadas en criterios prohibidos, como en los comportamientos en casos precisos de una autoridad pública o de una persona privada que trate de manera desigual a los individuos o a los miembros de un grupo llamado a beneficiar de los mismos derechos o a obtener las mismas ventajas.”



AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO COMO FORMA DE INCLUSÃO NO TRABALHO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

José Claudio Monteiro de Brito Filho¹

Fádia Yasmin Costa Mauro²

1. CONTEXTUALIZANDO A DISCUSSÃO

As pessoas com deficiência, ao longo da História, constituíram um grupo vulnerável que sempre foi objeto de discriminação.

Mesmo após o período em que eram, simplesmente, eliminadas, as pessoas com deficiência sempre tiveram — e ainda têm — convivência bastante complicada com os outros integrantes da sociedade, que às vezes as excluem com base na falsa crença de que são todas incapazes para os atos da vida e, em outras, tão somente as repudiam pelas suas diferenças³.

Hoje, todavia, essa persistente exclusão pode ser contrabalançada por uma série de institutos que buscam o oposto: a inclusão social das pessoas com deficiência, e que são reflexo, como está no *Informe Mundial sobre la Discapacidad* (2011, p. 3), da *Organización Mundial de la Salud* (Organização Mundial da Saúde), ao mesmo tempo, da organização das pessoas com deficiência, e da tendência de se considerar a deficiência como uma questão de direitos humanos.

Nossa intenção nesse breve texto é discorrer a respeito de parte desses institutos que, ao fim, têm como objetivo permitir que as pessoas com deficiência tenham o mesmo acesso que as demais pessoas aos bens necessários para uma vida com dignidade.

E essa conclusão, feita já no início do texto, é importante, pelo que justifica, desde logo, uma explicação: a criação de mecanismos que possibilitem aos integrantes dos grupos

1 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor do PPGD/CESUPA. Professor do PPGD/UFGA. Titular da Cadeira nº 26 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Procurador Regional do Trabalho, aposentado. Ex-Coordenador Nacional da COORDIGUALDADE.

2 Mestranda em Direito, na área de concentração Direitos Humanos e na linha de pesquisa Direitos Humanos e Inclusão Social, pela Universidade Federal do Pará – PPGD/ICJ/UFGA. Secretária da Comissão de Defesa das Pessoas com Deficiência - OAB/PA.

3 Observemos, como lembra Miguel Ángel Cabra de Luna, na Apresentação do livro *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas* (2007, p. 13), que se estima que 10% da população mundial enquadra-se como pessoa com deficiência.

vulnerabilizados, dentre eles o composto pelas pessoas com deficiência, um acesso diferenciado, não significa a criação de privilégios ou assemelhados; significa, apenas, a criação de condições para o exercício de direitos e para o acesso aos bens valiosos da vida em condições de igualdade.

Antes, porém, de discorrer a respeito dos institutos que serão objeto de estudo, vamos fazer, em itens sequenciais, uma singela discussão a respeito de dois aspectos que são importantes para a compreensão dos modelos e das ações que vamos apresentar como importantes para a inclusão das pessoas com deficiência.

Primeiro vamos discutir quem deve ser considerada pessoa com deficiência, para que não restem dúvidas a respeito de quem são os integrantes desse grupo vulnerável. Depois, vamos tentar compreender o que é a discriminação, e quais são os fenômenos que lhe dão origem, assim como vamos apresentar alguns elementos importantes para que esse fenômeno seja combatido.

Feito isso, mostraremos como a educação pode ser um elemento indispensável para a inclusão das pessoas com deficiência, relacionando-se diretamente com outro bem da vida importante, que é o trabalho.

Isso porque o estudo parte de uma constatação feita a partir da atuação do Ministério Público do Trabalho, feita anos atrás, e é, nesse sentido, uma tentativa de encontrar uma das soluções possíveis para o problema.

Em Relatório da Coordenadoria Nacional para a Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), do Ministério Público do Trabalho, datado de 15 de junho de 2007, verificou-se que existiam, à época, 5.678 (cinco mil e seiscentos e setenta e oito) procedimentos abertos no Ministério Público do Trabalho em que o objeto era a inclusão de pessoas com deficiência, sendo, destes, 446 (quatrocentos e quarenta e seis) notificações recomendatórias⁴.

A partir dessas investigações foram firmados 2.106 (dois mil cento e seis) termos de ajustamento de conduta, e 3 (três) acordos judiciais. Ao mesmo tempo, 2.075 (duas mil e setenta e cinco) ações civis públicas foram propostas.

Toda essa atuação gerou um universo de 30.705 (trinta mil e setecentos e cinco) contratações que, deve ser considerado, não seriam feitas, salvo em quantidade ínfima, uma vez que até o início da atuação do Ministério Público do Trabalho as admissões de trabalhadores com deficiência ou reabilitados eram esporádicas, pontuais.

A atuação deve ser considerada, a partir dos resultados alcançados, como exitosa, pois o número é expressivo. Caso verifiquemos as vagas criadas, entretanto, é de se ver que há problemas a resolver.

É que foram reconhecidos, a partir da atuação do Ministério Público do Trabalho 66.241 (sessenta e seis mil e duzentos e quarenta e um) postos de trabalho para trabalhado-

⁴ Essa atuação foi discutida de forma mais completa do que consta aqui, onde há um objeto mais restrito, em estudo de um dos autores do presente texto (BRITO FILHO, 2015).

res com deficiência ou reabilitados, pelo que se observa que somente pouco mais de 46% dos postos foram preenchidos.

Para dar conta dessa disparidade, buscou-se, em diversas reuniões e discussões no âmbito da Instituição, verificar quais os problemas que deveriam ser enfrentados para aproximar as vagas preenchidas das vagas reconhecidas.

Um deles dizia — e ainda diz — respeito à não localização de trabalhadores integrantes desse grupo vulnerável para preencher as vagas disponíveis, ao menos com a qualificação necessária, o que, em parte, mas somente em parte, revela-se verdadeiro.

De qualquer forma, a verdade é que os trabalhadores com deficiência, com especial e negativo destaque, sofrem pela educação de péssima qualidade que lhes é ofertada, quando é ofertada, e isso impede que ocupem postos de trabalho que exigem (maior) instrução.

A falta de qualificação, então, é um impeditivo para que se habilitem aos melhores postos de trabalho, salvo exceções, e isso faz com que lhes sejam oferecidos salários mais baixos.

Não adianta, então, no caso dos integrantes desse grupo vulnerável, somente oferecer vagas de emprego; é preciso dar conta de outro problema com que se deparam, e que é antecedente: a falta de uma educação que os habilite para a ocupação dos postos de trabalho.

É, ao fim, o que objetivamos discutir, iniciando, todavia, como dito, com a compreensão básica a respeito de quem é que forma esse grupo.

2. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – DENOMINAÇÃO, DEFINIÇÃO E ABRANGÊNCIA⁵

Embora o senso comum nos indique a aparente facilidade de determinar quem são as pessoas com deficiência, esse é um erro básico que todos os dias é cometido.

E ele tem consequência que pode ser nefasta, e que deve ser, desde logo, indicada. Como os atos normativos, internos e internacionais, nos mais recentes anos, têm criado uma série de instrumentos para a proteção das pessoas com deficiência, é óbvio que é preciso identificar os integrantes desse grupo, e com a maior precisão possível.

É que, uma identificação por demais restritiva poderá deixar de fora do âmbito de proteção das normas pessoas que necessitam delas para ter acesso a bens valiosos. De outra banda, uma identificação elástica, que amplie demais os sujeitos protegidos, pode desprote-

5 Esse item e o seguinte refletem, em boa medida, o que consta de texto de um dos autores do presente estudo (BRITO FILHO, 2014).

ger os integrantes do grupo que mais precisam de suporte para ter seus direitos respeitados, em prol de quem não tem necessidade desse apoio⁶.

O ponto de partida para toda essa discussão deve ser a definição que prepondera, hoje, em todo o mundo, a respeito de quem seja pessoa com deficiência, e que se encontra no artigo 1º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU), assinada em Nova York em 30 de março de 2007, que preceitua:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas⁷.

Essa definição, começando com a primeira questão a debater neste item, já inicia indicando qual a denominação adotada pela ONU, que é pessoas com deficiência, o que, a propósito, ecoa os reclamos dos integrantes desse grupo vulnerável contra denominações que não expressam, com fidelidade, sua real condição, como algumas já utilizadas no passado, para todos os integrantes do grupo, como “incapazes”, ou para parte deles, como “excepcionais”, que serviam para designar as pessoas com deficiência mental. Elimina, também, denominação que foi utilizada preferencialmente no Brasil “pessoa portadora de deficiência”, e que até hoje é a que consta da Constituição desse País⁸. A esse respeito, entende Araujo (2011) que a denominação “pessoa portadora de deficiência” não é mais adequada porque essas pessoas não portam, não conduzem uma deficiência, sendo correto o entendimento do autor, pois não se leva ou carrega a deficiência, tem-se a deficiência.

Observemos que a denominação adotada, de pessoas com deficiência, não se confunde com outra, às vezes utilizada como sinônimo, que é de pessoa com necessidades especiais. É que esta, pensamos ser claro, abrange uma generalidade de casos, sendo as pessoas com deficiência somente algumas das pessoas alcançadas pela ideia que pessoa com necessidades especiais expressa.

São pessoas com necessidades especiais todas aquelas que, em dado momento, de forma permanente ou temporária, às vezes somente pela falta de mínimos recursos finance-

6 Um exemplo retirado da atuação do Ministério Público do Trabalho, no Brasil, dá uma boa ideia do que se está afirmando. Como a legislação brasileira é extremamente ampla em relação à caracterização das pessoas com deficiência auditiva, sempre foi comum que os empregadores, neste País, contratassem preferencialmente deficientes auditivos no grau mais leve possível, para cumprir o programa previsto em lei de ação afirmativa que impõe a contratação de pessoas com deficiência nas empresas com mais de 100 empregados, em detrimento da contratação de outros, com deficiências que impõem maiores custos para a construção de ambientes verdadeiramente inclusivos, como cadeirantes e deficientes visuais. Ver a respeito, por exemplo, em Brito Filho (2011).

7 Ver essa versão, que é a oficial em português, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

8 Pessoa portadora de deficiência é a denominação que consta, também, na versão oficial em português da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001, da Presidência da República. A propósito desta Convenção, entendemos que ela, não obstante, no artigo 1, item 1, disponha que o “termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”, não deve ser lida como estabelecendo uma concepção dissonante do convenção da ONU sob análise. É que a noção de impedimento de longo prazo é compatível com a ideia de ser a deficiência permanente ou transitória, apenas neste último caso não podendo ser de curta duração. Da mesma forma, nas duas convenções é possível fazer a relação entre a deficiência e as barreiras ou obstáculos que lhe dão essa feição (de deficiência).

ros para correções, têm dificuldades ou restrições de acesso a determinados bens, direitos, oportunidades e/ou espaços.

Por exemplo, uma mulher grávida pode ter restrições de acesso a determinado local, pela dificuldade, temporária, de subir escadas, com consequências negativas as mais variadas. Nesse espaço de tempo que durará a gravidez, é claramente pessoa com necessidades especiais, mas, jamais, pessoa com deficiência.

Da mesma forma aquele que, por ter miopia em grau elevado, e por não contar com recursos financeiros, tem grandes dificuldades de enxergar. Nesse caso, suas restrições de acesso a uma condição de igualdade com as demais pessoas poderiam simplesmente desaparecer com o uso de lentes corretivas, ou, melhor ainda, com a realização de cirurgia.

A esse respeito, na mesma linha que adotamos acima, entende Fonseca (2006, p. 270) que “[a] expressão ‘pessoa com necessidades especiais’ é um gênero que contém as pessoas com deficiência, mas também acolhe os idosos, as gestantes, enfim, qualquer situação que implique tratamento diferenciado”.

Ainda a respeito da terminologia, cumpre-nos observar que Machado (1998, p. 17)) utiliza, em texto em Espanhol, três denominações distintas, cada uma delas com seu próprio significado: **deficiencia**, que significa uma condição que gera limitações, e que a pessoa tem de forma congênita ou adquirida; **discapacidad**, que seria o seu resultado, e que pode gerar limitações nos graus severo, moderado ou leve, e **minusvalia**, que é uma condição de caráter social, decorrente do juízo, da apreciação, da imagem ou do preconceito a respeito da pessoa com deficiência e de seu entorno social imediato.

Devemos observar no entanto que, para a designação dos integrantes do grupo vulnerável de que estamos tratando, a denominação utilizada em espanhol pela Organização das Nações Unidas é **personas con discapacidad**, como consta, de forma expressa na versão nessa língua da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (**Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**)⁹, sendo essa denominação que deve corresponder à denominação pessoas com deficiência, em português.

Quanto à definição e abrangência, a partir do conceito acima transcrito, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, é conveniente ressaltar que ela, apesar de poder incluir uma gama ampla de pessoas, superando legislações por demais restritivas, o faz a partir de um elemento que deve ser levado em consideração, que é o que se denomina de “impedimento de longo prazo”, eliminando, portanto, impedimentos temporários, de curta ou média duração, e a partir de deficiências de “natureza física, mental, intelectual ou sensorial”.

Note-se também, na definição, a importância dada às barreiras, que não devem ser entendidas somente no aspecto físico, mas também no aspecto comportamental, atitudinal, que podem obstar a participação “plena e efetiva” das pessoas com deficiência na sociedade,

9 Ver, por exemplo, em <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcccconvs.pdf>.

ou, como temos preferido, obstar o acesso das pessoas com deficiência aos bens fundamentais, e por isto valiosos, da pessoa.

Cabe ainda registrarmos, como verificamos com Luna e outros (2007, p. 64-65), que a definição conferida pela Convenção da ONU, resulta, exatamente, dessa interação entre as deficiências e as barreiras “debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva em la sociedad, em igualdad de condiciones com las demás”, não sendo, todavia, uma definição fechada, ao abrir espaço para incluir pessoas que, habitualmente, não estão enquadradas em uma concepção mais rígida de pessoas com deficiência. Indicam ainda os autores a preferência, feita pela convenção da ONU, pelo modelo social de deficiência, “al asumir que la discapacidad resulta de la interacción com barreras debidas a la actitud y al entorno”.

A esse respeito, a Organização Mundial de Saúde (OMS), no Informe já indicado (2011), acredita que é possível promover um modelo que represente um equilíbrio viável entre os modelos médico e social, e que denomina de “modelo bio-psicosocial”. É que, para a OMS, “la discapacidad debería verse como algo que no es ni puramente médico ni puramente social”, devendo haver um enfoque que dê peso adequado aos diversos aspectos da deficiência.

3. A DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência, ao longo dos tempos, foram sistematicamente discriminadas, fosse ou não esse comportamento tolerado pelas normas jurídicas.

Neste item, para que tenhamos a exata compreensão da discriminação que sofrem as pessoas com deficiência, vamos discutir alguns fenômenos que dão origem ao comportamento discriminatório, e que se situam no âmbito das relações sociais, mas que estão, antes de sua exteriorização, fora do ambiente próprio das normas jurídicas. Vamos, ainda aqui, discutir os modelos de combate à discriminação, além de nos referirmos a questões relacionadas às ideias de acessibilidade e inclusão.

São categorias ou fenômenos estudados pela psicologia, dentro do que se conveniou chamar de percepção de pessoas, e que têm relação com a forma como as percebemos (as pessoas). Esses fenômenos, deve ser salientado, são importantes para o nosso estudo porque é deles que decorre a discriminação, esta sim uma categoria jurídica de análise, ou, para ficar, na questão debatida, mais claro, uma categoria que pode ser definida e, principalmente, ordenada pelas normas jurídicas.

Tratando primeiro, todavia, dos fenômenos acima aludidos, são eles: o estigma, o estereótipo e o preconceito.

O estigma é caracterizado como uma marca real, física ou de natureza comportamental, e que leva as pessoas a perceber negativamente o outro, o que pode levar à sua rejeição ou à sua exclusão.

Para Goffman (1988), os estigmas classificam-se em: abominações do corpo; culpas de caráter individual; e estigmas tribais. As abominações são as marcas físicas, como a falta de um braço ou uma perna, ou como deformidade de qualquer natureza; as culpas estão relacionadas ao aspecto comportamental, como o homossexualismo, o comportamento radical em suas várias formas etc.; e os estigmas tribais dirigem-se aos integrantes de grandes grupos, estigmatizados em razão de raça, etnia, nacionalidade, religião, entre outros.

Notemos que as culpas de caráter individual de que fala Goffman não estão relacionadas a uma noção maniqueísta de certo ou errado, mas sim estão mais ligadas ao que, na antropologia, denomina-se “comportamento desviante”, e que pode ser singelamente compreendido com a adoção de um comportamento que diverge do habitualmente aceito em determinada comunidade¹⁰.

No caso das pessoas com deficiência, quando são estigmatizadas, o usual é que o sejam a partir do que Goffman denomina de abominações do corpo.

Já o estereótipo consiste em imputar determinadas características aos integrantes de grupos específicos, de forma que a eles seja dirigida uma análise negativa, como leciona Rodrigues (1988). Aqui não importa se a característica é real ou não, pois o que importa é sua capacidade geradora de uma avaliação negativa¹¹.

Entender, como ainda é comum, que as pessoas com deficiência, somente por esta condição, não são aptas ao aprendizado, ou ao trabalho, é um estereótipo, e, nesse caso, baseado em uma noção, via de regra, falsa, pois o mais comum é que as duas atividades possam ser desempenhadas pelas pessoas com deficiência, o que somente não ocorrerá em poucos casos.

Por fim, o preconceito é o terceiro fenômeno psicológico a contribuir para a discriminação. Aliás, podemos dizer que, na esfera não jurídica, é o fenômeno que, diretamente, conduz à discriminação. Mais amplo dos três fenômenos, o preconceito é, aproveitando a lição de Aroldo Rodrigues, “atitude negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado” (1988, p. 220-221). Nesse sentido, ele é produto do meio social. As pessoas não nascem preconceituosas, aprendem a ser preconceituosas.

Desses fenômenos decorre a discriminação, que temos convencionado chamar de “preconceito exteriorizado” (BRITO FILHO, 2002), porque é isso que ela representa, ou seja, a transposição, para o mundo exterior, em forma de ação ou omissão, da visão preconceituosa, negativa, a respeito de pessoas ou grupos.

Em matéria de trabalho ela está definida no artigo 1º, “a” e “b”, da Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que, em síntese, define discriminação no trabalho como qualquer distinção, exclusão ou preferência, decorrente de qualquer motivação,

10 A esse respeito sugerimos ver Velho (1985).

11 Nem sempre é simples distinguir o estigma do estereótipo. Para tentar uma diferenciação, vejamos o caso da discriminação racial contra os negros, tão presente e ao mesmo tempo tão negada, por exemplo, na sociedade brasileira: se alguém rejeita outrem porque se trata de uma pessoa negra, ou seja, por uma característica própria, decorrente, por exemplo, da cor da pele, isso é um estigma; por outro lado, se esse alguém faz isso baseado na falsa e aqui somente hipotética crença de que “todo negro é preguiçoso”, isso é um estereótipo.

e que tenha como objetivo destruir ou alterar a igualdade de oportunidades em matéria de emprego ou profissão.

A partir dessa definição, ainda com um objeto restrito, podemos ampliar a ideia, afirmando que, qualquer ação ou omissão de uma pessoa, intencional ou não, consciente ou não, que concretamente viole o princípio da igualdade e implique exclusão deve ser considerada discriminação.

Importante observar, a respeito da discriminação, que ela somente surte seus efeitos quando quem discrimina, sujeito ativo, pode sujeitar quem é discriminado, sujeito passivo. É que, “[s]e não é possível impor a conduta ..., a discriminação não surte efeitos, ou, pelo menos, não os desejados” (BRITO FILHO, 2002, p. 16).

No caso das pessoas com deficiência, em razão de limitações que usualmente possuem, e que já são, por si, capazes de criar restrições para sua vida em sociedade, essa sujeição é mais fácil de ocorrer.

É por isso que, quando se pensa nos instrumentos jurídicos para combater a discriminação — e que têm natureza impositiva, ao contrário dos instrumentos sociais —, no caso das pessoas com deficiência há necessidade de criar condições, também, para que as limitações, dos pontos de vista interno e externo, sejam neutralizadas, ou, ao menos, minoradas.

Como já afirmamos (BRITO FILHO, 2012), o combate às práticas discriminatórias, desde que foi iniciado¹², pode ocorrer, basicamente, de duas formas, pela pura e simples adoção de normas que vedem e reprimam a discriminação, ou pela adoção de disposições que favoreçam a inclusão de integrantes de determinados grupos, em prática que se convencionou chamar de ação afirmativa.

Há, então, dois modelos. No primeiro, seguramente o mais antigo, o Estado cuida de editar normas que vedem as práticas discriminatórias, usualmente criminalizando esses atos, e impondo, também, sanções de natureza administrativa, civil e trabalhista. Pode ser esse modelo denominado de repressor (BRITO FILHO, 2002).

Ele, entretanto, deve ser entendido como modelo que se caracteriza por ser estático, no sentido de que, muito embora reprima a conduta discriminatória, pouco faz no sentido de dar às pessoas e grupos discriminados a possibilidade de serem incluídos na sociedade, ao não impulsioná-los nessa direção.

Essa iniciativa pertence a outro modelo, chamado de modelo das ações afirmativas, que pode ser definido como “modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulnerabilizados, proporcionando uma igualdade real entre as pessoas” (BRITO FILHO, 2012, p. 9).

Seu objetivo, conforme afirma Gabi Wucher (2000, p. 54), é “assegurar a pessoas pertencentes a grupos particularmente desfavorecidos uma posição idêntica à dos outros

12 Ou seja, desde que a desigualdade deixou de ser regra prevista no ordenamento jurídico dos países. Para melhor compreensão, observe-se o caso brasileiro, em que a escravidão negra foi admitida até a edição da Lei Áurea, no fim do século XIX.

membros da sociedade, proporcionando assim uma igualdade no exercício de direitos". Na verdade, uma forma de garantir o acesso a recursos valiosos, em sentido amplo, e não somente direitos, em sentido estrito.

Estabelecendo comparação entre as medidas que caracterizam o modelo da simples repressão às condutas discriminatórias, e as próprias do modelo das ações afirmativas, pode-se afirmar que a principal diferença entre os dois modelos é a postura ativa que se adota no segundo, postura que se caracteriza pela adoção, em maior ou menor grau, de condições para que as pessoas e grupos discriminados e, portanto, excluídos, possam (re)integrar-se à coletividade, e que não se encontra no primeiro modelo, em que o Estado apenas torna ilícitos os atos discriminatórios, sem, entretanto, tomar outra providência que não seja essa, na busca da neutralização desses atos.

Notemos todavia que, o modelo em que estão inseridas medidas de ação afirmativa não pode ser considerado isolado do simplesmente repressor, pois, naquele, medidas repressivas deverão estar presentes. Dessa feita, o certo será considerar o modelo das ações afirmativas uma evolução do modelo repressor, embora com concepções distintas. Isto porque, do ponto de vista do comportamento do Estado e das pessoas obrigadas a ter determinadas condutas, a diferença entre os modelos é grande. Do ponto de vista dos efeitos que se pretende em um e outro modelo também. Ainda assim, o modelo das ações afirmativas sustenta-se na mesma ideia inicial do modelo repressor: a igualdade entre as pessoas, dando assim passo a mais, ao buscar, por meio de medidas variadas, permitir que os indivíduos tenham acesso a bens que, por diversas circunstâncias, mas que nascem da discriminação, lhes são negados.

Esse passo a mais, deve ser salientado, afigura-se necessário para que se tenha, efetivamente, igualdade real entre as pessoas. De fato, o modelo que unicamente reprime, largamente utilizado, acaba sendo insuficiente para mudar o quadro de exclusão a que estão sujeitos os grupos discriminados. Como entende Elida Séguin (2001, p. 31), "as pessoas são diferentes e não podem ser tratadas com igualdade, sob pena de se cometer injustiças", ou seja, nem sempre o tratamento formalmente igual a todas as pessoas, indistintamente, será suficiente para deixá-las em condições de equilíbrio, pois às vezes há diferenças entre elas que, somente por isso, colocam-nas em condições de desigualdade e de exclusão, sendo necessário implementar políticas que revertam esse quadro.

Isso é, no mínimo, lógico. A situação de desequilíbrio que se foi estabelecendo, ao longo dos anos, mesmo que cesse a conduta discriminatória ostensiva, tende a se perpetuar, a não ser que invertida a ordem estabelecida, ou seja, favorecendo, agora, quem durante anos foi desfavorecido.

Isso gera um desnível que permanece com poucas alterações, mesmo havendo a proibição da prática da discriminação de forma expressa em lei. Ele só pode ser revisto na hipótese de se adotarem medidas apropriadas para descompensar a situação presente, conduzindo as pessoas a uma condição de igualdade, agora não somente formal, mas de acesso aos recursos valiosos à disposição dos integrantes da comunidade.

3.1. As ações afirmativas e o direito à inclusão na educação¹³

Nesses termos, discutir a educação das pessoas com deficiência com o uso das ações afirmativas como forma de inclusão é o que nos propomos agora.

Dentre os direitos e liberdades fundamentais que devem ser garantidos em condições iguais está o direito à educação, previsto a partir do art. 27 da Lei Brasileira de Inclusão, que assim preceitua:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação

Tal dispositivo consolida o direito de acesso a uma educação inclusiva, em todos os níveis de ensino, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível das capacidades e talentos das pessoas com deficiência, sendo dever do Estado, da família e da sociedade como um todo, assegurar a qualidade na educação e a proteção de toda e qualquer discriminação.

Válido comentar, entretanto, que tal direito já vinha sendo amparado desde a promulgação da Constituição Federal enquanto direito social previsto no art. 6º e no art. 208, III, que preleciona o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, e também ratificado com a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, já mencionada, que em seu artigo 24 prevê:

Artigo 24

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

¹³ Baseado em texto de um dos autores deste breve estudo, Fádya Yasmin Costa Mauro, denominado Ações Afirmativas como instrumento de inclusão na educação para pessoas com deficiência (Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais. E-ISSN: 2525-9903, Brasília, v.3, n.1, p. 01-17, jan/jun. 2017).

c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

Desta feita, entende-se que há uma crescente necessidade de um sistema educacional inclusivo, demonstrando-se que não necessariamente será o fim do ensino especializado, ou seja, aquele disposto aos alunos com necessidades educacionais especiais, mas a ideia de que este deve ser reestruturado para que não seja substitutivo do direito ao acesso ao ensino comum e regular (FÁVERO, 2007).

A partir das premissas elencadas é possível coligir não ser mais possível, tanto para a escola privada, mas, mais importante ainda, à escola pública, recusar a matrícula de um aluno com deficiência, ou ainda cobrar taxas – sendo que estas são consideradas totalmente abusivas – sob o discurso de que não tem condições de receber o aluno ou que precisará de mais aportes financeiros para assisti-lo. Tais práticas podem levar à punição pelo crime de discriminação, previsto no Estatuto.

E então como seria possível essa educação inclusiva? Importante questionamento a ser feito, de igual modo, é como essas escolas de ensino regular podem se reestruturar para receber alunos com deficiência?

Em que pese, no Brasil, o acesso à educação de indivíduos com necessidades educativas especiais ser garantido por diversas normas, apenas o acesso ao ensino regular não satisfaz por si só a ideia de inclusão, e é preciso a compreensão do desenvolvimento do processo de reconhecimento de aprendizagem (CRUZ, 2014).

O ensino regular, em sua maioria, é falho, por diversos aspectos, em incluir pessoas com deficiência, dentre os quais se destacam o elevado número de alunos por sala de aula, visão equivocada do processo de avaliação e despreparo dos professores e outros profissionais. Outros fatores como políticas nacionais, distribuição de renda e acesso a bens materiais e culturais também contribuem para falha sistêmica. (CRUZ, 2014).

A mudança, para uma real inclusão, vai além, portanto, de um sentido arquitetônico ou estrutural, exigindo uma prestação de serviços especializados que sejam consonantes com as singularidades dos alunos atendidos, sendo necessários profissionais que saibam compreender a individualidade, as limitações e estimular as potencialidades dos sujeitos.

Nesse aspecto as ações afirmativas são instrumento importante e que é plenamente passível de utilização, dado que o próprio texto da Constituição Federal de 1988 prevê importantes dispositivos que reproduzem o anseio pela efetivação da igualdade material, consagrando entre seus objetivos basilares, a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais e promoção do bem-estar coletivo, sem discriminação, como previsto no art. 3º, I, III e IV do Texto Constitucional, prevendo, ainda, expressamente para as mulheres e para as pessoas com deficiência a possibilidade de consecução de ações afirmativas (PIOVESAN, 2008).

As ações afirmativas, sob esse viés, são meios de tratamento especial ou diferenciado que priorizam ou dão preferência a grupos que são vulnerabilizados socialmente e visam, portanto, facilitar o acesso a direitos que são inerentes às pessoas com deficiência.

Assim, importante é debater os questionamentos formulados através da ótica das ações afirmativas, enquanto forma de discriminação positiva, apresentando-se tal modelo como o que melhor representa a igualdade e distribuição equitativa dos recursos existentes no seio social, sendo uma estratégia de uso mandatário para a realização de uma distribuição de oportunidades e direitos igualitária efetiva (BRITO FILHO, 2016).

Corroborando tais afirmações, tem-se o entendimento de Piovesan (2006, p. 40):

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.

Impende destacar entretanto que, tais ações não devem ser visualizadas a partir de uma perspectiva de “justiça compensatória”, ou seja, programas que existam com o fito de sanar anos de discriminação e exclusão social de determinados grupos vulnerabilizados socialmente, mas sim, com o viés de proporcionar o gozo e acesso efetivo a bens e direitos fundamentais inerentes a esses grupos, não pelo seu sofrimento secular, e sim, enquanto conduta necessária à preservação da dignidade da pessoa humana, com todos os direitos básicos a ela inerentes.

Isso porque é necessário que a sociedade pare de pensar em uma perspectiva de anormalidade, para uma real aceitação do que é diferente, evitando-se processos de segregação (CRUZ, 2014), e mudando a mentalidade de compensação, para uma de reconhecimento do diferente e da necessidade de que este possua igualdade de direitos com os demais, possibilitando adoção de medidas que proporcionem esse alcance.

Nesse cenário é possível consolidar políticas de inclusão, dentre elas as ações afirmativas, no sentido de garantir proteção jurídica dos integrantes dos grupos vulnerabilizados, dentre eles, as pessoas com deficiência, para que possam ser criadas condições adequadas para o livre exercício de direitos e bens, em igualdade de condições aos outros membros da sociedade (BRITO FILHO, 2014).

Encerrando esse tópico, é importante lembrarmos que, no caso da educação, as medidas a serem adotadas alcançam todo o espectro do ensino, indo desde os níveis mais baixos até o ensino superior. É que se deve pensar nas pessoas com deficiência a partir de todas as suas potencialidades, e isso vai desde a aprendizagem mais básica, até o conhecimento mais complexo, sendo impensável estabelecer qualquer limite prévio.

Essas ações, todavia, não encerram as que são necessárias. Como veremos no subitem a seguir, há uma questão que interfere diretamente na vida das pessoas com deficiência, e isso deve ser objeto de consideração.

3.2. Acessibilidade, pessoas com deficiência e educação

O combate à discriminação, a partir dos modelos acima delineados, até o das ações afirmativas, discutido no subitem imediatamente anterior, todavia, não garante em todos os casos às pessoas com deficiência o gozo de direitos em condições de igualdade. É que, para os integrantes desse grupo vulnerável nem sempre é possível, somente reprimindo a discriminação, e/ou criando normas mais favoráveis de acesso a recursos valiosos, garantir a plena igualdade.

Suas limitações, das mais variadas ordens, são comumente uma barreira para o exercício de seus direitos, pois, a forma como a vida em sociedade está organizada, assim como os ambientes em que a vida se desenvolve, constituem obstáculos para esse exercício de direitos¹⁴.

Para as pessoas com deficiência, então, é preciso mais que reprimir a conduta discriminatória e/ou discriminar positivamente para que possam usufruir dos recursos à sua disposição; é preciso que elas tenham acesso aos diversos espaços onde poderão usar esses recursos.

Para isso, a primeira ideia que vem à mente é a da acessibilidade, ou, no caso específico, do acesso das pessoas com deficiência aos diversos espaços que caracterizam a vida em sociedade. Importante, para que isso ocorra, respeitar o que se convencionou chamar de “desenho universal” que, para a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme o artigo 2, “significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico”, sem excluir as ajudas técnicas indispensáveis a determinadas pessoas. Importante, também, ter a consciência da importância de se terem todos os recursos à disposição de todos, eliminando outro tipo de barreira, que se tem convencionado denominar de atitudinal, já mencionada por nós acima, e que tem relação, especialmente, com a discriminação.

Essa ideia de acesso a recursos, relembremos, pode conter pelo menos dois sentidos: de inserção e de inclusão.

14 O Informe Mundial sobre la Discapacidad (2011, p. 4), indica a respeito que, “[l]os ambientes inaccesibles crean discapacidad al generar barreras que impiden la participación y la inclusión”.

Na primeira, a inserção, também denominada de integração, as ações são adotadas no sentido que vai da pessoa com deficiência para o meio, ou seja, são pensadas formas de possibilitar à pessoa com deficiência o acesso aos diversos ambientes humanos, independentemente de como são construídos.

Na segunda, a inclusão, que é considerada hoje a forma preferencial, o sentido, pode-se dizer, é o inverso. Pensa-se no meio de forma que ele seja construído de maneira que seja acessível para todos, o que inclui as pessoas com deficiência; isto é o que se denomina de ambiente inclusivo.

A própria noção de desenho universal, acima referida, leva em consideração a concepção prevalecente de inclusão social, definida por Sasaki (1997, p. 41), em noção que está focada nas pessoas com deficiência “como o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade”, devendo ser lembrada a ressalva da própria Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de que isso não exclui práticas localizadas, voltadas a pessoas e/ou grupos específicos, por meio das chamadas ajudas técnicas.

Deve ser feita, ainda, outra ressalva: a de que a ênfase dada acima ao acesso ao meio físico não esgota a noção de que a inclusão ocorre, também, quando a sociedade elimina as barreiras atitudinais ou comportamentais erguidas contra o exercício dos direitos pelas pessoas com deficiência.

O que é importante é possibilitar o acesso das pessoas com deficiência a todos os espaços, aqui entendidos em sentido amplo, tendo em mente que essa é conduta imprescindível para que seus direitos sejam assegurados, qualquer que seja o modelo de combate à discriminação adotado.

Um desses espaços, talvez o mais importante, pois ele é pressuposto para o acesso a uma infinidade de outros bens valiosos — dentre eles o trabalho — para a consecução da maioria dos projetos de vida, seja o da educação e, aqui, há um debate intenso a respeito de que tipo de educação deve ser garantido.

É que, não obstante se venha optando fortemente pela denominada educação inclusiva, em detrimento da educação especial, essa questão não é tão simples¹⁵.

Luna e outros (2007, p. 49-50), a propósito, registram que a Subcomissão de Peritos da ONU para discutir as questões relativas às pessoas com deficiência entendeu que se deveria partir da ideia de educação inclusiva, embora deixando aberta a possibilidade de haver a educação especial, mas com a preocupação de que esta não acabe se tornando uma causa de exclusão.

Já a OMS, em seu Informe (2011, p. 231 e 256-257), posiciona-se pela educação inclusiva, entendendo que, caso seja necessário prestar serviços especializados, que estes ocor-

15 Entendendo esses termos, a educação inclusiva é feita nos ambientes regulares de ensino, enquanto a educação especial é feita em ambientes próprios.

ram dentro das unidades de ensino regular, com o aumento dos investimentos em infraestrutura e pessoal, principalmente, garantindo-se o apoio necessário às crianças com deficiência, mas, ao mesmo tempo, impedindo-se que sejam afastados dos demais alunos.

E essa é a concepção que se pode extrair do artigo 24, 1 e 2, da convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ficando claro que a educação inclusiva é a opção adotada, e que os apoios para aqueles que tenham necessidades especiais devem fazer parte da educação proporcionada nos ambientes regulares de ensino.

Acreditamos, todavia, que a Convenção, no mencionado item 2, letra “e”, que dispõe que “Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena”, abre a possibilidade de haver, desde que sempre tendo em mente a inclusão plena, parte do aprendizado em ambiente especial. É que, não podemos esquecer que, em certos casos, isso (apoio individual) será conveniente, e até indispensável, em casos mais limitados ainda, para que a pessoa possa desenvolver melhor as habilidades necessárias ao seu aprendizado, e, seguramente, é este o objetivo desejado.

O que importa é que a forma encontrada seja a mais apropriada para cada pessoa, singularmente considerada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrando esse texto, não temos a intenção de recuperar as ideias apresentadas ao longo dos itens, mas sim de fazer a necessária relação entre o que foi especialmente discutido: a educação e as pessoas com deficiência, com o que moveu toda a discussão, que é a relação desse direito (à educação) com a oportunidade de trabalho para trabalhadores com deficiência.

Como indicado na introdução, as pessoas com deficiência têm encontrado uma série de dificuldades para ingressar no mercado de trabalho, e algumas delas têm relação direta com a sua condição — de serem pessoas com deficiência —, mas, que não têm relação somente com a situação atual, como a desconfiança em relação à capacidade delas de prestar serviços com qualidade, ou como a existência de barreiras arquitetônicas que impedem sua acessibilidade plena, e sim com uma situação pretérita, como é o caso da qualificação.

E aí entra a educação. Excluídas desde a mais tenra idade do acesso a bens valiosos para a vida, qualquer que seja o projeto de vida, as pessoas com deficiência vão acumulando um enorme déficit em relação a diversos direitos. Na educação isso fica absolutamente claro, pois aí há uma dependência muito grande de terceiros, mormente em se tratando desse direito de um direito social, de natureza prestacional.

E, nesse caso, a falta de concessão em níveis adequados desse direito produz malefícios que vão para além dele, pois a educação é base para a atuação das pessoas na vida em

sociedade, e no caso do trabalho, como já notoriamente comprovado, forma qualificada de acesso a esse ambiente.

Pensar na inclusão social pelo trabalho das pessoas com deficiência, então, é ter de pensar em sua qualificação para o trabalho, e não somente para trabalhos menos qualificados, que exigem baixa formação, e sim pensar em todas as situações possíveis, o que inclui cargos e funções que exigem uma alta escolaridade, pois para eles as pessoas com deficiência também podem ser aptas, bastando que se criem as condições para possam buscar essa formação, tendo o mesmo acesso que já é garantido, de fato e de direito, aos não pertencentes aos grupos vulnerabilizados.

Esse um caminho a trilhar, de forma integrada, por todas as instituições que cuidam da questão, talvez com mais intensidade, rompendo um ciclo de exclusão que teima em se manter presente.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4 ed. Brasília – Brasil: Secretaria de Estado dos Direitos Humanos - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Disponível em http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Discriminação no trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Ação afirmativa e inclusão dos trabalhadores com deficiência ou reabilitados: atuação do Ministério Público do Trabalho. Brasília, Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XXI, n. 41, p. 252-264, março/2011.

_____. Assegurando o gozo dos direitos em condições de igualdade: direitos humanos das pessoas com deficiência – contexto geral. In BELTRÃO, Jane Felipe e outros (Coord.). Direitos humanos dos grupos vulneráveis. Barcelona - Espanha: Dhes. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, 2014. Disponível em <http://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/serie2.html>.

_____. Ação afirmativa: alternativa eficaz para a busca da diversidade no trabalho pelo Ministério Público do Trabalho. In: Élisson Miessa; Henrique Correia. (Org.). Estudos aprofundados MPT - Ministério Público do Trabalho. 3. ed. Salvador - BA: Editora JusPODIUM, v. 1, p. 831-849, 2015.

_____. Ações afirmativas. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2016.

CRUZ, Talita. Autismo e Inclusão: experiências no ensino regular. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

Fávero, Eugênia Augusta Gonzaga. O direito a uma educação inclusiva. In: GURGEL, Maria aparecida e outros (Org.). Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

GOFFMAN, Erving, Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed, Tradução de Márcia Bandeira de Mello Nunes, Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

LUNA, Miguel Ángel Cabra de, e outros (Coord.). Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas. Madrid – España: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 2007.

MACHADO, Clarita Franco de. Manual básico para la integración normalizada de personas con discapacidad em las instituciones de formación profesional. Montevideo – Uruguay: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales

(IMSERSO), OIT, Cinterfor, Red Iberoamericana de Cooperación, 1998. Série Integración normalizada em la formación para el trabajo: um proceso de inclusión social.

MAURO, Fádía Yasmin Costa. Ações Afirmativas como instrumento de inclusão na educação para pessoas com deficiência. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Sociais e Empresariais. E-ISSN: 2525-9903, Brasília, v.3, n.1, p. 01-17, jan/jun. 2017

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe mundial sobre la discapacidad. Suiza – Ginebra: OMS, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. Revista USP, São Paulo, n.69, p. 36-43, março/maio 2006. Disponível em: <www.periodicos.usp.br/revusp/article/download/13511/15329>.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no brasil: Desafios e perspectivas. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 16(3): 424, setembro-dezembro/2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000300010/9142>.

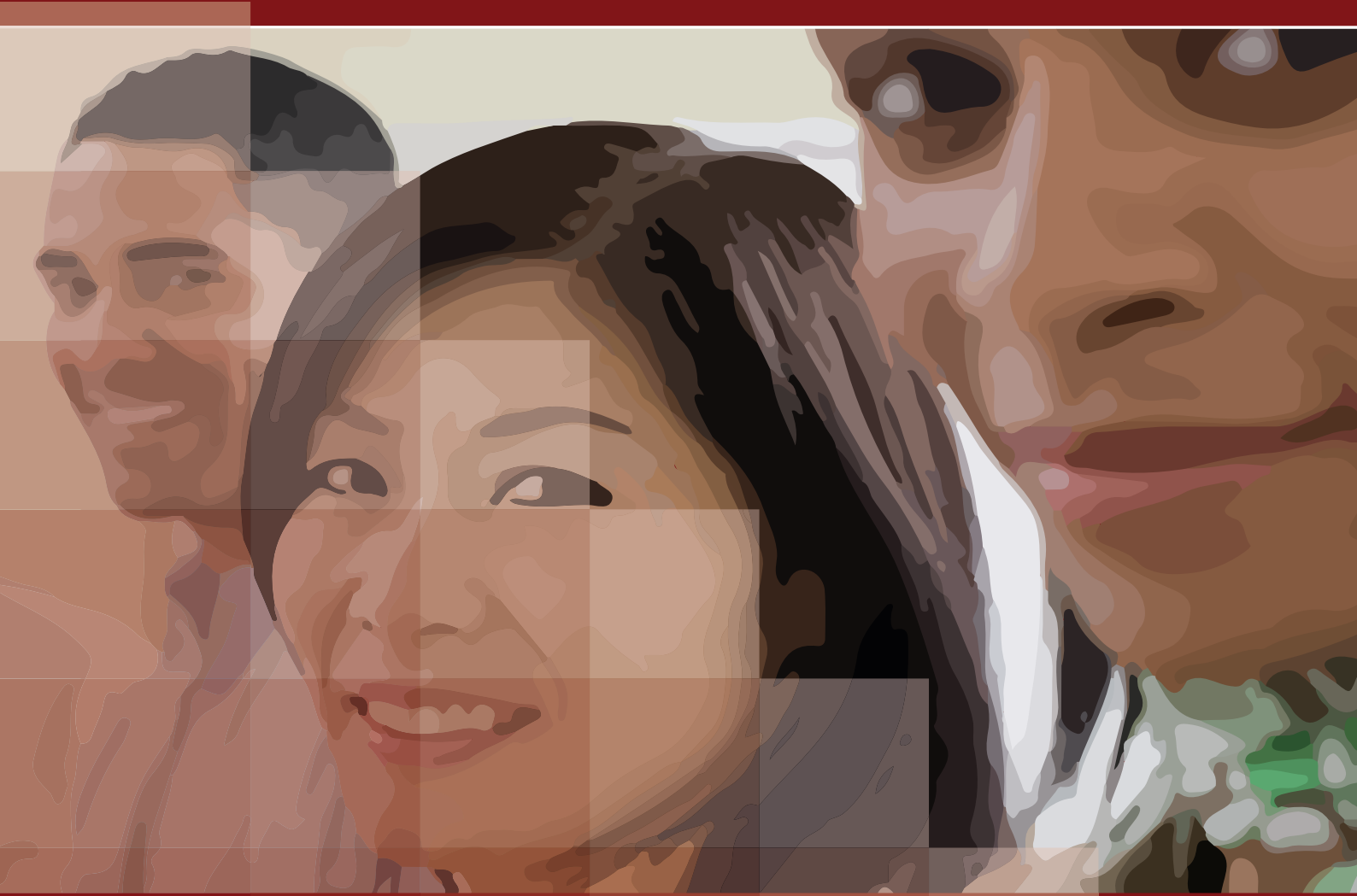
RODRIGUES, Aroldo Psicologia social. 17 ed, Petrópolis: Vozes, 1998.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: construindo uma sociedade para todos. 3 ed. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SÉGUIN, Elida. Minorias. In SÉGUIN, Elida (Coord.). Direito das minorias. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VELHO, Gilberto. Desvio e divergência: uma crítica da patologia social. 5 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

WUCHER, Gabi. Minorias: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.



DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Vilma Leite Machado Amorim

1. INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 consagra o princípio da não discriminação no seu preâmbulo, quando exorta a existência de uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos, justa e solidária, com vistas à cidadania de homens e mulheres.

O legislador constituinte traçou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV, da Constituição da República de 1988), bem como direitos e garantias fundamentais que, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (art. 5º, inciso I, da CF/1988).

O princípio da igualdade tem como vertente negativa o chamado princípio de não discriminação, pois dele decorre o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sendo que a não discriminação expressa um momento é posterior ao da afirmação da igualdade, nas palavras de Adriane Reis de Araújo.¹

2. DOS CONCEITOS

Para a Organização Internacional do Trabalho, conforme definição dada pela Convenção nº 111, ratificada pelo Brasil no ano de 1968 e cristalizada no Decreto nº 62.150/1968,² discriminação no trabalho compreende:

a) toda a 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;

1 ARAÚJO, Adriane Reis de. Dilema da diferença e a jurisprudência do TST diante do adoecimento do trabalhador. In : Revista do Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso do Sul. – V. I, n. 1 (abr. 2007)-. – Campo Grande: PRT 24ª, 2007, p. 18.

2 BRASIL. (Decreto nº 62.150/1968) . Artigo 1º - (...)

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

3- Para fins da presente Convenção as palavras «emprego» e «profissão» incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

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

Essa Convenção é um marco histórico, pois além de fundamentar o conceito de discriminação como sendo exclusão, distinção ou preferência, é tida, ainda hoje, como a mais importante norma internacional para o âmbito das relações de trabalho e emprego, segundo Maria Aparecida Gugel:

Tem-se a Convenção n. 111/OIT como a mais importante regra internacional, não só por ter sido a primeira do gênero, mas também porque está vigente para o âmbito das relações de trabalho e emprego e compromete o Estado-membro para a formulação e aplicação de uma política nacional de ação afirmativa que promova, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.³

Não menos importante é a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, aprovada pela Organização das Nações Unidas, em 1979, ratificação no plano internacional em 03 de setembro de 1981. No Brasil, a Convenção da ONU foi promulgada inicialmente pelo Decreto Legislativo n.93, de 1983, e, posteriormente, pelo Decreto n.4. 377, de 2002.

Estevão Mallet, de forma objetiva, traz à baila detalhes dessa norma:

A Convenção resultado de mais de 30 anos de trabalho da “ United Nations Commission on the Status of Women”, enfrenta a discriminação contra mulher no mais variados planos, entre os quais vida política e pública (Art.7º), representação política (Art.8º), nacionalidade (Art.9º), educação (Art.10), saúde (Art.12), legislação (Art.15), vida familiar e casamento(Art.16). Da discriminação contra mulher no trabalho ocupa – se o Art.11. nele se determina a adoção, pelos Estados – Partes, de todas as medidas apropriadas para “eliminar a discriminação contra mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres os mesmos direitos em particular: a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano; b) O direito às mesmas oportunidade de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego; c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de ser-

3

GUGEL, Maria Aparecida. Reserva em concursos públicos: ação afirmativa visando a igualdade de oportunidades para negros, pretos, pardos. In: Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria- Geral do Trabalho – Ano XXII, n. 44 (set., 2012 – Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho), 2012, p. 293.

viços e o direito ao acesso à formação e à atualização profissional, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativo a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho; e) O direito à seguridade social em, particular em casos de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito de férias pagas; f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho inclusive a salvaguarda da função de reprodução.⁴

A União Europeia tratou do tema em sua Constituição, determinando igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração, conforme disposto no artigo II-83. Vale mencionar, também, a Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 1998, que cuida da não discriminação, nos primeiros artigos.⁵

Vários doutrinadores e estudiosos do tema apresentam conceitos acerca de discriminação. Passa-se, neste momento, a apresentação de alguns deles.

Para Alice Monteiro de Barros, “a palavra discriminação é de origem anglo-americana; do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção.”⁶

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca afirma que:

A palavra discriminação revela, no vernáculo, diversos sentidos mas o direito, mormente o internacional, como vimos, construiu sentido específico que implica exclusão ou preferência preconceituosas, conscientes ou inconscientes, expressas ou tácitas, de pessoa ou de grupo específico, por motivos étnicos ou raciais, de gênero, de origem, de características físicas, de opção sexual, além de outros tantos, mas a discriminação também é constantemente utilizada como um recurso compensatório, positivo, por meio do qual a lei ou o Judiciário municiam com instrumental jurídico pessoas ou grupos de pessoas historicamente vitimadas pela discriminação negativa, como se vê nas diversas convenções internacionais já estudadas e outras.⁷

Para Joaquim Barbosa Gomes:

Nas suas múltiplas manifestações, a discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva das diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio. Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valo-

4 MALLETT Estêvão. Op. cit., p. 27.

5 Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 1998. Art. 1º, n. 1- Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes.

6 BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira, (Coord.). Discriminação – 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 61.

7 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006, p.157.

rizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio. 8

Nesse sentido, Egídia Maria de Almeida Aeixe leciona:

*O ato de discriminar compõe-se, antes de tudo, de uma generalização dos atributos extrínsecos das pessoas de um grupo como sinônimos de uma ou mais qualidades vistas como negativas. O efeito é a negação da individualidade de cada componente do grupo e sua dissolução em um todo imaginário, que recebe uma categorização estigmatizante a partir dos valores daquele que discrimina.*⁹

Nessa toada, Paulo Jakutis assevera:

*Discriminação é a distinção, intencional ou não, entre pessoas ou grupos em situações semelhantes, sem uma justificativa aceita pela sociedade, que redunde no prejuízo, de qualquer ordem, imposto a determinada pessoa ou grupo, ou no favorecimento indevido de outros*¹⁰.

Sobre o assunto, Estevão Mallet, questiona e responde:

*Afinal, o que é a discriminação senão a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável? Nada mais do que isso. Discriminação supõe desigualdade. Não qualquer desigualdade, como será visto mais adiante, mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões então vigentes. Por isso, se justiça relaciona-se com igualdade, e igualdade repele discriminação, discriminação é também a negação da justiça ou, simplesmente, “une différence injuste.”*¹¹

Demonstra-se, assim, que a doutrina trata da discriminação como exclusão. Discriminar, em sentido neutro, significa distinguir ou diferenciar. Porém, pode possuir conotação negativa, ou seja, da que desfavorece a pessoa ou o grupo de pessoas unidas por um traço comum, sem motivo razoável.¹² Já o preconceito, enquanto atitude interior do indivíduo ou grupo, ou uma ideia preconcebida acerca de algo ou alguém, pode conduzir à discriminação, vez que essa é a materialização, exteriorização daquele.

Nas palavras de Vera Lúcia Carlos, “o preconceito é uma reação individual, enquanto o estereótipo é, predominantemente, um produto cultural, que se relaciona diretamente com o meio social, normalmente aprendido na infância.”¹³

Nesse passo, Adriane Reis de Araújo, tratando dos dilemas das diferenças, ensina:

8 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade, RJ, Renovar, 2001, p.18.

9 AIEXE, Egídia Maria Almeida. Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça discriminação. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). Discriminação. São Paulo: Ltr, 2000, p. 94.

10 JAKUTIS, Paulo. Manual de estudo da discriminação no trabalho. São Paulo : LTr, 2006, p. 41.

11 MALLET Estevão. Op. cit., p. 20.

12 GOSDAL, Tereza Cristina. Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Genesis, 2003, p. 92.

13 CARLOS, Vera Lúcia. Discriminação nas relações de trabalho. – São Paulo: Editora Método, 2004. p. 30.

A valoração da diferença no seio social, sem maiores reflexões, gera estereótipos e preconceito. Estereótipo é o lugar-comum, a idéia preconcebida resultante da falta de conhecimento efetivo sobre o tema. É o rótulo com que se costuma classificar certas pessoas no seio da sociedade e se expressa principalmente por meio de anedotas, contos populares etc. Já o preconceito é o julgamento prévio, favorável ou desfavorável, concebido sem exame crítico, ou maior conhecimento, ponderação ou razão, que se faz sobre o indivíduo. Normalmente vincula-se à idéia de preconceito a julgamento negativo.¹⁴

Nessa linha de pensamento, Egídia Maria de Almeida Aeixe trata do preconceito:

O primeiro ingrediente na fórmula da discriminação chama-se preconceito ou pré-juízo. Tem sido entendido como um sentimento ou uma emoção negativos de um ou mais indivíduos, algo ou alguém a priori, ou seja, antes de conhecer. Mas o preconceito vai além de uma simples questão de emoções e sentimentos: ele é fruto dos valores e crenças que uma pessoa adquire, no seu processo de formação, e pode carregar ao longo da vida.

(...)

O preconceito expressa um olhar de condenação, de censura ou de rejeição por algo que componha o ser, as características intrínsecas ou extrínsecas, ou uma conduta de outrem. Pressupõe julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou uma mistificação. Preconceito e discriminação não são, porém, sinônimos; o primeiro precede o último. Este “julgamento”, pretensamente racional e objetivo, revela, muitas vezes, dificuldade de lidar com a diferença e a alteridade, o que pode gerar ódio, prepotência ou indiferença. O conteúdo desse “julgamento” mostra, portanto, mais do(a) próprio(a) autor(a) da discriminação que daquele que foi por ele(a) discriminado(a).¹⁵

Imperativo observar que são marcantes na discriminação duas características, quais sejam: a presença, a priori, de preconceito e a possibilidade de a sua exteriorização gerar prejuízos a uma pessoa ou grupo.

Ressalte-se, porém, que é possível a discriminação, segundo Thereza Cristina Gosdal, citando Hédio Silva Júnior, “quando houver correlação lógica com a norma de conduta e com os valores constitucionais. A finalidade da diferenciação deve ser acolhida pelo direito, destinada a promover a igualdade real.”¹⁶

Nesse diapasão, Estevão Mallet esclarece:

Se o critério é legítimo, não há discriminação; há mera diferenciação, válida e aceitável. Pode-se continuar com a reflexão relativa ao gênero como crité-

14 ARAUJO, Adriane Reis de. Dilema da diferença e a jurisprudência do TST diante do adoecimento do trabalhador. Revista do Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso do Sul. Campo Grande: PRT 24^a, 2007, p.16.

15 AIXIE, Egídia Maria de Almeida. Op. cit., p. 184.

16 GOSDAL, Thereza Gosdal. Op cit. p. 94.

rio de diferenciação. Em princípio, não se pode adotar o gênero como parâmetro limitativo para a admissão, seja para preterir trabalhadores, seja para preterir trabalhadoras. Qualquer um percebe, porém, que, a proposição não se reveste de valor absoluto. Há situações em que manifestamente o gênero pode, sim, ser adotado para excluir a admissão de certos pretendentes, diante “da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto de sua execução”, para repetir a fórmula do art. 23, n. 2 do Código do Trabalho de Portugal. Para exercer a função de manequim de roupas íntimas masculinas é evidentemente legítimo considerar apenas a admissão de homens, excluindo-se as candidatas do sexo feminino.¹⁷

Nessa linha de pensamento, Luis Roberto Barroso entende que há hipóteses nas quais as desigualdades são juridicamente toleráveis e o elemento discriminatório deve ser “relevante e residente nas pessoas” que estão sendo diferenciadas; deve haver adequação entre meio e fim; deve ser necessária a desigualdade para a realização do objetivo visado; deve haver proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrificado; por fim, o meio empregado e o fim buscado devem ser compatíveis com os valores constitucionais¹⁸.

Note-se o que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

*Para que um **discrímen** legal seja convivente com a isonomia, é necessário que concorram de quatro elementos:*

a) que a desigualdade não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas desiguaradas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;

c) que existia, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.¹⁹

Vale dizer, fora dos parâmetros acima a prática de conduta discriminatória, fere frontalmente a Lei Maior de 1988.

17 MALLETT Estêvão. Op. cit., p. 90.

18 GOSDAL, Thereza Gosdal. Op. cit., p. 94.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: editora Malheiros. 2011, p. 41.

3. DA CLASSIFICAÇÃO

Na doutrina existem várias classificações de discriminação. Porém, observa-se, de pronto, aquela que esclarece o seu significado pela denominação, ou seja a direta, a indireta e a oculta.

Vera Lúcia Carlos, sobre a classificação, esclarece:

*A conduta discriminatória pode se dar de forma direta ou indireta. A discriminação direta ocorre quando se estabelece um tratamento desigual fundado em razões arbitrárias e desmotivadas. Já a discriminação indireta acontece quando se confere um tratamento formalmente igual, mas que, no resultado, se traduz em efeito diverso sobre determinados grupos, acarretando a desigualdade; esse tipo de discriminação consiste em uma regra neutra à primeira vista e que se aplica igualmente a todos os empregados, mas que produz efeito discriminatório para um empregado ou um grupo de empregados. A intenção discriminatória aparece sempre na discriminação direta, mas não na indireta.*²⁰

Adriane Reis Araújo faz a distinção entre esses tipos de discriminação:

A discriminação direta é o tratamento desigual fundado em razões proibidas. A discriminação indireta aquela aparentemente fundada em normas neutras, mas que produz um efeito prejudicial sobre determinado grupo. Já, na discriminação oculta existe a intenção de discriminar direta, disfarçada sobre outro motivo.

*Tanto na discriminação direta como na oculta há a intenção do sujeito ativo de discriminar. Na primeira (direta), há direto vínculo causal entre a ação e o motivo ilícito, pois o critério elegido é a raça, sexo, idade, religião etc. Na segunda (oculta) espécie, afastado o falso fundamento, revela-se o motivo determinante proibido.*²¹

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros afirma que:

A discriminação manifesta-se de forma direta ou indireta. A primeira pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas, enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. 22

Nos ensinamentos de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, a discriminação direta caracteriza-se por práticas intencionais e conscientes que acarretem prejuízos, exclusões, que anulem direitos de pessoa ou de grupo de pessoas determinado. Já quanto à discriminação indireta, o citado autor traz à baila a definição dada pela da Suprema Corte Canadense, como “uma regra neutra à primeira vista e que se aplica igualmente a todos os empregados, mas

20 CARLOS, Vera Lúcia. Discriminação nas relações de trabalho. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 32.

21 BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). Discriminação. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 62.

22 Ibidem, p.62.

que tem efeito discriminatório por um motivo proibido para um só empregado ou um grupo de empregados. ”²³

Acrescenta o autor acima citado:

*O estudo da discriminação indireta assume particular relevância, uma vez que se torna muito freqüente, nos dias de hoje, a adesão, pelo menos aparente, aos preceitos contrários à discriminação. Dificilmente alguém assumiria uma intenção declarada, contrária a qualquer grupo social, tendo em vista a larga divulgação das conquistas antidiscriminatórias que refletem, no senso comum, a compreensão de que as minorias merecem acolhimento.*²⁴

Ainda sobre as mazelas da discriminação indireta, Bernardo Mata Schuch esclarece:

Neste eito, e especialmente no Brasil, país que ostenta esse saboroso caráter mestiço (talvez a maior mescla racial do planeta) e que tem adotado o sistema da auto-referência racial (declaração), a discriminação muitas vezes é sutil, perversa.

Dificilmente chegam aos nossos Tribunais casos de discriminação direta, em que são adotadas abertamente pelos empregadores distinções fundamentadas em critérios proibidos, de fácil percepção, tais como a vedação expressa de contratação de negros, mulheres, idosos, portadores de deficiência, homossexuais ou mesmo praticantes de determinada religião.

*O maior problema é mesmo a discriminação indireta, seja ela na forma velada ou enquanto causadora de um impacto desproporcional (discriminação indireta de fato). A primeira espécie caracteriza-se pela dissimulação. Adota-se, por exemplo, um critério meramente neutro ou subjetivo (entrevista) para seleção de candidatos ao emprego, pelo qual pessoas suficientemente qualificadas deixam de ser contratadas. Pode ser imperceptível inclusive às pessoas que estão sendo discriminadas.*²⁵

Há, ainda, a chamada discriminação oculta:

*Será oculta, por exemplo, a discriminação que decorrer da decisão empresarial de contratar apenas membros de uma determinada religião. A jurisprudência estadunidense considerou oculta a discriminação ocorrida em uma escola na qual o número de professores negros acusava-se sensivelmente inferior ao de professores brancos, mesmo em se considerando que a escola atendia a um número expressivo de alunos negros.*²⁶

Insta esclarecer que, no caso da forma direta, a discriminação é explícita, como ocorre nos casos dos anúncios discriminatórios, nos quais há intenção de excluir determinado grupo ou pessoas. Na forma indireta, resulta de legislação, regulamento empresarial, medi-

23 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Op. cit., p. 159.

24 Ibidem, p. 160.

25 SCHUCH, Bernardo Mata. Op. cit., p. 63.

26 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Op.cit, p. 161.

das administrativas, que pressupõem situação de desigualdade já existente. Já a oculta, há intenção velada de discriminar, seja em razão de religião, de sexo, de cor, diferentemente da indireta, que não está presente a intencionalidade do autor.

Se a discriminação direta de gênero é tema que já não traz à baila muita polêmica no mundo acadêmico e jurídico, a indireta, por seu turno, tem na sua negação o maior obstáculo, inexistindo, muitas vezes, o reconhecimento dessas manifestações por parte das empresas, do Poder Judiciário e da sociedade civil.

Discorrendo acerca do tema, Adriane Reis de Araújo faz uma acurada análise:

A discriminação indireta é a que desperta maiores questionamentos. Aqui é irrelevante a intenção do sujeito ativo de discriminar, sendo suficiente a comprovação do resultado negativo para determinado grupo, o qual não está pautado em nenhuma justificativa legal. Nessa hipótese são aceitos como prova simples dados estatísticos. Para se esquivar dessa situação, o empregador deverá comprovar a necessidade real da conduta adotada ou então a existência de providências alternativas. Necessidade real, segundo o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, é “uma exigência efetiva para a empresa e a que seja idônea e necessária para a consecução dos objetivos estabelecidos”. Segundo a jurisprudência americana, a exigência de necessidade real “pode ser relaxada somente quando a medida de efeito adverso ocorrer em trabalhos que afetem à saúde e a segurança públicas”. As medidas alternativas ou acomodação razoável pode ser conceituada como “a alegação de que (o empregador) se esforçou por acomodar os empregados atingidos pela medida apontada como indiretamente discriminatória até o ponto em que isto não lhe acarrete constrangimento excessivo.”²⁷

Em conformidade com a doutrinadora citada, a discriminação indireta²⁸ está “relacionada com situações, regulamentações ou práticas aparentemente neutras, mas que, na realidade, criam desigualdades em relação a pessoas que têm as mesmas características.”²⁹ Essa, sem conflitos abertos, caracteriza-se pela maior dificuldade de ser identificada, sendo esse tipo a que gera as piores consequências, pois pretere grupos mais vulneráveis, a exemplo do de mulheres, sem, muitas vezes, deixar rastros.

Além dos tipos de discriminação acima explicitados, direta, indireta e oculta, existem na doutrina outras classificações, a exemplo daquela feita por Eva Saldaña Valderas, ou seja, discriminação vertical e horizontal:

27 ARAÚJO, Adriane Reis de. Op. cit., p. 20.

28 A discriminação indireta foi acolhida pelo Tribunal de Luxemburgo pela primeira vez em 13 de maio de 1986 (C-170/84). No direito americano, a decisão pioneira foi proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Griggs C. Duke Power, em que se afastou a aplicação de testes de aptidão e exigência de diplomas de estudos para o emprego policial, pois, além de serem injustificados, resultavam na exclusão desproporcional dos negros. Vide ARAÚJO, Adriane Reis de. Dilema da diferença e a jurisprudência do TST diante do adoecimento do trabalhador. Revista do Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso do Sul. – V. I, n. 1 (abr. 2007)-. – Campo Grande: PRT 24ª, 2007. p. 20.

29 ARAÚJO, Adriane Reis. Op. cit., p. 83.

La discriminación vertical se manifiesta a través de sus dificultades en el acceso a los empleos que ocupan altas posiciones en el escafón de las empresas y, vencida esta barrera, de forma específica, en la minusvaloración salarial subsiguiente.

La preterición horizontal muestra como un hecho suficientemente constatable que los empleos ocupados mayoritaria y tradicionalmente por mujeres suelen estar peor remunerados que aquellos que son ocupados predominantemente por hombres.³⁰

Note-se que a classificação acima evidencia a divisão sexual do trabalho, pelo tipo vertical, ou hierárquico, aquele no qual os homens ocupam altos cargos nas empresas e, conseqüentemente, recebem melhores remunerações, e de separação ou vertical, que se caracteriza pelo aspecto produtivo das ocupações dos homens e reprodutivos ou produtivos direcionados para a família, no caso das ocupações das mulheres.

Sobre o assunto, Márcio Túlio Viana leciona:

Em geral as mulheres são faxineiras, secretárias, cozinheiras ou costureiras, ou seja, exercem tarefas não só análogas às que desempenham no lar, mas também tão desvalorizadas quanto estas.

(...)

Numa outra imitação do lar, a mulher ocupa menos posto de chefia; e costuma receber ordens bem mais rigorosas que o homem, como revelam algumas pesquisas. Com frequência, o chefe reproduz o marido. E também como em muitos lares, a mulher se submete mais facilmente, abrindo espaço para que a discriminação se repita e se aprofunde.³¹

Nesse sentido é o pensamento de Daniela Lustoza Marques de Souza Haves, quando trata do mercado de trabalho e discriminação etária:

Dentre os segmentos de trabalhadores considerados vulneráveis, destacam-se as mulheres e os negros, traduzindo as desigualdades culturais existentes entre os homens e mulheres, brancos e negros e refletindo-se nas relações de trabalho mediante a dificuldade de obtenção de postos de trabalho, de proteção previdenciária e de remuneração igualitária para as mesmas funções.³²

Adiante, acrescenta a autora mencionada:

Estrutura-se, ao redor do gênero, a divisão do trabalho remunerado – produtivo – e trabalho doméstico – reprodutivo –, cabendo à mulher e responsabilidade por este. A divisão dentro do trabalho remunerado também é estruturada pelo gênero, com uma concentração maior de homens nas

30 GOSDAL, Thereza Cristina. Op. cit., p. 100.

31 VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar: velhos e novos enfoques. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira (Coordenadores). Discriminação. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 148.

32 HAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”. São Paulo: LTr, 2006, p. 90.

*ocupações e posições mais valorizadas e, às mulheres, as de menor prestígio e competência.*³³

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, referentes ao ano de 2012, confirmam essas assertivas. A distribuição dos ocupados nas atividades foi também relacionada ao sexo. Os dados da participação das mulheres no mercado de trabalho registram sua maior proporção nos serviços domésticos (95,3%).

Gabriela Neves Delgado, tratando dos reflexos no mercado de trabalho da constitucionalização dos direitos trabalhistas, assevera:

Tendência contemporânea está no aumento do trabalho feminino, sobretudo nos trabalhos em domicílio e doméstico e, regra geral, com rebaixamento dos níveis médios de remuneração.

*De certa forma, a pressão exercida pelas mulheres sobre o mercado de trabalho, locus determinante para a “recomposição da renda familiar”, contribui para o aumento do desemprego, porque a estrutura produtiva do País é incapaz de absorver o contingente de mão de obra.*³⁴

Há, ainda, aqueles doutrinadores, a exemplo de Vera Lúcia Carlos, que trazem a classificação em discriminação negativa e positiva:

A discriminação negativa é aquela que não tem por fundamento a adoção de medidas tendentes a diminuir as diversidades sociais e econômicas, limitando-se a acentuar a regra da plena igualdade de todos perante a lei. Trata-se da concepção da igualdade jurídica em sentido subjetivo e pessoal, estabelecendo um desfavor à pessoa discriminada.

*Por sua vez, a discriminação positiva acaba estabelecendo vantagens competitivas para um grupo de pessoas e ocasionando diretamente desvantagens aos demais.*³⁵

Alexandre Vitorino Silva³⁶ classifica a discriminação em dois tipos: intencionais - explícitas e implícitas - e as não intencionais. Nas intencionais explícitas, o critério discriminatório exsurge com nitidez do veículo normativo ou do ato que introduziu a exclusão. Nas intencionais implícitas, o critério discriminatório não é intencionalmente declarado, havendo um desvio de finalidade do legislador, sub-repticiamente, sob o pálio de um critério aparentemente neutro. No que se refere às discriminações não intencionais, também chamada discriminação de fato, decorre da indiferença e postura passiva do poder público a determinados grupos sociais vulneráveis.

Thereza Cristina Gomes manifestou-se sobre discriminação afirmando que:

33 Ibidem, p. 91.

34 DELGADO, Gabriela Neves. Op. cit., p. 19-20.

35 CARLOS, Vera Lúcia. Op. cit., p.32.

36 SILVA, Antônio Vitorino Silva. Direitos a prestação positivas e igualdade. São Paulo : Ltr, 2007.

*Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.*³⁷

E acrescenta-se, não foi somente a OIT que pautou as questões relativas à discriminação. O Código do Trabalho de Portugal, alterado pela Lei nº 23/2012, de 25 de junho, reservou especial atenção à Igualdade e a não discriminação, tendo, inclusive, definido os tipos: direta e indireta, conforme exposto no artigo 23 e reservou uma Divisão (III) para tratar, especificamente, de igualdade e não discriminação em função do sexo.

4. DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

A discriminação de gênero³⁸ apesar de tão antiga quanto a história da humanidade perdura até hoje, nos diversos espaços, inclusive no trabalho, nas mais diferentes formas. A par disso, o ordenamento jurídico está repleto de igualdade jurídica formal e “a igualdade de gênero é, hoje, globalmente reconhecida como um aspecto necessário para garantir o desenvolvimento sustentável e a redução da pobreza para mulheres e homens, melhorando a qualidade de vida para todos e todas.”³⁹

Ressalte-se que far-se-á uso da expressão gênero e não sexo para tratar do tema da discriminação, apesar de quase todas as legislações mencionarem a última expressão. Ocorre que elas não sinônimas, pois quando se fala de sexo, há referência aos aspectos físicos, biológicos do macho e da fêmea. Porém, quando se refere a gênero, verifica-se as relações entre homens e mulheres, que são fruto de uma construção social, cultural e psicológica, relacionadas à feminilidade e à masculinidade, que difere em razão do lugar e da época, variando de uma sociedade para outra, independentemente do aspecto biológico.⁴⁰

A discriminação da mulher no mercado de trabalho, nas lições de Thereza Cristina Gosdal⁴¹ “surge historicamente legitimada por um conjunto de ‘leis’ biológicas e de mercado, consolidadas nas relações de gênero”, o que condiciona tal discriminação à natureza, seja do trabalhador, seja da atividade a ser desenvolvida, desconsiderando-se, assim, os aspectos históricos, sociológicos e antropológicos.

37 GOSDAL, Thereza Cristina, Op. cit., p. 100.

38 O termo gênero é aqui utilizado enquanto construção social e histórica para identificar a diversidade biológica, portanto, mais amplo que o termo sexo.

39 Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/inspecao_completo_922.pdf> Acesso em: 12 jun. 2013.

40 Nessa trilha é a lição de Nicola Lacey, da London School of Economics: Central to these early feminist approaches was a rather sharp distinction between sex and gender, with sex understood as a bodily or biological category, and gender as the socially constructed meaning of sex. Vide: LACEY, Nicola. Feminist Legal Theory and the Rights of Women. In: WOLLESTONECRAFT, Mary. A Vindication of the Rights of Woman. 1988. Carol Poston, New York, W.W. Norton. Disponível em: <<http://plato.traford.edu/entries/feminism-law/>> Acesso em: 03 out. 2012.

41 GOSDAL, Thereza Cristina . Op. cit., p. 83.

As normas relativas à mulher no mercado de trabalho, podem ser identificadas em três fases distintas. A Primeira fase, a partir do final do século XIV, é marcada pelo princípio da proteção do trabalho feminino. A segunda, é caracterizada pela promoção da igualdade formal, já a partir da Segunda Grande Guerra. A atual fase tem destacado as igualdades de oportunidades e direito às diferenças, dando ênfases as ações positivas.

A proteção do trabalho da mulher passou a constituir uma pauta diferenciada, assim, como criança e adolescente, no movimento em defesa da proteção legal do trabalho, antes mesmo da criação da OIT- Organização Internacional do Trabalho, pelo Tratado de Versailles, aprovado pela conferência de paz em 1919⁴². Em 1890, a primeira conferência intergovernamental em Berlim voltada às questões do trabalho apresentou entre seus objetivos a regulação do trabalho da mulher.⁴³

Para Patrícia Tuma Bertolin e Ana Cláudia Andreucci:

*A proteção do trabalho da mulher consta do Preâmbulo da Constituição da OIT, como um dos objetivos da organização. Desde 1919 a OIT vem constituindo um código internacional do trabalho no que concerne ao combate à discriminação no trabalho em todas as suas formas e, em especial, em relação à discriminação da mulher.*⁴⁴

(...)

*Assim, a partir do princípio da promoção da igualdade no trabalho, as normas proibitivas vão cedendo espaço para normas que asseguram condições dignas de trabalho para homens e mulheres e, somente em casos em que se observe uma diferença razoável entre a condição feminina e a masculina, adotam-se normas direcionadas especificamente ao trabalho feminino.*⁴⁵

Após a Segunda Grande Guerra o mundo necessitou combater a discriminação em relação à raça, tendo sido essa que causou o extermínio de milhões de judeus. Os direitos humanos passaram a fazer parte de normas protetivas internacionais.

Vale notar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas (1945), dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade, pois todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Nasce, portanto, um sistema internacional de proteção aos direitos essenciais da pessoa humana, conforme assevera Alice Monteiro de Barros:

42 A Constituição da organização está prevista na parte XIII do Tratado (arts. 387-427), cujos princípios passaram a integrar o Preâmbulo da Constituição da OIT, aprovada na Conferência de Washington no mesmo ano. LOWE, B.E. The International Protection of Labor; International Labor. New York: The Macmillan Company, 1935. p. XXXVIII. p.156.

43 BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins, e ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Organizadoras). Mulher, sociedade e direitos humanos. Homenagem à Professora Dr^a Esther de Figueiredo Ferraz. São Paulo: Rideel, 2010, p. 154 .

44 Ibidem, p. 156.

45 Ibidem, p. 157.

O Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia e cujos objetivos são econômicos, assinalou também objetivos sociais, dentre eles a igualdade de remuneração e tratamento entre homens e mulheres para trabalho igual. E, para tornar efetiva a igualdade de tratamento preconizada no Tratado de Roma, promulgou-se a Diretiva de 9 de fevereiro de 1976 (207/CE), aplicável no setor público e no setor privado. Essa igualdade diz respeito ao acesso ao emprego, formação profissional, promoções e condições de trabalho. A Diretiva refere-se a esta última e também ao acesso e dispensa do emprego. Em seu art. 2º, 1, considera tratamento desigual “toda distinção baseada em sexo, seja diretamente ou indiretamente, por referência, em particular, à situação matrimonial ou familiar”. Abre-se exceção para as atividades nas quais o sexo do trabalhador traduza uma condição determinante (artistas, por exemplo), para medidas relacionadas com gravidez ou parto, e para outras atividades visando a promover a igualdade de oportunidades para as mulheres.⁴⁶

A partir de então, a ONU passou a combater, efetivamente, a discriminação através dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e Culturais (1966). Em 1965, a ONU adotou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968.

A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra Mulheres, de 1974, ratificada pelo Brasil em 1984, define discriminação contra as mulheres como qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em gênero cujo efeito ou propósito seja o de enfraquecer ou anular o reconhecimento ou pleno exercício das mulheres de seus direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou outro qualquer, independentemente de seus estados civis, com base na igualdade entre homens e mulheres.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil é um dos fundadores, as Convenções nºs 11047 e 11148, de 1958, têm como objeto a igualdade de remuneração entre homem e mulher e de discriminação, respectivamente, ambas ratificadas pelo Brasil em 1968, são as primeiras a tratar do tema discriminação de gênero.

Em seu artigo 1º, a Convenção nº 111 declara que todos os seres humanos, sem distinção de raça, crença ou de sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e em igualdade de oportunidade, e define discriminação como toda distinção, exclusão ou preferência fundada em razão de cor, sexo, raça, religião, por exemplo.

46 BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 74.

47 Aprovação pelo Decreto Legislativo n. 33, de 05.08.1965, do Congresso Nacional; b) ratificação em 01 de março de 1965; c) promulgação pelo Decreto n. 58.826, de 14.07.1966; d) Vigência nacional desde 01 de setembro de 1965.

48 Aprovação pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.64; b) ratificação em 26 de novembro de 1965; c) promulgação pelo Decreto n. 62.150, de 19.1.68; d) vigência nacional desde 26 de novembro de 1966.

Nesse diapasão, a OIT, através das Convenções nº 122, que trata de política de emprego, proibindo a discriminação por gênero, e da de nº 159, de 1983, ratificada pelo Brasil em 28 de agosto de 1989, impõe ao Estado o dever de formular e aplicar uma política nacional sobre readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência, política essa baseada no princípio de igualdade de oportunidades.

Observe-se o primeiro caso contencioso internacional contra o Brasil, que analisa à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos a discriminação racial. Tratou-se de conduta irregular baseada em anúncio discriminatório, no qual sexo, idade, raça/cor, estado civil eram requisitos determinantes para aquisição do emprego de doméstica.⁴⁹

Cabe registrar, a Convenção nº 156, sobre trabalhadores com responsabilidades familiares,⁵⁰ foi aprovada em 1981, que trata da “mudança nos papéis tradicionais atribuídos aos homens, de modo que a crescente presença da mulher no mercado de trabalho teria que ser acompanhada pela maior participação masculina na vida familiar e nos afazeres domésticos”.

Tratando sobre o assunto, as autoras citadas asseveram:

A noção de “responsabilidades familiares” está presente na agenda da OIT desde a década de 1960, devido a maior participação das mulheres no mercado de trabalho. Em 1965, foi aprovada a Recomendação nº 123 sobre o emprego de mulheres com responsabilidades familiares. No entanto, essa Recomendação trata dos “problemas enfrentados por mulheres na tentativa de conciliar família e trabalho, sem questionar a maior carga de trabalho doméstico das mulheres.”⁵¹

Vale dizer, a discriminação não terá cabo se não houver uma mudança profunda nos papéis desempenhados por homens e mulheres ao longo da história da humanidade: o primeiro, produtor e a segunda, reprodutora e cuidadora dos filhos, idosos, da família de modo geral. Sem divisão das responsabilidades familiares,⁵² a mulher continuará a não ter igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, ressaltando que no Brasil não existem normas específicas sobre responsabilidades familiares.⁵³

49 Vide CIDH. CASO SIMONE ANDRÉ DINIZ VC Brasil. Petição 12.001, aprovado pelo Relatório 66/06, em 21/11/2006. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes_6880_em_09_05_2009_16_48_09.pdf> .

50 ONU (Convenção 156). Artigo 3º - 1. Cada Estado Membro deve tornar a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento de trabalhadores e trabalhadoras objetivo de suas políticas nacionais, com vistas a possibilitar às pessoas com responsabilidades familiares, que estão trabalhando ou queiram trabalhar, exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas à discriminação e, na medida do possível, sem conflitos entre seu trabalho e suas responsabilidades familiares. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf> .

51 GOMES, Ana Virginia Moreira. A OIT e a disseminação do combate à discriminação contra a mulher no trabalho. In: Sociedade e Direitos Humanos/Patrícia Tuma Martins Bertolin, Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci, (Organizadoras). Homenagem à Professora Drª Esther de Figueiredo Ferraz. São Paulo: Rideel, 2010, p. 168.

52 International Labour Organization, United Nations Development Programme. Work and Family: Towards new forms of reconciliation with social co-responsibility. Santiago: International Labour Organization and United Nations Development Programme, 2009, p. 21.

53 Vide Código do Trabalho de Portugal.

A Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais dos Trabalhadores da OIT, de 1998, trouxe o reconhecimento do fim da discriminação como um dos direitos fundamentais no trabalho, reforçou ainda mais a atuação da OIT no combate à discriminação.

A Espanha, em observância a s Diretivas da união Europeia 2002/73/ e a 76/207/CE, promulgou a Lei nº 3/2007, que trata igualdade efetiva de oportunidades entre homens e mulheres. Concedida, assim, opção pela redução da sua jornada, de um terço à metade, em caso de ter o trabalhador ou trabalhadora que se responsabilizar pelo cuidado de um familiar em razão de idade, acidente ou enfermidade, até o segundo grau consanguíneo ou afim. As licenças maternidade e paternidade levam em consideração a quantidade de filhos gerados pela mulher a cada gestação para estipular a sua duração. Em caso de feto único, a licença maternidade tem duração de 16 semanas, sendo que as seis primeiras só podem ser usufruídas pela mãe, mas as demais poderão ser gozadas também pelo pai de forma simultânea ou sucessiva. Em caso de gozo simultâneo, a soma dos períodos gozados pelo pai e pela mãe não poderá ser superior às 16 semanas.

No plano nacional, a proteção à mulher aparece nos textos constitucionais de 1891, 1934, 1946, 1967 que proibiam diferença de salário por motivo de sexo.

A Constituição de 1934, primeira a tratar dos direitos sociais, proibiu distinções e privilégios em razão de nascimento, sexo, cor, raça, profissão, crença religiosa ou ideias políticas, tendo proibido diferenças salariais para o mesmo trabalho desenvolvido e proibiu, ainda, o trabalho em indústrias insalubres. Em relação à mulher, especificamente, proibiu a diferença de salário por motivo de sexo e o trabalho em indústrias insalubres, garantiu assistência médica e sanitária à gestante, além do descanso remunerado antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego, instituído ainda a Previdência a favor da maternidade.

A Carta de 1946, voltou a usar o termo “igualdade perante a lei” e pela primeira vez fez menção ao valor do trabalho humano e manteve direitos e proibições referentes à mulher.

A Constituição de 1967 tratou dos princípios da igualdade e da não discriminação, por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, na esteira da Declaração Universal dos Direitos Humanos, inclusive no critério de admissão.

A Constituição da República, ainda em seu preâmbulo, anuncia um Estado que visa assegurar a liberdade, igualdade, justiça, como valores supremos, entre outros, de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é elevada à condição de fundamento do Estado democrático de direito e o inciso IV o mesmo artigo traz como fundamento da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. No art. 3º, incisos III e IV são fixados os objetivos fundamentais da República, e entre eles estão a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No inciso I, do artigo 5º, a igualdade formal, abstrata, de direitos e obrigações entre homens e mulheres é proclamada afirmando que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, é o que dispõe o inciso XLI. Já o art. 7º, inciso

XXX, estabelece a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil.

Nesse sentido, assevera Maurício Godinho Delgado

A Constituição de 1988, entretanto, firmemente, eliminou do direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício – ou que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho – ainda que justificada a prática jurídica pelo fundamento da proteção e da tutela. Nesse quadro, revogou, inclusive, alguns dispositivos da velha CLT que, sob o aparentemente generoso manto tutelar, produziam efeito claramente discriminatório com relação à mulher obreira.⁵⁴

O legislador ordinário, em consonância com o texto da Carta Magna e seguindo a jurisprudência majoritária época, criou a Lei no 9.029, de 13 de abril de 1995, que trata da discriminação no emprego, mais voltada à questão de gênero, proibindo, em seu artigo 1º, a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal.⁵⁵

A Lei nº 9.029/95 tipifica criminalmente a conduta discriminatória descrita no art. 2º, punível com pena de detenção de um a dois anos e multa. O art. 3º, estabelece infrações administrativas, multa e proibição da obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a instituições financeiras oficiais.

Segundo o art. 4º, da citada lei, o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes da lei, faculta ao empregado a opção pela readmissão, com ressarcimento integral do período de afastamento, ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento.

A Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, introduziu regras na CLT relativamente ao acesso da mulher ao mercado de trabalho, vedando diversas práticas discriminatórias desde o acesso à relação de trabalho, sua manutenção. Assim, verifica-se que o legislador infraconstitucional trouxe à baila o princípio da não discriminação ainda na fase pré-contratual.

Vale dizer, a legislação infraconstitucional acima mencionada veio ao encontro da demanda relativa à discriminação em razão de gênero nas relações laborais em todas as suas fases, inclusive no acesso, e nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, em que pese toda evolução do arcabouço jurídico e avanço jurisprudencial, as mulheres continuam a sofrer discriminação no acesso, manutenção e após rompimen-

54 DELGADO, Maurício Godinho. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares, VIANA, Márcio Túlio, CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). Discriminação. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 112.

55 "É interessante, no particular, voltar a atenção para o Código do Trabalho de Portugal, já várias vezes mencionado. O legislador português tratou com bastante acerto do assunto. Preceitua o art. 23, n. 1, do Código do Trabalho de Portugal, que trata da proibição da discriminação: o empregador não pode praticar qualquer discriminação: direta ou indireta baseada nomeadamente na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical". Ver MALLETT, Estevão. Op. cit. p. 89.

to do contrato de trabalho, inclusive com salários inferiores aos percebidos pelos homens, quando da realização do mesmo trabalho, e na ascensão funcional, essa, quando ocorre.

5. CONCLUSÃO

É possível identificar evidente descompasso entre a aplicação das normas que compõem o ordenamento jurídico, entre elas as que proíbem a discriminação em razão de gênero, com destaque para a Carta Cidadã de 1988, e a realidade da mulher brasileira no mercado de trabalho, o que ofende o direito fundamental ao trabalho decente, vez dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida econômica, social e cultural.

A nossa sociedade somente poderá ser aclamada igualitária, justa, fraterna, solidária e livre de preconceitos, como enuncia no preâmbulo da Carta Cidadã, quando não mais tivermos pessoas excluídas do mercado de trabalho, em razão de quaisquer formas de discriminação, inclusive de gênero.



REFLEXÕES SOBRE AS REPERCUSSÕES DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Andrea Lino Lopes¹

1. VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A LEI MARIA DA PENHA

A violência perpetrada contra a mulher, no seio familiar, é tão antiga quanto a própria humanidade. Ocorre, com maior ou menor intensidade, dependendo de diversos fatores (culturais, econômicos, sociais, religiosos etc.) em todas as partes do Mundo.

O Instituto Patrícia Galvão² refere que a Organização Mundial da Saúde (OMS) realizou estudo³ por meio do qual se apurou que, em 10 países observados, as taxas de mulheres agredidas no seio familiar, em algum momento das suas vidas, variaram entre 10 e 52 por cento.

Já no Brasil, o Instituto, invocando pesquisa realizada⁴, traz a estimativa de que cinco mulheres são espancadas a cada dois minutos e que o responsável pela agressão, em 80% dos casos, é o parceiro (marido, namorado, companheiro).

E, ainda, mencionando outra pesquisa⁵ o Instituto esclarece que “63% dos entrevistados concordam, total ou parcialmente, que “casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família”. E 89% concordam que “a roupa suja deve ser lavada em casa”, enquanto que 82% consideram que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”.

A chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), cujo propósito é o enfrentamento específico da questão da violência doméstica familiar e contra a mulher, foi produto

1 Procuradora do Trabalho lotada na Procuradoria do Trabalho da 9ª Região. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho. Integrante do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT-4) e da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais, ambos do Conselho Nacional do Ministério Público. Vice-coordenadora da Coordigualdade em 2011 e Coordenadora no período 2011-2013.;

2 Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/>. Acesso em 17/01/2018.

3 Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer (OMS, 2002)

4 Mulheres Brasileiras nos Espaços Público e Privado (FPA/Sesc, 2010).

5 Tolerância social à violência contra as mulheres (Ipea, 2014)

legislativo provocado pela condenação do Estado Brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos em 2001, por negligência, omissão e tolerância em face da violência familiar contra a mulher.

A condenação se deu no âmbito de processo perante aquele Organismo Internacional, movido por Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de graves agressões e de tentativa de homicídio perpetradas por seu próprio marido e que, por vários anos, não recebiam a devida punição pela Justiça Brasileira.

Dentre outras recomendações, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou ao Estado Brasileiro a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

Nesse contexto, a Lei nº 11.340 criou mecanismos para o enfrentamento da violência familiar contra a mulher, a coibição da sua prática, a efetiva punição do infrator e a adoção de medidas de proteção à mulher em situação de agressão ou de risco de agressão.

Assim, dentre outras inovações importantes trazidas pela Lei, destacam-se a possibilidade da prisão em flagrante delito ou a decretação da prisão preventiva do agressor, a imposição do seu afastamento cautelar da vítima e dos familiares, a impossibilidade da desistência da “denúncia” na “delegacia” (só admissível se manifestada perante o Juiz), a proibição da imposição de penas de multa ou pagamento de cestas básicas, a imposição de prestações alimentícias ao agressor, em favor da agredida e outras medidas voltadas a salvaguardar a integridade física e psicológica da mulher em situação de risco.

2. ASPECTOS DA REPERCUSSÃO DA LEI MARIA DA PENHA NA ATIVIDADE LABORATIVA DA MULHER AGREDIDA

Interessante inovação da Lei nº 11.340 se deu no campo das relações de trabalho das mulheres vítimas de violência familiar.

Com efeito, dispõe a Lei Maria da Penha, na norma do seu art. 9º, §2º, II:

§ 2º. O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: (...)

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Mas, a visível pouca clareza com que foi tratada a questão, de acordo com a redação dada ao dispositivo legal, trouxe dúvidas e incertezas quanto ao seu alcance e à sua aplicação.

3. CABIMENTO DO AFASTAMENTO – INSUFICIÊNCIA DAS DEMAIS MEDIDAS PROTETIVAS

Primeiramente, fixe-se que a norma em questão tem por escopo a proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar. A ideia é a de que, em determinadas circunstâncias, torna-se absolutamente necessário o afastamento da vítima, ainda que temporário, do local no qual exerce atividade profissional.

Ocorre, por exemplo, nos casos em que a agredida e o agressor prestam serviços no mesmo local, ou naqueles em que a mulher, no percurso para o trabalho ou em seu retorno, expõe-se, fisicamente, à pessoa do agressor. Ou seja, o que se busca, com a medida prevista, é dificultar ou impedir o contato do agressor com a agredida, excluindo ou minimizando o risco que esse contato pode trazer à integridade física e psicológica da mulher.

Claro, portanto, que essa medida só se justifica nas hipóteses em que as demais medidas cautelares protetivas previstas na Lei Maria da Penha (artigos 19 e seguintes), eventualmente determinadas, não se revelarem suficientes para impedir que a mulher corra risco de indesejado e não recomendado contato com o seu agressor, caso siga exercendo a sua atividade laborativa.

Assim, cada situação específica deverá ser avaliada pelo Juiz, nesses termos.

4. “VÍNCULO TRABALHISTA” – TODAS AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Uma segunda observação que se impõe é quanto ao alcance do termo utilizado pelo dispositivo legal, quando se refere a “vínculo trabalhista”. Teria o legislador desejado que a medida só se aplicasse, efetivamente, às mulheres que mantivessem “vínculo trabalhista”, no sentido estrito do termo, com “empregadores”?

Não parece que a resposta a essa indagação deva ser afirmativa. Ao que tudo indica, cuidou-se mais de falha de técnica legislativa a utilização do termo “vínculo trabalhista”, porquanto bem deve saber o legislador que nem todas as atividades laborativas (de homens e mulheres) se dão com “vínculo trabalhista” em sentido estrito, característica exclusiva do contrato de emprego (acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego – artigo 442, Consolidação das Leis do Trabalho).

Evidentemente, interpreta-se esse termo utilizado como “relação de trabalho”, gênero do qual o “vínculo trabalhista” (empregatício) seria apenas uma espécie.

Afinal, não faria o menor sentido, à luz, sobretudo, do princípio da igualdade, insculpido como valor fundamental do Estado Brasileiro no caput da norma do artigo 5º, da CRFB (igualdade formal e material), que só se protegesse a mulher trabalhadora com “vínculo empregatício”, deixando as demais trabalhadoras, que exerçam suas atividades profissionais por meio de vínculos de outras naturezas (vínculo sob regime administrativo, das servidoras

públicas estatutárias, por exemplo, ou a prestação de qualquer trabalho sem vínculo de emprego), sem a mesma proteção.

Assim, seja qual seja a natureza do vínculo, é de se aplicar a norma em comento a todas as relações de trabalho das mulheres vítimas de agressão doméstica familiar.

5. “MANUTENÇÃO DO VÍNCULO TRABALHISTA”- DELIMITAÇÃO DOS CONTORNOS

Uma terceira questão a considerar diz respeito à delimitação dos contornos do que se deve entender por “manutenção do vínculo trabalhista”, expressão utilizada pela Lei.

Embora, como visto alhures, a norma não se dirija apenas às típicas relações de emprego, mas a todas as relações de trabalho, a doutrina trabalhista, em especial, é fundamental para delimitar o sentido da expressão utilizada pela Lei.

Distinguem-se, no direito do trabalho, as modalidades possíveis de manutenção do contrato de trabalho e, a partir de cada modalidade, identificam-se diferentes e específicas características.

A rigor, o direito do trabalho tem por princípio a manutenção do contrato de trabalho. E as três modalidades mais usuais pelas quais o princípio da manutenção do contrato se materializa são a estabilidade, a interrupção e a suspensão do pacto.

A estabilidade é o direito de o trabalhador permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que não exista uma causa legal que autorize o rompimento do vínculo.

Via de regra, em se tratando de estabilidade, o empregador não pode ter a iniciativa do rompimento do vínculo, salvo por justa causa, mas o empregado, em contrapartida, tem a obrigação de manter a prestação laboral.

Já por aí, portanto, afasta-se da estabilidade a manutenção do vínculo trabalhista da mulher vítima de violência doméstica e familiar, porquanto o objetivo legal é justamente garantir o afastamento da vítima do seu local de trabalho, ficando, dessa maneira, impossibilitada de seguir executando as suas atividades laborais.

Os traços comuns marcantes, nas outras duas modalidades de manutenção do contrato de trabalho, são a não ocorrência da prestação laboral por parte do empregado, durante o período da sua ocorrência, e a preservação do pacto laboral, com todas as suas características e condições.

Todavia, na suspensão, a não prestação laboral do empregado não é remunerada pelo empregador, assim como o período da sua ocorrência não é computado para qualquer efeito legal. Já o período de interrupção do contrato de trabalho é remunerado, normalmente, pelo empregador, a despeito da inexistência da prestação laboral pelo empregado.

No caso da interrupção, ainda, o tempo do afastamento é considerado para todos os efeitos legais.

Vê-se, pois, da versão puramente gramatical da norma, que a hipótese que melhor se coaduna com a previsão seria a de suspensão. Suspensão do contrato de trabalho ou da relação de trabalho de outra natureza, se essa for a hipótese.

E assim se conclui especialmente porque a Lei não prevê o pagamento da remuneração, pelo tomador dos serviços da empregada sob proteção, durante o período do afastamento da obreira protegida.

Claro que não se está pensando na hipótese de afastamento da trabalhadora para tratamento físico ou psicológico dos danos consequentes à agressão sofrida.

Trata-se, com o objetivo de prover proteção à mulher violentada, de situação de afastamento da prestadora de serviços das suas atividades profissionais, por período de até seis meses, sem a previsão de pagamento da remuneração pelo tomador, característica própria e específica da modalidade de suspensão do contrato de trabalho ou, por extensão, da relação de trabalho.

Mas, sem dúvida, a solução não pode ser assim tão simplista: afasta-se a vítima, caracterizando-se a suspensão da relação de trabalho, seja ela qual for, e ponto final.

É que, se assim for, fica claro que a PROTEÇÃO que se pretende dar e que, presume-se, foi o principal escopo da Lei Maria da Penha, nesse ponto, não atendeu à expectativa e ao objetivo desejados. Não se pode crer que o legislador tenha desejado proteger a mulher, vítima de agressão doméstica e familiar, privando-a da fonte de renda que detinha, justamente no momento de sua maior fragilidade e vulnerabilidade.

É certo, portanto, que a Lei, no particular, disse menos do que pretendia ou devia dizer e, pois, deve ser integrada, de forma sistemática, aos princípios e ao arcabouço legal que compõem o sistema legal vigente.

O fato é que, afastada da atividade laboral, não pode ser privada a mulher, vítima de agressão doméstica e familiar, da renda que lhe proveja o sustento e a dignidade.

Por outro lado, esse encargo não pode ser atribuído ao tomador dos serviços da vítima, que em nada contribuiu para a causação da situação.

Nessa toada, a solução que atende ao Princípio da Proteção, que deve ser efetivado, está na fixação da obrigação ao Estado.

Assim, destaca-se o entendimento daqueles⁶ que defendem que a “manutenção do “vínculo trabalhista” se trata, portanto, de uma SITUAÇÃO ATÍPICA, na qual a funcionária

6 Essa corrente é sustentada por Rogério Sanches, Ronaldo Batista Pinto e Maria Berenice Dias, que ainda denominam de suspensão, devido a não contar no tempo de serviço e o salário não ser pago pelo empregador, mas ressalvam que o Estado deverá remunerar a funcionária no período de seu afastamento. Citados por Marília Costa Vieira, A Lei Maria da Penha e a nova hipótese de manutenção do vínculo trabalhista. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigo/20090209162043433_direito-do-trabalho_a-lei-maria-da-penha-e-a-nova-hipotese-de-manutencao-do-vinculo-trabalhista-marilia-costa-vieira.html. Acesso em 17/01/2018.

deverá continuar recebendo salário, mas não proveniente do empregador, e sim do órgão previdenciário.

A necessidade de criação de um benefício social que garantirá a verba assistencial substitutiva do salário é muito bem esclarecida por Carlos Eduardo Rios Amaral⁷ que demonstra que a lentidão do poder legislativo em regulamentar o benefício não deve servir como impasse para sua concessão.

É visível que a mulher em situação de violência doméstica e familiar não pode ser jogada a própria sorte, sem o recebimento da renda que garante seu sustento. Então, parece-nos sensato que essa renda provenha do Estado, visto que a violência contra mulher é conduta rechaçada pela Constituição, assim como lhe é assegurada a dignidade da pessoa humana.

6. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

O objeto da Lei Maria da Penha é a proteção da mulher contra as agressões, no âmbito familiar, e tornar efetiva a punição do agressor.

Tem escopo, pois, marcadamente penal, embora também envolva questões de natureza cível.

A Lei previu a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com as competências cível e criminal para as questões dela decorrentes, afirmando essas competências às varas criminais, enquanto os Juizados não forem criados.

Dúvidas, contudo, passaram a surgir, em torno da questão da “manutenção do vínculo trabalhista” (art. 9º, §2º, II, da Lei nº. 11.340).

Como a lei fala em vínculo “trabalhista”, a sua suspensão, para alguns, seria matéria trabalhista e, por consequência, por força do disposto na norma do artigo 114, da CRFB, a competência para determinar a suspensão do vínculo seria da Justiça Especializada.

A dubiedade de posições pode ser resumida no seguinte trecho do artigo “A Lei Maria da Penha: alguns apontamentos sobre seus efeitos na esfera jus laboral”⁸:

Há autores que entendem tratar-se de competência da justiça do trabalho, processar e julgar o pedido de afastamento atividade empregatícia, pois aduzem que acerca da inaptidão da justiça comum para atuar em matéria trabalhista, visto que envolve uma relação de emprego. Aduzem que, uma vez comprovada a situação de iminente risco pelo juiz criminal, a questão deverá ser remetida à seara jus laboral, para que o magistrado após analisar a existência do vínculo empregatício de fato, possa conceder a medida

⁷ Lei Maria da Penha garante a manutenção do vínculo trabalhista à mulher em situação de violência doméstica.

⁸ <https://www.garrastazu.adv.br/lei-maria-da-penha-alguns-apontamentos-sobre-seus-efeitos-na-esfera-jus-laboral>. Acesso em 17/01/2018.

à trabalhadora. Entendem ser uma afronta, ao sistema de distribuição de competências e ao art. 114, inciso I da Constituição Federal.

Em contraponto, parte da doutrina manifesta inconformidade acerca da posição apresentada, asseverando ser atribuição da justiça comum, sendo a posição que se apresenta a mais plausível. Acerca desta posição, considera-se que caberá ao juiz criminal conceder o benefício. Tendo em vista que, se compete justiça comum investigar e determinar a situação de iminência, também será prerrogativa o reconhecimento da necessidade de distanciamento do local onde a vítima exerce sua atividade laboral. Tal decisão deverá ser comunicada ao empregador que, indiscutivelmente, terá o ônus de cumpri-la, permitindo que a trabalhadora se ausente, e que para isso, não reste prejuízo na relação de emprego.

Duas questões precisam ficar bem compreendidas:

Primeiro, como já visto, o termo “manutenção do vínculo trabalhista” não remete, exclusivamente, ao contrato individual do trabalho, relação de emprego típica, mas, por certo, trata de todas as relações de trabalho.

Portanto, já por aí, parece-nos precipitada a defesa da competência da Justiça do Trabalho a partir, exclusivamente, da leitura puramente gramatical do termo utilizado pelo legislador.

A afirmação da competência da Justiça do Trabalho só seria, em princípio, imaginável, nos exclusivos casos de contratos de trabalho típicos.

Em se tratando, porém, de hipótese em que a relação laboral da mulher agredida tenha natureza distinta da trabalhista propriamente dita, a competência da Justiça Obreira já ficaria, de pronto, afastada.

Segundo, não se pode fugir do objeto da regulação da Lei Maria da Penha: a proteção da mulher das agressões, no âmbito familiar e a punição do agressor.

Portanto, ainda que haja, no bojo do diploma legal, a referência à “manutenção do vínculo laborativo”, essa medida está totalmente desvinculada do contrato de trabalho ou de outra relação de trabalho qualquer que a mulher agredida mantenha com terceiro.

Trata-se, simplesmente, de uma medida protetiva, dentre as várias previstas na Lei, que visa proteger a mulher das agressões, no âmbito familiar, e a punição do responsável. Ainda que produza efeitos reflexivos na relação de trabalho da mulher, não decorre dessa relação e, por isso, não pode atrair a competência do Juízo eventualmente competente para conhecer das questões oriundas dessa relação de trabalho, seja ela um contrato de trabalho típico ou relação de trabalho sujeita à competência da Justiça do Trabalho, seja ela relação de trabalho distinta, de competência da Justiça comum, estadual ou federal.

E as medidas protetivas são medidas que só podem ser aplicadas pelo Órgão Jurisdicional ao qual a própria lei atribuiu competência: Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou, enquanto não for criado, Juízo Criminal.

É preciso ficar claro que o tomador dos serviços da agredida, quando deixa de observar a suspensão da relação de trabalho, não descumpra uma obrigação ínsita a essa relação, mas, antes e acima de tudo, descumpra uma medida protetiva da mulher, consubstanciada numa determinação judicial, uma ordem judicial, em última análise.

Logo, o não cumprimento da medida determinada não remete, simplesmente, a questão ao Juízo Trabalhista ou comum competente para as questões decorrentes das relações de trabalho específicas. Antes disso, há de ser vista a conduta recalcitrante sob as luzes da desobediência (artigo 330, CPB), já que, ao contrário do agressor que descumpra a medida, não há que se falar em progressividade, em relação ao tomador dos serviços da mulher, posto que não existe, na Lei, uma série de sanções para tal descumprimento. Nem existe sanção prevista.

Assim, se para o agressor existem outras sanções previstas na Lei, o que conduziria à atipicidade para a Desobediência, para o tomador dos serviços da mulher agredida não há previsão de outra sanção, razão pela qual, para ele, não se há de pensar na atipicidade da desobediência.

Logo, a despeito dos demais desdobramentos que o descumprimento da medida determinada possa remeter ao Juízo Trabalhista ou Comum, dependendo da natureza do vínculo trabalhista, pode e deve o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher competente ou, enquanto não for criado, o Juízo Criminal competente, impor ao descumpridor as consequências da desobediência.

7. CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha representa um grande avanço do Estado e da sociedade brasileiros em busca da proteção da mulher, vítima de agressão doméstica familiar, e, também, um marco substancial na busca da cessação da impunidade dos agressores.


Impõe uma radical mudança de standards no enfrentamento desse triste fenômeno, verdadeira chaga aberta na sociedade brasileira.

A Lei gera efeitos penais e cíveis. Mas, também, assegura, como reflexo em qualquer relação de trabalho mantida pela mulher vitimada, a medida de proteção consubstanciada na suspensão dessa relação laboral, por até seis meses, com o fim de proteger a mulher de indesejado contato com o seu agressor, nas hipóteses em que as demais medidas protetivas determinadas pelo Juízo Competente não se mostrem suficientes.

O Órgão Jurisdicional competente para a imposição dessa medida protetiva específica, será o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou, enquanto não for criado, o Juízo Criminal comum.

Todavia, apesar dos muitos debates que antecederam à concepção da Lei, a sua aplicação prática ainda suscita algumas dificuldades, dúvidas e incertezas que vão se dissipando na medida em que se vai alcançando a efetividade desse inovador instrumento legal.





*“A PROVA EXTRAJUDICIAL
E JUDICIAL SOBRE
A DISCRIMINAÇÃO
REMUNERATÓRIA ENTRE
HOMENS E MULHERES NAS
RELAÇÕES DE TRABALHO.
INQUÉRITO CIVIL E DISTRIBUIÇÃO
DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
COMO PROTAGONISTAS NO
COMBATE A ESSA CHAGA”*

Ricardo José das Mercês Carneiro¹

SUMÁRIO: 1. A cidadania na empresa ou uma breve análise sobre os direitos fundamentais no palco central das relações de trabalho. 2. O princípio da não discriminação e sua incidência nas relações de trabalho contemporâneas. 3. A proteção judicial contra a discriminação e a necessidade de instrumental garantidor de uma ordem jurídica justa e efetiva. 4. A discriminação salarial em face das mulheres no ambiente de trabalho. 5. A tutela jurisdicional coletiva e o enfrentamento das diversas formas de discriminação pelo o Ministério Público do Trabalho. Aspectos extrajudiciais e judiciais. 5.1. Uma breve introdução sobre a produção de prova no inquérito civil e seu valor probatório. 5.2. O valor

¹ Procurador do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 20ª Região, Vice Coordenador Nacional da Coordigualdade no biênio 2014-2015, Mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha.

da prova indiciária na formação do convencimento do membro do Parquet e para a propositura de demandas judiciais. 6. Conclusões.

1. A CIDADANIA NA EMPRESA OU UMA BREVE ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PALCO CENTRAL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Como afirmou Hanna Arendt, em célebre passagem, sempre citada, *“os direitos humanos não são um dado, mas um construído”*². Em outras palavras, os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas que sobrepassam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas³, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana. Assim, não causa perplexidade o reconhecimento de que o advento das novas tecnologias e sua imperiosa adaptação a um novo modelo de produção - perseguidor da qualidade, diante de um mercado muito mais competitivo - implicou maior flexibilização na dinâmica do trabalho. Essa maleabilidade que se exige no modelo de produção, como não poderia deixar de ser, encontrou reflexos na relação laboral, atingindo, por consequência, os direitos fundamentais trabalhistas.

É inquestionável que os direitos da personalidade (e todos os demais) de forma alguma deixam de acompanhar o trabalhador sem motivo e de modo automático pelo simples transpassar dos muros da empresa, de forma que possa ser considerado a partir de seu ingresso na organização produtiva como mero “ser de trabalho”. A sua condição de trabalhador, pois, não possui qualquer incompatibilidade com seu *status* de cidadão.

Porém as mudanças no modelo de produção, que cada vez exige mais energia do empregado e por mais tempo, terminam por gerar uma nova leitura de alguns dos direitos trabalhistas típicos, como soe ocorrer com a jornada de trabalho, diretamente relacionada à noção de vida e saúde do trabalhador e que agrega particularidades, a partir do instante em que os limites físicos da empresa não são mais necessariamente as fronteiras do trabalho. Este passa a ser realizado em domicílio, por via eletrônica, e por outros meios que desarticulam a estética de grande empresa antes engendrada.

Por outro lado, a variação das necessidades desse novo mercado consumidor demanda do empresário frequentes câmbios no objeto do empreendimento, exigindo do trabalhador uma maior capacidade de adaptação a novas demandas e condições de trabalho. A seu turno, os contratos de duração indeterminada de trabalho, que antes eram a regra, vêm se tornando cada vez mais raros, haja vista a sazonalidade das demandas exigidas. Também o sindicato, e o chamado direito coletivo do trabalho passam por um processo de reengenharia diante da dificuldade que as entidades sindicais têm de estabelecer o liame comum

2 Arendt, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, apud Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 8.

3 Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, p. 05.

entre obreiros de uma mesma categoria que desempenham seus trabalhos em condições tão heterogêneas e que não se sentem minimamente ligados entre si.

Essa fragmentação de interesses, que, para muitos, tem como resultado um novo reforço da individualização das relações de trabalho e no contrato individual⁴, tem causado enormes dificuldades para negociação coletiva de condições de trabalho, resvalando, muitas vezes, em normas cada vez mais pejorativas em relação aos direitos dos trabalhadores ou numa padronização de comportamentos absolutamente dissociada da realidade do trabalho e das perspectivas do trabalhador⁵.

Se esse é o quadro entre os chamados direitos trabalhistas específicos, imperativo registrar que o alcance desta verdadeira revolução da informação e da tecnologia que engendrou tantas mudanças no modelo de trabalho também alcança os direitos do cidadão, que não tenham sua origem na relação de trabalho, mas que precisam ser exercidos no ambiente laboral. E aqui se deve ter em conta o agravante de que neste contexto, diante da volatilidade do capital, sempre em busca de quem lhe ofereça as melhores condições, temos presenciado verdadeiros fluxos migratórios de trabalhadores, em que culturas muito diversas se veem obrigadas a conviver em países que lhe são estranhos e, portanto, a organizar conjuntamente a vida social.

Essa difícil convivência e/ou coexistência em um mesmo espaço social de pessoas que se identificam com culturas diversas, tem ensejado processos complexos de interação social, cujo denominador comum é a relação analógica e dialógica entre as diversas tradições culturais. Esta feição multicultural das relações de trabalho também tem ajudado a fazer voltar à ordem do dia os direitos fundamentais inespecíficos e, com isso, a ideia de cidadania no interior da empresa, na medida em que estes são vistos como instrumentos idôneos para a proteção dessas diferenças culturais, ideológicas, religiosas etc.

Acrescente-se, igualmente, que a virtualidade das fronteiras da empresa, que termina por flexibilizar ditames antes concebidos como axiomas na relação de trabalho, gera adaptações que conduzem a um novo modelo de direção da empresa, atingindo nesse enfoque não só os direitos fundamentais do trabalhador, mas também os do empregador, em especial a livre iniciativa e o direito à propriedade.

Os mecanismos de controle, a partir dessa maior flexibilidade em face da qual é exercido o trabalho, também terminaram por ser reinventados e, muitas vezes, bem mais invasivos na esfera íntima do trabalhador. A fiscalização da produção, na medida em que o trabalho ganha em complexidade e heterogeneidade, necessita rever seus métodos, passando a se valer o empregador de vídeos, revistas íntimas de trabalhadores, como forma de traçar um perfil do empregado, buscando padronizar a sua forma de atuação.

4 Entre outros estudos, o tema é destacado em Gutiérrez Pérez, Miguel. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Ediciones Laborum, Murcia, 2011.

5 Fala-se em um processo de colonização dos comportamentos do trabalhador, que ficaria obrigado a interiorizar regras de comportamento definidas na norma coletiva, impedindo um agir individual (Gutiérrez Pérez, Miguel, "Ciudadanía en la empresa...", op. cit).

A empresa segue em busca de um “homem produtivo”, que com ele divida as responsabilidades da execução da tarefa, que se comprometa com seus objetivos, individualizado, menos afeito a condicionantes éticas e cada vez menos sensível às dificuldades dos seus pares, “coisificado” através de um processo de minimização de sua condição humana.

Consequência natural desse estado de coisas tem sido a configuração de um quadro cada vez mais frequente de intromissão em esferas antes intangíveis do trabalhador. Controla-se o número de idas aos banheiros, o número de produtos registrados, o que o trabalhador pensa, quem o trabalhador é.

Nesse contexto, em que os direitos fundamentais assumiram o protagonismo na relação dicotômica entre empregados e empregadores, é natural que, como reação, diversas posições sejam adotadas na doutrina, algumas extremamente apaixonadas, ora defensoras da tutela absoluta de interesses dos obreiros, ora em sentido marcadamente oposto. Sobre as posições extremadas a respeito de direitos fundamentais, lúcidas as palavras críticas ofertadas por Ferreira Cunha⁶, *verbis*:

“Os maximalistas não levam a sério os direitos fundamentais, porque ao pretenderem que a tudo se apliquem, ao tudo com eles prometerem, afinal os banalizam e os tornam irremediavelmente inoperantes. A má moeda expulsa a boa, e os inexistentes e quiméricos direitos fundamentais acabam por minar a credibilidade dos direitos fundamentais efectivos e praticáveis⁷. De modo simétrico, os minimalistas não levam a sério os direitos fundamentais porque, de tanto criticarem a real impraticabilidade ou utopia de certos direitos, acabam por contaminar de invencível cepticismo todos os direitos. Incapazes de aceitar senão uma malha muito tênue de protecção, não vêem que é preciso renovar as defesas, sob pena de a translúcida teia tudo deixar passar...”

É certo que, em um plano geral, não há como negar que o nexo laboral gera um conjunto de obrigações recíprocas suscetíveis de condicionar alguns direitos fundamentais. Por outro lado, o liame empregatício não chega sequer próximo de romper o esquema de proteção aos direitos fundamentais, sob pena de se converter a defesa desses elementos fundamentais em uma utopia completamente distante da realidade. Em palavras mais simples e diretas, nem os direitos fundamentais admitem um caráter ilimitado, tampouco a celebração do contrato pode servir para impor suas exigências sempre e em todo caso.

6 Ferreira Cunha, Paulo. Direito Constitucional. Direitos Humanos e Fundamentais, Editorial Verbo, 2000, Lisboa, p. 44, apud Freire Junior, Américo Bedê in “Restrição a direitos fundamentais: a questão da interceptação de e-mail e a reserva da jurisdição”, Revista Panóptica, ano 1, n. 8, maio-junho de 2007.

7 Semelhante a construção de Martín Morales, ao pontuar que “el garantismo, llevado a los extremos, confunde lo justo con lo injusto y provoca una reacción social que termina erosionando el propio derecho que se pretende proteger” in “El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones”, ed. Civitas, Madrid, 1995.

2. O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEAS

Como dito anteriormente, o convívio do trabalho propicia que diferentes pessoas, de múltiplas culturas compartilhem um mesmo ambiente. São indivíduos de diferentes origens, gêneros, raças, orientações sexuais, que professam religiões distintas e que, entre outros pontos que os tornam únicos enquanto seres humanos, assumem um papel social bastante distinto, exercendo de maneira mais ou menos efetiva as faculdades e direitos que podem legitimamente exercer em sociedade.

Todavia, seja como resultante da desigualdade real de nossa sociedade, seja pela confusão que se faz entre poder diretivo e tirania, estes fatores naturais (gênero, raça, origem etc.) e sociais, como orientação religiosa e sexual e o exercício regular de direitos, cada vez mais são utilizados como fundamento para que trabalhadores sejam excluídos do convívio do trabalho, não ascendendo a certos postos, ou sendo preteridos para o exercício de direitos e faculdades dentro da empresa, a exemplo dos processos de promoção.

É fato que o mundo do trabalho é um campo extremamente fértil para a discriminação. De entrada, a hierarquização que lhe caracteriza permite que um dos sujeitos (o empregador) possa sujeitar o outro integrante da relação. E é justamente por trás dessa subordinação que múltiplas formas de discriminação se materializam na relação de emprego, sob a máscara de exercício regular do poder diretivo ou de sua matriz constitucional, que é a livre iniciativa.

É certo que dentro do conteúdo do poder diretivo estão compreendidas variadas faculdades mais específicas como a liberdade de investimento, de contratação, aquisição de materiais e venda de produtos, organização de fatores produtivos, gestão e organização do negócio, entre outras. Assim, grosso modo, a garantia da livre iniciativa e de sua decorrência – o poder diretivo – autorizam o empregador a gerir os seus recursos humanos, a fixar horários e demais regras de trabalho, sempre atendendo, nesses casos, às normas constitucionais e ao marco legal geral e setorial que, neste último caso, será a legislação laboral. Em sua faceta negativa, essa liberdade, a contrário senso, garante que ninguém está obrigado a iniciar uma atividade econômica ou continuá-la contra a sua vontade.

Como se vê, a noção de meritocracia e, por consequência, o direito de as empresas escolherem os mais aptos aos postos de trabalho configuram faculdades do poder diretivo. Assim, em princípio, estará a empresa autorizada a adotar um modo de seleção cujos preceitos se baseiem nos méritos pessoais daqueles que participam. Em outras palavras, se houver uma diferenciação alicerçada em motivo legítimo, a exemplo da exigência de qualificação efetivamente necessária para o regular exercício de uma profissão, a distinção é considerada lícita, não sendo correto falar-se em discriminação. Também não deve ser considerada discriminatória a distinção que se baseia em razão lógica, plausível e proporcional que justifique o discrimen.

Entretanto, esta não é uma conclusão que possa ser tomada em termos absolutos.

A desigualdade real entre os sujeitos postulantes dos melhores postos de trabalho, em alguns casos⁸, já é tido como motivo bastante para questionar a própria eficácia dessa metodologia que, ademais, muitas vezes, sob a aparência de premiar o mérito, escamoteiam objetivos ilícitos, buscando negar à pessoa discriminada *“tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”*⁹.

Destarte, sob o fundamento de contratar os mais aptos ao posto de trabalho, empresas veiculam anúncios discriminatórios com vedação expressa de contratação de negros, altos, baixos, gordos, magros, nordestinos, portadores de deficiência, homossexuais, aqueles que professam determinada religião, filiados a determinado ente sindical. Assim, por mais que hoje sejam mais raros, ainda são encontrados anúncios de emprego discriminatórios, em que são estipulados critérios de idade, raça, cor, “boa aparência”, religião, ausência de antecedentes criminais¹⁰, entre outros. Esses casos daquilo que a doutrina e a jurisprudência denominaram “discriminação direta” tornaram-se mais raros não em virtude da redução das práticas discriminatórias nas relações de trabalho, mas por uma razão deletéria. A discriminação direta é de fácil caracterização e percepção, ao estabelecer distinções fundamentadas em critérios proibidos. Assim, o que se fez foi “sofisticar” o ilícito.

Nessa toada, a superação quase total do modelo da discriminação direta deu origem a outras formas de discriminação urdidadas, complexas e, por essa razão, bem mais difíceis de comprovar. Assim, é possível que, da leitura do anúncio ou do processo de seleção não se possa inferir, de imediato, o propósito discriminatório, já que, agora, o empregador se vale, em seus processos de seleção ou de promoção, de disposições aparentemente neutras que, na realidade, criam, acentuam ou mantêm desigualdades em relação a pessoas pertencentes a determinado grupo, prejudicando-os de forma desproporcional. É a discriminação dissimulada ou indireta, que se apoia naquilo que a doutrina norte americana denominou de “teoria do impacto desproporcional” (*disparate impact doctrine*)¹¹.

O resultado dessa prática é que testes, exames médicos, entrevistas, e outras práticas voltadas aparentemente para aferir os mais aptos ao posto de trabalho ou função são inúmeras vezes utilizados com a finalidade única e precípua de excluir determinados segmentos da sociedade.

E assim, múltiplos fatores vão se acumulando no curso da relação de trabalho como formas de preterição. Discrimina-se com base no estado civil, por critérios estéticos, por questões de gênero, por orientação política, filosófica, sexual, situação familiar, origem, entre outros.

8 E nesse sentido, o nosso ordenamento garante ações afirmativas em favor de pessoas com deficiência (art. 93, incisos I a IV, da Lei nº 8.213/91), mulheres (art. 7º, XX CF/88) entre outros.

9 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 773.

10 A matéria não é pacífica, mas há diversos precedentes que vedam esta possibilidade como um requisito geral para contratação. É o que se colhe do seguinte aresto do TST: “Rastrear antecedentes criminais implica desrespeito à garantia constitucional de inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, prevista no inciso X do art. 5º da Constituição” (RT-RR-98903-2005-014-09-00-1, ac. 4ª turma, Min. Barros Levenhagen, DJ. 21/05/2008).

11 Gomes, a esse respeito, registra que a Suprema Corte norte-americana fixou entendimento de que *“as práticas, procedimentos ou testes, facialmente neutros, não podem ser mantidos se eles operam no sentido de ‘congelar’ o status quo de práticas empregatícias discriminatórias do passado”*. (GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 333-343).

E esse estado de coisas mantém-se recorrente, a despeito de o ordenamento jurídico brasileiro prever um amplo arcabouço protetivo consagrador do princípio da não discriminação, no qual se reconhece amplamente a sua ação limitadora em relação ao poder de direção do empregador.

Para fazer referência a apenas alguns diplomas, cite-se no plano supraestatal, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 7º) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que vedam a prática de discriminação (art. 24).

Por seu turno, sem sair do plano do direito internacional, a Convenção nº 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, para não citar outras convenções e recomendações da OIT que abordam o mesmo tema, está em vigência no país desde 26 de novembro de 1966 e, desde então, por força do art. 2º da referida norma, o Brasil se compromete a adotar ***“uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria”***.

E, nesse ponto, é forçoso reconhecer que, ao menos no plano normativo, essa medida encontrou guarida, na medida em que seus preceitos encontram reflexo nas nossas normas internas, desde o texto da Constituição Brasileira (arts. 3º, IV, 5º, caput, XLI e XLII, e 7º, XX, XXX, XXXI e XXXII), passando por diversas normas infraconstitucionais, como a CLT, a Lei 9029/95, entre outras.

De modo que o problema da discriminação no Brasil parece ser menos uma questão de reconhecê-la no plano das normas e muito mais uma questão de como prová-la nos casos concretos.

E a dificuldade se origina do singelo fato de que a prática odiosa da discriminação, enquanto procedimento de separação de coisas e/ou de pessoas, para que sejam distinguidas uma das outras, e consideradas de acordo com esta divisão, é antes de tudo um processo intelectual que, como visto, pode-se refletir em ações aparentemente neutras, ou até em omissões.

Assim, não raro, a discriminação está no sentimento de quem a vivencia, de difícil mensuração por um terceiro. Some-se a isso o fato de que quem discrimina dificilmente confessa. Ademais, os indícios de materialidade desta conduta delituosa estão, em geral, na posse do empregador. Daí, a infausta tarefa que é produzir prova a esse respeito.

No campo remuneratório, essa tarefa é especialmente difícil, visto que, sob o argumento de observância da meritocracia, empresas estabelecem categorias ou setores predominantemente ocupados por trabalhadores de um ou outro sexo, desigualmente retribuídos, amparando-se nessa distribuição para justificar a falta de transparência na determinação dos critérios retributivos. E assim, alguns rendimentos são supervalorizados em detrimento de outros, apoiados em distinções pretensamente neutras, mas que escamoteiam o propósito de privilegiar os homens em detrimento das mulheres no ambiente de trabalho.

3. A PROTEÇÃO JUDICIAL CONTRA A DISCRIMINAÇÃO E A NECESSIDADE DE INSTRUMENTAL GARANTIDOR DE UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA E EFETIVA

Como visto, provar a discriminação em nosso ordenamento é um sério problema, que ganha contornos ainda mais perversos quando a discussão encontra guarida nas relações de trabalho.

É fato que a exigência de prova direta, que demonstre a existência da discriminação nos autos, pode conduzir a um conjunto vazio de condenações nesta seara. Essa forma de compreender a questão, *ultima ratio*, pode levar a uma negativa de acesso a uma ordem jurídica justa, sem que se estabeleçam garantias que viabilizem uma tutela adequada.

Esta dificuldade já rendeu ensejo, em passado recente, a condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹². Ainda que tenha se dado no âmbito do processo penal, sua origem remota é trabalhista. No caso, a Sra. Simone André Diniz, que postulava um emprego com vínculo doméstico, foi vítima de discriminação racial pré-contratual e se viu impossibilitada de buscar a tutela judicial penal, diante de arquivamento de inquérito policial. A CIDH entendeu que o Estado Brasileiro incorreu em violação do direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagrados, respectivamente, no art. 8º, que trata das garantias judiciais e nos arts. 24 e 25 da Convenção¹³, em prejuízo de Simone André Diniz. A Comissão decidiu, ainda, que o Estado Brasileiro violou o dever de adotar disposições de direito interno, nos termos do artigo 2º da Convenção Americana, violando, também, a obrigação que lhe impõe o artigo 1.1, de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção.

Todavia, o drama de provar a discriminação, no Brasil, a partir do sistema legal de distribuição do ônus da prova não era uma singularidade apenas do Processo Penal. Ao longo dos anos, este sempre foi um problema que se estendeu ao Processo Civil e ao Processo do Trabalho.

O Processo do Trabalho, a respeito do ônus da prova, possuía regra específica contida no art. 818 da CLT, o qual dispunha textualmente que *“a prova das alegações incumbe à*

12 A EXIGÊNCIA DE PROVA DIRETA DA DISCRIMINAÇÃO E A CONDENAÇÃO INTERNACIONAL IMPOSTA AO BRASIL. Negativa de acesso à justiça em crime de discriminação racial, justamente pela adoção de rígida regra de ônus da prova (em matéria penal). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 66/2006. Caso 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil. 21 de Outubro de 2006.

13 Artigo 24 - Igualdade perante a lei
Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.
Artigo 25 - Proteção judicial
1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se:
a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

parte que as fizer”, norma tão lacunosa que autorizava a aplicação supletiva das regras contidas no art. 333 do CPC/1973, pautadas na distribuição estática do ônus da prova.

Este modelo, entretanto, sempre foi insuficiente para a prova da discriminação. E a sua tibiez como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa se revelou, ainda mais, diante do reconhecimento, em nosso ordenamento, de que a todos é garantido o direito de não produzir prova contra si mesmo¹⁴.

A distribuição unicamente estática do ônus da prova se amparava em um insuficiente critério que repousava em parâmetros assentados na igualdade meramente formal que, na feliz expressão de Bockenforde¹⁵, termina por gerar uma nova desigualdade *“dado que las personas son distintas en cuanto a su disposición natural, intereses, energías y antecedentes sociales, la acción de la libertad jurídica igual para todos, conduce necesariamente a diversos y desiguales resultados”*. Daí, o autor concluir que a liberdade abandonada a sua própria discricionariedade se transforma em falta de liberdade.

Os rumos legislativos, em torno da matéria, foram mudados, entretanto, com o advento da Lei n. 13.467, que, malgrado o turbulento contexto em que se deu a sua publicação, emprestou nova redação ao art. 818 da CLT que repetiu o que já previra o art. 373 do CPC/2015 (revogou o antigo art. 333 do CPC/1973), ao incorporar a distribuição dinâmica do ônus probatório no ordenamento jurídico trabalhista, *verbis*:

Art. 818. O ônus da prova incumbe

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído

§ 2o A decisão referida no § 1o deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido

§ 3o A decisão referida no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

14 Princípio decorre diretamente do art. 8º, inciso 2, alínea 'g' do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao nosso ordenamento jurídico (Art. 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*). Inspirada nesta norma é a prescrição do art. 5º, LXIII, CF.

15 **Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Prólogo de Francisco J. Bastida; traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 86.

A adoção da teoria dinâmica quanto ao ônus da prova em matéria de discriminação, finalmente incorporado ao ordenamento infraconstitucional, se apoia ao menos em dois grandes pilares. O primeiro é o princípio de igualdade material reconhecido na própria Constituição Federal. O segundo se alicerça na chamada dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que garante que sua proteção também configura uma diretriz para a atuação estatal, em todas as esferas das relações humanas, de modo que o Estado passe a ter também a função de garantidor da realização e tutela dos direitos fundamentais, conduzindo a uma necessidade de aplicá-los a toda a ordem jurídica, o que deverá orientar, inclusive, a atuação dos Poderes constituídos, entre eles o Legislativo (que alterou as normas de distribuição de ônus probatório) e o Judiciário (responsável pelo julgamento das demandas).

O encargo probatório, assim, deixou de ser, em todos os casos, repartido prévia e abstratamente, mas casuisticamente. Nessa perspectiva, não é relevante a natureza do fato que se busca provar - se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo - mas sim, quem tem mais possibilidades de se desvencilhar do ônus, aspecto que, no Processo do Trabalho, ganha reforço diante da óbvia constatação de que o empregador, em virtude de deter na relação de emprego os poderes de direção e de fiscalização, tem muito mais possibilidades de comprovar a adequação do seu agir a parâmetros não discriminatórios.

4. A DISCRIMINAÇÃO SALARIAL EM FACE DAS MULHERES NO AMBIENTE DE TRABALHO

É fato notório que os progressos das mulheres são marcantes em todos os campos da vida social. No trabalho, tais avanços podem ser notados de forma mais evidentes quando se toma como parâmetro as dificuldades históricas que por elas foram vivenciadas.

Sem que se tenha o objetivo de fazer um relato detalhado sobre a história da luta das mulheres contra a discriminação no trabalho, constitui truísmo lembrar alguns fatos.

Somente em 1827, no Brasil, as mulheres passaram a ter o direito de frequentar escolas elementares, sendo-lhes vedado, ainda nesse período, o seu acesso a instituições de ensino mais adiantado. E, quando em 1879¹⁶, as instituições de ensino superior foram abertas para elas, as jovens que ingressavam nas universidades sofriam pressões e desaprovação social.

O contexto mundial do século XIX não era muito distinto do quadro nacional. Em 8 de março de 1857, em Nova York, nos Estados Unidos, operárias de uma fábrica têxtil tiveram suas reivindicações fortemente reprimidas, por pretenderem a redução da jornada de trabalho, de 16h por dia para 10h e melhores salários, pois recebiam cerca de 1/3 do salário pago aos homens.

De volta ao território nacional, em 1940, ainda refletindo esse quadro de discriminação, foi aprovado em 31 de agosto, o Decreto –Lei n. 2.548, chamado à época de Lei dos 10%, que, por meio de uma pretensa “ação afirmativa”, vedava a qualquer empresa o direito

¹⁶ Embora o ensino superior estivesse presente no Brasil desde 1808, com a vinda da família real, somente com o Decreto n. 7.247, de 19 de abril de 1879, foi possível o acesso de mulheres.

de remunerar homens e mulheres com diferença superior a 10% em favor do sexo masculino. Ainda que a norma getulista configurasse flagrante melhora no contexto da época, a norma legitimava o tratamento discriminatório. É o que se colhe do seguinte excerto:

Art. 2º Para os trabalhadores adultos do sexo feminino, o salário mínimo, respeitada a igualdade com o que vigorar no local, para o trabalhador adulto do sexo masculino, poderá ser reduzido em 10% (dez por cento), quando forem, no estabelecimento, observadas as condições de higiene estatuídas por lei para o trabalho de mulheres.

Em 1951, é aprovada pela Organização Internacional do Trabalho a Convenção, n. 100, de “Igualdade de Remuneração entre trabalho masculino e trabalho feminino para função igual”, ratificada pelo Brasil em 1957, por meio do Decreto n. 41.721, de 25 de junho.

Em 1979, é promulgada a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, que, no Brasil, ingressou no ordenamento jurídico sob a forma do Decreto n. 4.377, de 13.09.2002. Os Estados que firmaram a Convenção condenaram a discriminação contra as mulheres e concordaram em buscar adotar uma política adequada para combater as distorções. Trata-se do documento-base de todas as outras Convenções voltadas ao tema.

Esse breve histórico de lutas, ao qual se soma um texto celetista direcionado essencialmente para a “proteção” do trabalho da mulher, não foi suficiente em nosso território, para impedir um quadro de discriminação remuneratória que conduz a uma verdadeira pauperização e diminuição de prestígio das funções ditas femininas (professora, cozinheira, doméstica, manicure etc.).

E tal se deu apesar de o marco constitucional assegurar, a partir de 1988, a divisão do poder parental, e, por via de consequência, o fim do pátrio poder e, igualmente ter buscado efetuar a substituição do “viés protecionista” do ordenamento anterior – revogando normas que não protegiam de fato o trabalho da mulher – por um olhar “promocional”.

Assim, ainda que o hiato remuneratório entre homens e mulheres tenha diminuído, ainda há espaço para que a estas continuem sendo indicados “trabalhos mais apropriados”, em uma seleção que, via de regra, valoriza o trabalho masculino e reforça a invisibilidade do serviço prestado no âmbito doméstico.

De outra banda, exigências esdrúxulas continuam sendo feitas em editais de concurso¹⁷ em detrimento das mulheres que, ademais, continuam sendo as vítimas preferenciais de assédio moral e de assédio sexual no ambiente de trabalho.

É insofismável, contudo, que o mais claro reflexo da discriminação das mulheres no ambiente de trabalho ainda se dá no plano remuneratório.

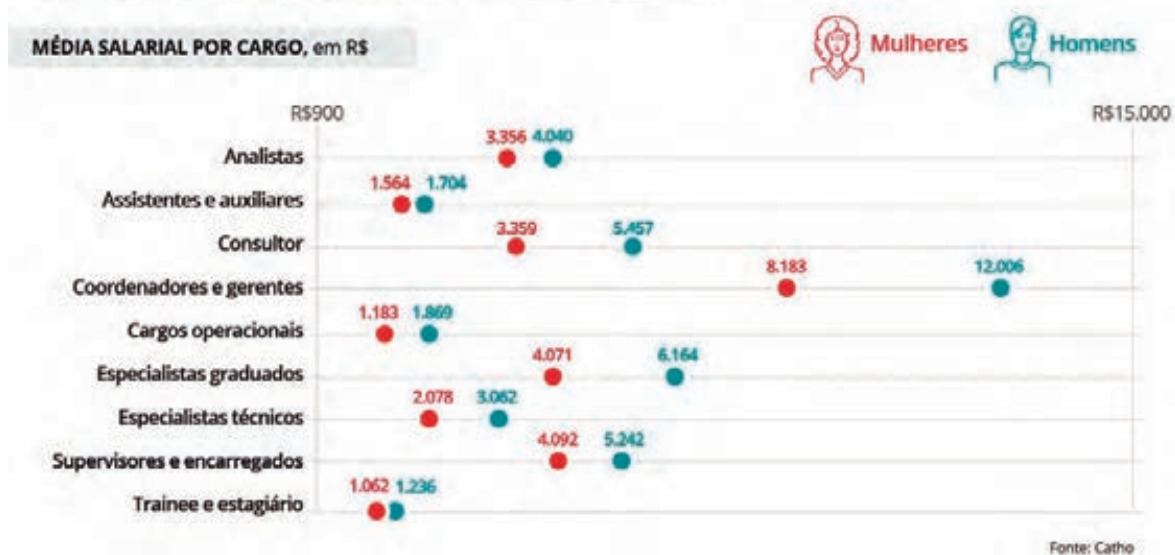
A Catho, em março de 2017, publicou uma pesquisa sobre desigualdade de salários¹⁸:

17 O edital do concurso do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, publicado em 2016 (DODF 01.07.2016), foi mais um a exigir das candidatas, para entrar na corporação, a prévia submissão ao exame de colpocitopatologia oncológica, conhecido como teste de Papanicolau, que poderia ser dispensado no caso de a candidata apresentar atestado de virgindade.

18 Informação dos gráficos que integram este estudo foi integralmente extraída do seguinte endereço eletrônico <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/mulheres-ganham-menos-do-que-os-homens-em-todos-os-cargos-diz>

Desigualdade de salários

Pesquisa da Catho mostra que empresas pagam menos para mulheres em todos os cargos



Nessa pesquisa, o quadro de desigualdade, fica ainda mais evidenciado, quando a análise é feita por área de atuação.



A amostragem reforça que, a despeito dos esforços legislativos e no plano das políticas públicas, continua a existir uma prática sub-reptícia de maior valorização do homem em relação à mulher no ambiente de trabalho, especialmente quando se toma em conta o critério do valor do trabalho e de sua retribuição. Paradoxalmente, a casuística forense é muito pobre em julgados que reconheçam essa situação concreta. Nesse contexto, é necessário entender como o MPT pode contribuir para mudar este estado da arte.

5. A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E O ENFRENTAMENTO DAS DIVERSAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO PELO O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. ASPECTOS EXTRAJUDICIAIS E JUDICIAIS

Se é certo que a distribuição dinâmica do ônus da prova configura um instrumental extremamente relevante no combate geral à discriminação nas relações de trabalho, na tutela coletiva da questão, o MPT goza de uma situação peculiar, cujo agir não pode ser resumido no acolhimento desta ideia.

E tal se dá porque cabe ao *Parquet* comprovar a adoção de uma conduta da empresa, de alcance metaindividual, que justifique o acolhimento de uma tutela judicial que a iniba de materializar estas práticas discriminatórias. Nessa senda, é usual que o Poder Judiciário lhe cobre uma prova robusta, ainda que indiciária, do ilícito.

É bem verdade que a tutela jurisdicional coletiva, pela relevância dos interesses em jogo e sua dimensão, possui mecanismos que a protegem dos efeitos deletérios da dificuldade na produção de prova.

Nessa toada, pode-se dizer que o agir ministerial se desenvolve em um sistema que protege a tutela dos interesses que veicula em suas demandas, particularmente quando diante de casos de violação de direitos fundamentais. É o que acontece quando os incisos I, II e III, do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, é expresso ao prever a ressalva quanto à improcedência do pedido por insuficiência probatória. A improcedência por falta de prova apenas tem o condão de ensejar a coisa julgada formal, podendo a ação ser reiterada com idênticos elementos (partes, pedidos e causa de pedir). Este arcabouço protetivo dos interesses veiculados demonstra a preocupação do legislador com a eficaz tutela do direito coletivo em sentido amplo, na medida em que seria injusto que danos coletivos ficassem sem reparação, em razão de uma demanda mal instruída.

Com esse propósito, o ordenamento jurídico garantiu ao MPT o inquérito civil, que lhe diferencia e qualifica sua intervenção, aspecto que a seguir será destacado.

5.1. Uma breve introdução sobre a produção de prova no inquérito civil e seu valor probatório

Inspirado no inquérito policial, o inquérito civil foi criado pela Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) com o propósito de investigar fatos que tenham relevância para a iniciativa do Ministério Público na área civil, amparando os membros do *Parquet* na propositura da ação civil pública.

Sua finalidade primordial é apurar lesões a interesses transindividuais cuja tutela esteja afetada ao Ministério Público, para servir de base à propositura de uma ação civil pública, ou às demais iniciativas a cargo da instituição¹⁹.

Trata-se, desta forma, de um procedimento de caráter inquisitório, no qual não são aplicados os postulados relativos ao princípio do contraditório e da ampla defesa, já que não se extinguem, nem se criam novos direitos, consistindo apenas em ato investigatório, logo não está sujeito a contraditório.

Assim, pode-se dizer que o inquérito civil é procedimento investigatório não contraditório. E derredor deste seu caráter o STJ já firmou posição no sentido de que *“a característica de inquisitividade faz do inquérito civil procedimento não punitivo e, por isso mesmo, não está ele jungido aos princípios constitucionais do processo”*. Tal entendimento encontra guarida no fato de que o texto constitucional, em seu art. 5º, LV, não generalizou o contraditório nos procedimentos administrativos. Ao contrário, firmou tal garantia aos processos administrativos em que haja litigantes ou acusados, o que não é o caso do inquérito civil, onde não há litigantes, pois o litígio, caso exista, apenas se configurará na futura demanda judicial; muito menos acusados, visto que o Ministério Público se limita à colheita de elementos que indiciem a ocorrência de situação de ofensa a determinado interesse transindividual indisponível.

Apesar de o inquérito civil ser um procedimento ordenado, com fases distintas (instauração, instrução e conclusão), não se confunde com um processo, uma vez que somente neste último obtém-se uma decisão sobre uma controvérsia, gerando consequências jurídicas. Enquanto que o inquérito vai fornecer tão somente base para decidir interesses em conflito. Portanto, seria mais adequado chamá-lo de procedimento administrativo, e não como o senso comum o aborda, considerando-o, de forma absolutamente equivocada, como um processo administrativo.

Uma vez instaurado, passa-se à chamada fase de instrução do inquérito. Nesta fase tornam-se mais visíveis os poderes do membro do MPT na direção do procedimento.

De imediato, pode-se dizer que estes são similares aos que tem o juiz na direção do processo trabalhista, ao que se agrega o fato de que se externam através do princípio inquisitivo, de modo que, fugindo à regra geral que norteia o agir do magistrado no processo trabalhista, o membro do MPT, no âmbito do inquérito civil, pode ir em busca da prova.

19 No mesmo diapasão, MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público, In: MILLARÉ, Edis. A ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios. São Paulo: RT, 2007. p. 224.

Para o exercício desta função, o MPT poderá, nos procedimentos que estejam sob sua atribuição²⁰:

- a) notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;*
- b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;*
- c) requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;*
- d) requisitar informações e documentos a entidades privadas;*
- e) realizar inspeções e diligências investigatórias;*
- f) ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;*
- g) expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;*
- h) ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;*
- i) requisitar o auxílio de força policial.*

Em relação ao valor das provas produzidas em sede de inquérito civil, tem-se que estas devem ser aceitas em juízo sem ressalvas, havendo presunção relativa quanto a sua veracidade. Este entendimento decorre da fé pública que norteia a atuação do órgão do MPT e de sua posição de advogado da sociedade, equidistante das paixões que norteiam a advocacia pública ou privada.

Todavia, essa presunção, como antes mencionado, é relativa, de modo que poderá ser infirmada por prova em sentido contrário, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, alçados a proteção, inclusive no texto constitucional.

Entretanto, há situações em que o procedimento inquisitorial se faz totalmente necessário. Em algumas situações, inclusive, combinado com a mitigação da publicidade, através de decretação de sigilo, voltado para evitar prejuízo à investigação. Trata-se, pois, de medida imprescindível para certos meios de prova, a exemplo de oitivas sigilosas, certos casos de requisição de documentos, inspeções e provas técnicas.

Forçoso reconhecer, entretanto, que a prova quando produzida sob esta condição se choca com a ideia de ampla defesa e de contraditório. Assim, a título de exemplo, a oitiva sigilosa de testemunhas impede que o inquirido, futuro réu em processo judicial, formule quesitos a esta, reduzindo consideravelmente a sua capacidade de resistir à pretensão ministerial, daí que nessa e em outras hipóteses seria legítimo o requerimento de oitiva desta tes-

20 Art. 8º da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993.

temunha em juízo, prevalecendo, em regra, a manifestação deduzida perante o juiz quando se choque com o teor da prova produzida em inquérito sem a presença do agora réu.

Em outras situações, entretanto, os elementos reunidos no inquérito civil podem constituir-se não em início de prova, mas em prova plena, desde que a esse convencimento seja levado o juiz, após analisar as alegações e os meios de prova juntados ao processo por todas as partes.

Não há, todavia, uma vinculação necessária da atuação do juiz²¹, de maneira que essas provas apenas poderão ter o seu valor definido em apreciação contraditória com os argumentos introduzidos no processo pelo réu.

5.2. O valor da prova indiciária na formação do convencimento do membro do *Parquet* e para a propositura de demandas judiciais

A produção de prova pelo MPT em matéria de discriminação merece ser vista sob vertentes distintas, conforme se trate de ações afirmativas ou de casos de discriminação “negativa”²², como soe ocorrer na hipótese da discriminação salarial entre homens e mulheres.

Diante de ações afirmativas, a prova a ser produzida é quase sempre bastante simples e se alicerça em fazer crer ao Poder Judiciário que a medida imposta pela norma não foi cumprida por quem de direito. Assim, a título de exemplo, a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho se prova facilmente, através de provas diretas (geralmente documentais). E essas provas podem ser colacionadas no curso do inquérito civil. Deste modo, sem que o investigado possa alegar que estaria fazendo prova contra si, já que se trata de procedimento administrativo, a documentação concernente às contratações, cotejadas à luz do CAGED (cadastro geral de empregados e desempregados) permitem aferir se a cota foi cumprida e, em caso negativo, qual o quantitativo de pessoas com deficiência que precisam ser contratados para o adimplemento da obrigação legal.

É bem verdade que, mesmo na seara das ações afirmativas, algumas questões de ordem menos objetiva podem ensejar uma prova mais tormentosa. É o que ocorre nas situações em que o não cumprimento de cota aparentemente não deriva do ânimo de discriminar por parte do réu ou investigado, como soe ocorrer em setores de produção para os quais comprovadamente não haja interessados. Neste caso, a prova no âmbito das ações afirmativas recairá nas mesmas dificuldades da comprovação da discriminação indireta e oculta²³.

21 Processo Civil. Ação civil de reparação de danos. Inquérito civil público. Natureza inquisitiva. Valor probatório. 1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. 2. “As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório” (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003). 3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador. 4. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, REsp n.º 644994/MG, 2ª T., DJ de 21.03.2005, p. 336)

22 Expressão utilizada em contraposição à expressão discriminação positiva que, por vezes, é tomada como sinônima de ação afirmativa.

23 A discriminação oculta foi prevista no direito francês, e acolhida pela doutrina e jurisprudência nacionais, e se funda em motivo proibido, mas não confessado. É o que ocorre, v.g., quando um antigo dirigente sindical é despedido, após o fim do período de

E aqui, fez-se referência a estas duas modalidades porque assim como a prova do cumprimento da ação afirmativa, também a comprovação da discriminação negativa direta, em princípio, não comporta maiores dificuldades, já que esta pode ser atestada a partir dos atos que materialmente caracterizam o objetivo de excluir ou tentar excluir certas pessoas do convívio na empresa. Assim, a discriminação direta no processo seletivo ou para fins promocionais estará, em geral, prevista em documentos da empresa, em classificados de jornais, entre outras provas diretas, que dizem respeito abertamente ao fato probando.

Por outra via, muito mais difíceis e, infelizmente recorrentes, são as situações relativas à discriminação indireta e oculta.

Nesses casos, em geral, a única possível prova direta da discriminação é a prova oral, seja através de interrogatórios ou de colheita de prova testemunhal. Nesta última, ainda assim, a declaração de existência da discriminação pela testemunha terá menos peso na “balança processual” que os fatos por ela testemunhados que possam conduzir a uma conclusão/presunção de que a discriminação existia naquele local de trabalho.

Na hipótese, a prova da discriminação tende a ser extraída a partir de indícios e presunções.

Indício, como é sabido, é um fato provado de cuja existência tira o órgão judicial a sua conclusão acerca de outro fato, isto é, com base no qual chega ele a presumir que este fato ocorreu ou não. O órgão judicial vem a conhecê-lo através de um documento, depoimento ou testemunho e vale-se dele para formar uma presunção, que nada faz surgir no plano material, mas tão só no plano intelectual, já que o que se obtém não é um novo fato/nova prova, mas um novo conhecimento.

Assim, o indício é um ponto de partida em confronto com a presunção (que seria seu ponto de chegada), mas é ponto de chegada em relação à prova oral ou documental. É um fato não principal do qual se vai extrair ou se pretende extrair a convicção da existência de outro fato, constitutivo do direito.

A presunção judicial, que se pode adquirir a partir da prova indiciária, competirá ao órgão julgador que poderá estabelecer a correlação entre os dois fatos, o conhecido e o desconhecido.

A utilização dessa modalidade de prova em temas afetos à discriminação é tema hoje já assentado na União Europeia²⁴, com destaque para a prova estatística, tendo sido enfrentado através da Diretiva nº 2000/43/CE, de 29.06.2000, cujo 15º considerando está vazado nos seguintes termos:

estabilidade, sob o fundamento de contenção de despesas, quando, na verdade, a extinção do contrato tem fim meramente discriminatório.

24 Da mesma forma, nos Estados Unidos, ainda que não haja disposição normativa similar em relação às ilicitudes relacionadas a discriminação, a prova indireta tem sido suficiente até em vários casos de condenação penal, a exemplo do crime de branqueamento de capitais, nomeadamente provenientes da droga. Neste caso, a prova fundamenta-se muitas vezes, em elementos circunstanciais, como se deu no caso *United States v. Abbel*, 271 F3d 1286 (11 Cir. 1001), em que se decidiu que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados.

Estatística: *A apreciação dos fatos dos quais se pode deduzir que houve discriminação direta ou indireta é da competência dos órgãos judiciais, ou outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou a prática do direito nacional. Essas normas podem prever, em especial, que a determinação da discriminação indireta se possa fazer por quaisquer meios de prova, incluindo os estatísticos.*

No nosso ordenamento, este meio de prova vem sendo aceita para verificar se a composição do quadro de pessoal é compatível, por exemplo, com a diversidade de gênero da população da localidade onde a empresa está instalada.

Em resumo, para a solução da questão da produção de prova na matéria, as estatísticas têm sido consideradas, ao menos, prova indiciária. E, quanto mais indícios e mais robustos estes sejam, maior a tendência de o Poder Judiciário chegar ao processo intelectual que tem na presunção judicial a sua melhor expressão. E é nesse ponto que o inquérito civil externa sua maior relevância, em virtude de seu enorme potencial para produção de prova.

Nesse sentido, a formação do convencimento do membro do MPT e a pré-constituição de prova não deve, sempre que possível, se basear em um único indício.

O inquérito civil, como visto, propicia que o membro do MPT requirite documentos ao investigado. E estas peças colhidas através deste instrumental propiciam ao **Parquet** materializar, dar concretude à relação entre a prova indireta e a tese que se quer provar.

Neste sentido, em relação à discriminação remuneratória entre homens e mulheres, alguns documentos da empresa têm especial importância, a exemplo dos planos de cargos e salários, onde houver, protocolos para promoção da carreira e premiação de funcionários, contracheques, além da documentação atinente ao processo seletivo.

E esses dados colhidos no inquérito precisam ser objeto de uma análise qualificada.

Não raro as empresas afirmam, calcadas na palavra mágica “meritocracia” que não existe discriminação remuneratória, mas apenas diferenças salariais entre certos trabalhadores e categorias.

Todavia, não há uma explicação palpável que justifique a razão pela qual certos postos de trabalho são ocupados por um ou outro sexo. São as impropriamente chamadas profissões “masculinas” e “femininas”, desigualmente retribuídas, e sem qualquer transparência na determinação dos critérios retributivos.

Nestes casos, insuficiente será o trabalho investigativo se o inquirido não for instado a tornar público quais os critérios da diferença retributiva, de modo a excluir, em cada caso concreto, qualquer suspeita de que o sexo masculino ou feminino tenha sido o fator determinante de dita diferença.

Deve-se tomar por inaceitável a alegação de mera desigualdade das tarefas realizadas. O parâmetro de igualdade, neste ponto, como consigna Teresa Pérez del Río²⁵ não pode

25 Apud **Sbalqueiro** Lopes, **Cristiane** Maria. A prova da discriminação no processo do trabalho. In Rev. TRT - 9ª R. Curitiba, a. 33, n.60, p., jan./jun. 2008, encontrado no endereço eletrônico <http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1568836>, visitado em 12 de dezembro de 2017.

ser apenas a identidade de tarefas, mas a igualdade ou desigualdade de valor do trabalho, único elemento relevante para esses efeitos para captar a razoabilidade ou não de uma diferença retributiva.

O que um inquérito civil que enfrente a matéria deverá evidenciar é se a empresa investigada recorreu exclusivamente a critérios de avaliação neutros que garantam a igualdade de condições dos trabalhadores de ambos os sexos. É preciso que se prove a razoabilidade dos critérios que lhe induziram a aplicar a valoração salarial impugnada.

Outra ferramenta valiosa de amostragem são os dados provenientes da Justiça do Trabalho. Nesta senda, os convênios com os diversos Tribunais (ou a própria utilização do perfil no PJ-e) possibilitam aos membros do MPT o acesso ao banco de sentenças e acórdãos da Justiça do Trabalho que permitem ilustrar o perfil do investigado, justificando a adoção de medidas inibitórias de novas condutas ilícitas.

Como se vê, independentemente dos novos rumos que seguiu a legislação no campo da distribuição do ônus da prova, o inquérito civil que enfrente a temática da discriminação remuneratória entre homens e mulheres, a partir do poder instrutório garantido pela Lei Complementar 75/1993, tem o condão de proporcionar múltiplos indícios que, em conjunto, apresentam força equivalente ao de uma prova direta no convencimento do Poder Judiciário.

6. CONCLUSÕES

Ainda que o direito a não ser discriminado no ambiente de trabalho esteja há muito cristalizado no nosso ordenamento jurídico, não há dúvida que, mesmo após as reformas do CPC e da CLT, introduzindo a distribuição probatória dinâmica e casuística, as mazelas decorrentes da produção de prova em torno do tema é hoje, e continuará sendo ainda por algum tempo, fator de manutenção deste perverso *status quo* em que as trabalhadoras são preteridas, em especial no tocante aos critérios remuneratórios.

Embora seja certo que a diferença de salário entre homens e mulheres vem diminuindo, o fato é que esta continua ampla e é totalmente injustificável.

Nessa toada, enquanto políticas públicas que visem ao aumento do prazo da licença-paternidade, aproximando homens e mulheres no tocante aos períodos de hiato contratual, incremento do número de creches públicas e valorização do trabalho feminino não são implementadas, qualquer mudança nesse quadro, em que demandas individuais são incomuns e não raro pouco efetivas, imperativo que o MPT, de forma qualificada, continue a municiar o Estado-juiz, através de suas ações civis públicas, com elementos abundantes da materialidade da ilicitude colhidos no inquérito civil.



OS DIREITOS INDÍGENAS NO BRASIL E O PLURICULTURALISMO: O CASO CONCRETO DA EDUCAÇÃO INDÍGENA NO ESTADO DO PARÁ

Sandoval Alves da Silva¹.

RESUMO: O artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade de lançar um novo olhar à questão dos povos originários do Brasil de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com a Convenção n.º 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2004. Essas espécies normativas trazem um contexto normativo nacional em que o indígena é considerado como uma cultura que deve ser reconhecida de forma livre e independente, respeitando-se suas manifestações de vontade, suas tradições, sua propriedade coletiva de terras, fazendo-se consultas a respeito de qualquer medida que o afete etc. Faz-se um breve relato do tratamento que os países latino-americanos têm dado aos povos originários e examina-se sucintamente como cada país buscou enfrentar a questão, mostrando-se, inclusive, a evolução histórico-normativa pela qual passou o Brasil nos últimos anos. De forma ilustrativa, o artigo analisa o caso concreto da educação indígena paraense. Essa análise crítica visa sensibilizar a comunidade acadêmica, profissional e governamental, nas esferas municipal, estadual e federal, para uma possível condenação do Brasil no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, especialmente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtDH), caso a situação dos povos originários permaneça inalterada no que se refere à adoção de ações públicas que os envolvam. Defende-se, enfim, que a ordem jurídica brasileira evolua rumo ao *plurinacionalismo* de forma a suprir a vagueza de vivência

1 Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa "Constitucionalismo, democracia e direitos humanos". Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região, ex-Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (COORDIGUALDADE), professor da UFPA, nas disciplinas Teoria Geral do Processo e Processo Civil, ex-professor de Direito Financeiro e Orçamento Público, ex-procurador do Estado do Pará, ex-assessor da Auditoria Geral do Estado do Pará e ex-analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará.

que a cultura eurocêntrica tem em relação à cultura e à forma de viver dos povos originários.

PALAVRAS-CHAVE: Indígena. Multiculturalismo. Pluriculturalismo.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the need to give a new approach to the issue of indigenous peoples in Brazil in accordance with both the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Convention 169 of the International Labour Organization (ILO), ratified by Brazil in 2004. The two aforementioned normatives depict the national normative context as one that regards the indigenous peoples' cultures as deserving free and independent recognition concerning the manifestation of their will, traditions, collective ownership of land, consultations with regard to any measures that might affect them, etc. The paper talks about a brief report on the treatment the Latin American countries have provided to the indigenous peoples, and how each country has addressed the issue. It also reveals the historical and normative evolution Brazil has undergone with respect to the issues concerning the indigenous peoples in the recent years. Illustratively, the paper discusses a case about the indigenous education in the state of Pará, in the Brazilian Amazon Region. It provides a critical analysis of the case as to sensitize the academic and professional communities as well as the municipal, state and federal governmental agencies regarding the possible condemnation of Brazil by the international protection system for the protection of human rights, especially the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). The condemnation is potential if the situation of the Brazilian indigenous peoples remains unchanged regarding the adoption of public actions involving them.

KEYWORDS: Indigenous. Multiculturalism. Pluriculturalism.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve Contexto Histórico Do Colonialismo Na América Latina E A Tentativa De Domesticação Indígena. 3 Posição Dos Países Da América Latina No Que Se Refere Ao Multiculturalismo, Pluriculturalismo E Plurinacionalismo. 4 Posição Do Brasil No Que Se Refere Ao Multiculturalismo E Ao Pluriculturalismo. 5 O Caso Concreto Da Educação Indígena Paraense E Sua Análise Crítica. 6 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda os direitos indígenas no Brasil a partir de uma breve e sucinta análise das questões culturais indígenas² na América Latina em relação ao colonialismo europeu para tentar entender o processo de reconhecimento e de integração das culturas indígenas no Brasil e nos demais países latino-americanos nos idos dos anos 1980 a 2009. As questões estudadas serão aplicadas a um caso concreto de educação indígena no Estado do Pará, considerando a obrigação que o Estado tem de prover educação atendendo às diversidades culturais indígenas em seu território, como ação afirmativa, constatando-se inicialmente a adoção de uma concepção multicultural no Brasil.

O caso concreto apresentado versa sobre a necessidade de contratação de professores apropriados para ministrar aulas nas localidades indígenas, ponderando a regra do concurso público e as necessidades específicas da educação indígena. Para isso, recorre-se a doutrinadores que apresentam ideias reflexivas sobre a questão dos povos originários no Brasil.

Um dos meios mais utilizados para mitigar os efeitos predadores e discriminatórios das diferenças de pessoas hostilizadas na sociedade brasileira é o instrumento das ações afirmativas, num claro e justo intuito de compensar positivamente as oportunidades oferecidas pelas ocorrências fenomênicas do cotidiano aos abastados, segundo características naturais e sociais inerentes ao local de nascimento, ao nome familiar, às amizades etc. Este artigo traz uma reflexão crítica sobre as ações afirmativas, quando aplicadas aos povos originários de forma descuidada em relação aos que tiveram educação, formação e crenças de uma cultura eurocêntrica, visto que, em certa medida, inseri-los nos programas de governo, tais como os de educação, saúde e cultura, é inseri-los numa crença perversa e predadora de superioridade das características europeias e desprezar as culturas ditas indígenas, a não ser que se atenda à autodeterminação livre de cada povo.

É certo que não podemos fechar os olhos para as características que diferenciam as pessoas. Aliás, o direito e, em especial, os direitos humanos estão a regular as condutas humanas, positiva ou negativamente, apontando os elementos necessários para definir e caracterizar o conteúdo do princípio da isonomia³, demonstrando quando o *discrimen* é permitido, bem como as características que fazem abominar a discriminação.

O alcance do princípio da isonomia tem duplo aspecto: nivelar os cidadãos da norma posta e consagrar a impossibilidade de a norma ser editada em desconformidade com a isonomia⁴. Assim, o preceito magno da igualdade seria inicialmente destinado ao legislador⁵,

2 O termo que parece ser interessante para nominar o que conhecemos como "indígenas" seria "povos originários", por fazer menção aos primeiros habitantes do território brasileiro, porém, neste artigo, os dois termos serão utilizados indistintamente, visto que a própria Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) refere-se a povos indígenas e tribais; além disso, quer-se mostrar que a utilização dos dois termos passou por uma fase de transição, antes da consagração nacional e internacional da referência a "povos originários".

3 O princípio da isonomia aqui será utilizado como sinônimo de igualdade.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., atual., 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

5 Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o princípio da isonomia sob a ótica legislativa, porém neste texto sua utilização tem a pretensão de abranger a definição de juridicidade e de qualquer autoridade investida de poderes para a concretização dos direitos sociais.

que assume o dever de editar leis equânimes, e ao aplicador da lei⁶, que tem a obrigação de tratar todos como iguais perante a lei⁷ e às pessoas destinatárias da norma. Nesse contexto, a lei não deveria ser fonte de privilégios ou perseguições, mas, sim, um instrumento de regulação social, tratando equitativamente os cidadãos, visto que esse é o conteúdo político-ideológico da isonomia⁸.

Assim, cabe observar que as normas nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras ou princípios, uma vez que a função precípua das normas é exatamente dispensar tratamentos desiguais⁹, sem que isso implique efeitos predadores ou de garantia de privilégios a qualquer casta ou grupo, visto que a ofensa à isonomia decorre da escolha de certos diferenciais existentes nas pessoas, coisas ou situações, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrímen*.

A obediência ao princípio da isonomia considera e utiliza fatores de *discrímen* decorrentes de sexo, raça, nascimento, etnia e credo, mas qualquer elemento de diferenciação residente nas pessoas, coisas ou situações pode ser escolhido como fator discriminatório, sem que represente ofensa à isonomia, desde que 1) exista um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial residente na pessoa, coisa ou situação e a desigualdade de tratamento conferida por tal *discrímen* e 2) que essa correlação lógica seja compatível com os interesses prestigiados na Constituição¹⁰ e nas normas internacionais que versem sobre direitos humanos, pois, sem que haja pertinência ou correlação lógica ou ainda conformação com os valores constitucionais ou internacionalmente consagrados, também se impõe a vedação de discriminar.

No intuito de definir o conteúdo do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello define os critérios ou elementos para a identificação do desrespeito à isonomia. Assim, esses critérios seriam: 1) caracterização do fator de discriminação; 2) correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação realizada; 3) consonância da discriminação com os interesses protegidos. Assim, ter-se-ia de perquirir se há uma característica ou elemento de *discrímen*, se há justificativa racional para atribuir tratamento jurídico diferente em função da desigualdade proclamada e, por último, se há harmonia com os valores prestigiados pela Constituição¹¹ e pelas normas internacionais.

Deve-se observar ainda que a ocorrência dos critérios acima indicados é concorrente, ou seja, todos devem ser atendidos¹², sob pena de afronta ao princípio da isonomia. A isonomia e os critérios para constatar o fator de discriminação devem atender a dois requisitos: o primeiro diz respeito à impossibilidade de a lei (*rectius*: norma ou ordem jurídica) erigir critério diferencial que singularize no presente e definitivamente, de forma absoluta,

6 Deve-se observar que a referência à isonomia, no que se refere à igualdade de oportunidades e à eliminação da discriminação ou em qualquer campo, inclusive nas relações de trabalho, deve levar em consideração não só as leis em sentido estrito, mas também a constituição, as normas internacionais e demais normas que tratam dos direitos humanos.

7 MELLO, op. cit., p. 9.

8 Ibid., p. 10.

9 Ibid., p. 12.

10 MELLO, 2002, p. 17.

11 Ibid., p. 21.

12 Ibid., p. 22.

um sujeito a ser acolhido pelo regime peculiar; o segundo refere-se ao fato de que o fator de discriminação deve necessariamente residir na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada, não podendo servir de discrimen fator alheio às pessoas, coisas ou situações submetidas a regime diferentes. Esses requisitos devem ser atendidos, em razão do duplo objetivo do princípio da igualdade, quais sejam: o de ser garantia individual contra perseguições ou situações gravosas e o de tolher favoritismo ou benefícios sem justificativa para tanto¹³.

Obviamente que, quando se comparam duas pessoas, coisas ou situações, sempre haverá semelhanças e distinções, pois não há situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações tão distintas que não possuam algum denominador comum¹⁴. Entretanto, como são as diferenças de oportunidades que criam distorções de tratamento, deve-se buscar a concretização do princípio da igualdade no sentido de que as pessoas devem ser tratadas com igual interesse (ainda que seja na proporção de suas desigualdades), pois, do contrário, haverá o risco de justificação das desigualdades e o fundamento para que existam vidas de pobreza e desesperança¹⁵.

É à luz dessa premissa que se busca analisar como o direito brasileiro trata juridicamente as semelhanças e diferenças dos povos originários na América e no Brasil e como os protegem as normas internacionais. Deseja-se que a cultura indígena seja respeitada de forma livre, autodeterminada, isonômica e fraterna, com base em doutrinas que defendem a autodeterminação dos povos originários, pois a imposição de uma cultura eurocêntrica às outras culturas que convivem no território brasileiro revela, além do sentimento de superioridade advindo da civilização europeia, uma clara evidência do que denomino “vácuo de vivência” em relação à cultura dos povos originários, o que gera incompreensões, julgamentos descontextualizados e conclusões precipitadas e equivocadas a respeito dos direitos indígenas, pela forte desconsideração de suas culturas, hábitos, direitos, sistemas de justiça, crenças e pela falta de percepção de sua forma de vida.

2. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO COLONIALISMO NA AMÉRICA LATINA E A TENTATIVA DE DOMESTICAÇÃO INDÍGENA

Desde o processo de colonialismo europeu iniciado no continente americano no final século XV, no âmbito das conquistas, em especial, portuguesas e espanholas, aparece uma série de problemas envolvendo as comunidades indígenas radicadas no continente americano. A título de exemplo, no México¹⁶ e no Brasil¹⁷, esse processo de conquista tem iní-

13 MELLO, 2002, p. 23.

14 Ibid., p. 42.

15 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, capítulo 9, p. 312-313.

16 GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo. Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, t. XII, p. 531.

17 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Ações afirmativas. São Paulo: LTr, 2012, p. 97.

cio no século XVI e, durante um longo período, envolve a retirada de comunidades indígenas de suas terras, a escravização, o abandono, a anulação de direitos e da identidade, chegando a ser substancialmente reduzida a presença de indígenas.

No Brasil, estima-se que viviam até dez milhões de indígenas, com metade radicada na bacia amazônica, os quais falavam aproximadamente 1300 (mil e trezentas) línguas diferentes. Atualmente, segundo o censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), há 813.963 (oitocentos e treze mil, novecentos e sessenta e três) indígenas, que compreendem aproximadamente 220 (duzentos e vinte) povos indígenas, além de mais de 70 (setenta) grupos isolados¹⁸.

Durante o processo de colonização, merece destaque o horizonte do constitucionalismo, que se abre no século XIX, com o constitucionalismo liberal, passa pelo constitucionalismo social do século XX e alcança, no final do século XX (anos 80) e no começo do século XXI (2009), o que se denomina “multiculturalismo, pluriculturalismo e plurinacionalismo” em vários países da América Latina¹⁹.

Esse último período, portanto, abrange três ciclos de reconhecimento dos direitos dos povos originários. O primeiro começou na década de 80, com a aprovação da Convenção n.º 169 da OIT²⁰ sobre povos indígenas e tribais, que impulsionou várias reformas centradas no reconhecimento e na proteção da pluriétnicidade e do direito à identidade cultural individual e coletiva, que representa o multiculturalismo. O segundo tem início nos anos 90, com várias reformas constitucionais reconhecendo 1) os povos indígenas (*rectius*: originários) como sujeitos coletivos e 2) os direitos políticos de participação, consulta e autonomia, os direitos relacionados com a terra, o território e os recursos naturais e os direitos linguísticos e culturais, caracterizando a natureza multicultural ou pluricultural dos Estados, como Colômbia (1991), México (1992), Peru (1993), Bolívia (1994) e Equador (1998). O terceiro ciclo tem início com as reformas do Equador (2008) e da Bolívia (2009), reconhecendo a plurinacionalidade nesses países mediante o reconhecimento da existência de Estados compostos por distintas nações e povos²¹.

18 BRITO FILHO, loc. cit.

19 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. Disponível em: <<http://www.cesarrodriguez.net/docs/libros/ElDerechoenAmericaLatina.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

20 Antes da Convenção n.º 169 da OIT, vigorava no Brasil a Convenção n.º 107 da OIT, de 1957, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 58.824, de 14 de julho de 1966, e denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 169, pelo Decreto n.º 5.051, em 19 de abril de 2004, razão pela qual se considera a última Convenção para os fins deste artigo, apesar da importância da referida Convenção n.º 107 para o reconhecimento dos direitos indígenas no Brasil.

21 AYLWIN, José. Tendencias contemporáneas de Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina. In: CULLETON, Alfredo; MAUÉS, Antonio; TOSI, Giuseppe; ALENCAR, Maria Luiza; WEYL, Paulo (Org.). Derechos humanos e integración latino-americana. Porto Alegre: Entrementes Editorial, 2011, p. 181-184.

3. POSIÇÃO DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA NO QUE SE REFERE AO MULTICULTURALISMO, PLURICULTURALISMO E PLURINACIONALISMO

O colonialismo europeu parte da ideia do eurocentrismo, em que há uma subjetividade privilegiada baseada na concepção de direitos humanos da cultura europeia (homem, branco, bem vestido, católico ou protestante etc.), razão pela qual, no século XVIII, os direitos humanos foram chamados *direitos do homem*. Essa subjetividade privilegiada exclui, portanto, todos os que não se enquadram nesse estereótipo, entre os quais os índios e as mulheres²². Isso acarreta uma precarização das condições de acesso dos indígenas e das mulheres aos direitos humanos²³.

No século XIX, sob a influência do constitucionalismo liberal, essa ideia expressou-se por meio de três técnicas constitucionais: 1) assimilar os índios e convertê-los em cidadãos titulares de direitos individuais por meio da dissolução dos povos indígenas; 2) reduzir, civilizar e cristianizar os indígenas ainda não colonizados, ditos “selvagens”, para expandir a fronteira agrícola; 3) fazer guerra ofensiva e defensiva contra as nações indígenas “bárbaras”, para anexar seus territórios ao Estado, buscando impor o monocultivismo ou o monismo jurídico²⁴. A evolução legislativa no território nacional, com o Código Civil de 1916, a Lei n.º 4.121, de 1962, e posteriormente a edição do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73), mostra claramente a influência liberal no Brasil.

O horizonte do constitucionalismo social, com a Constituição mexicana de 1917, permitiu questionar o constitucionalismo liberal, com o reconhecimento de sujeitos coletivos e de direitos sociais laborais e agrários dos indígenas (ou melhor, povos originários)²⁵.

A reação ao eurocentrismo teve início tímido ainda antes da aprovação da Convenção n.º 169 da OIT, que teve forte influência nas constituições dos países latinos, que passaram a reconhecer os direitos indígenas em graus diferentes, embora a Convenção n.º 107 da OIT tenha trazido traços significantes de reconhecimento dos direitos indígenas. De 1982 a 1988, esse reconhecimento gradual foi denominado internamente nos países, antes da Convenção n.º 169 da OIT, multiculturalismo (Canadá (1982), Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988).

Depois da citada Convenção, foi chamado *pluriculturalismo*, de 1989 (data da aprovação da Convenção n.º 169 da OIT) a 2005 (Colômbia (1991), México e Paraguai (1992), Peru (1997), Bolívia e Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999) e *plurinacionalismo*, de 2006 a 2009 (Bolívia (2006-2009) e Equador (2008), conforme o nível de proteção e de autonomia da comunidade indígena em cada país²⁶.

22 RIVERA CUSICANQUI, Silvia. La noción de “derecho” o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia. In: RIVERA CUSICANQUI, Silvia. Violencias (re) encubiertas en Bolivia. La Paz: Piedra Rota, 2010, p. 199-200.

23 Ibid., p. 207.

24 YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 140.

25 YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 140.

26 Ibid., p. 141-153.

O plurinacionalismo parece ser também a denominação adotada pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na 107.ª Sessão Plenária, de 13 de setembro de 2007, que consagrou vários direitos dos povos originários, entre os quais os direitos de autodeterminação (art. 3.º), de autonomia ou autogoverno para assuntos internos e locais (art. 4.º), de manter suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais (art. 5.º e art. 11), de adotar um sistema de educação segundo sua vontade (art. 13 a 15), de estabelecer um sistema de informação próprio (art. 16), de serem consultados em sistema de cooperação (art. 19), de buscar a melhora das condições econômicas e sociais, especialmente nas áreas da educação, emprego, capacitação e reconversão profissionais, habitação, saneamento, saúde e seguridade social (art. 20 e art. 21), de prestar atenção aos direitos e às necessidades especiais de idosos, mulheres, jovens, crianças e indígenas com deficiência (art. 22).

O *multiculturalismo*, influenciado por pensadores como Taylor ou Kymlicka, favoreceu o reconhecimento de direitos de grupo para os povos indígenas, incluindo seu próprio direito e sua própria justiça. Esse ciclo tem forte relação com o uso ações afirmativas, pois segue a lógica de inclusão de grupos vulneráveis, como o indígena (não hegemônica), na cultura eurocêntrica (hegemônica), o que leva a uma clara deterioração da cultura supostamente não hegemônica.

O *pluriculturalismo* incorpora alguma forma de pluralismo jurídico interno sem afetar a integridade nacional, a segurança jurídica e os valores dos direitos humanos, com a proteção da diversidade cultural e da igualdade das culturas²⁷. O *plurinacionalismo* parte da ideia de compatibilidade entre o Estado unitário e a pluralidade de nações, com o reconhecimento de direitos coletivos, da livre determinação e da autonomia dos povos indígenas²⁸.

O *multiculturalismo*, baseado no regime capitalista liberal, envolve apenas o reconhecimento dos direitos indígenas, mas não confere aos povos originários o poder de 1) instituir suas próprias autoridades e instituições, 2) criar suas próprias normas e procedimentos ou o direito consuetudinário e seus costumes e 3) administrar a justiça e exercer as funções jurisdicionais, como fazem o *pluriculturalismo* e o *plurinacionalismo*, que admitem tais poderes, de forma limitada no primeiro caso e mais ampla no segundo. É o caso da Bolívia e do Equador, que têm justiça ordinária e indígena, bem como da Corte Constitucional boliviana que é composta de forma paritária com indígenas e não indígenas²⁹.

As concepções monistas e multiculturais revelam graus diferentes de superioridade da cultura europeia em relação às culturas indígenas. Na concepção monista, há uma clara imposição cultural, com o predomínio de uma forma de vida sobre a outra, enquanto no multiculturalismo essa imposição é velada e indireta, pois, embora, aparentemente, sejam empregados meios de defesa dos direitos humanos, como é o caso das ações afirmativas, o sistema eurocêntrico firma-se sobre o dos povos originários. Esse fenômeno ocorre, em parte, em virtude do que denominamos “vácuo de vivência”, caracterizado pela insensibilidade

27 YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 145-147.

28 AYLWIN, 2011, p. 183.

29 YRIGOYEN FAJARDO, op. cit., p. 146-147 e p. 151-152.

ante o outro, por falta de vivência e de apreensão intelectual de outro modo de vida. Esse “vácuo de vivência” nos leva à dificuldade de compreensão do outro por empatia, a julgamentos injustos e descontextualizados, bem como a conclusões precipitadas e equivocadas sobre situações da vida ou de culturas que empiricamente não vivemos. De fato, a inexistência de experiência de vida ou de sentimentos de outras culturas leva-nos a querer impor nossas crenças e julgamentos aos outros, menosprezando hábitos, direitos, sistemas de justiça etc., por absoluta ou parcial falta de vivência ou de percepção da forma de vida dos outros, que nos é estranha ou desconhecida.

4. POSIÇÃO DO BRASIL NO QUE SE REFERE AO MULTICULTURALISMO E AO PLURICULTURALISMO

Contextualizando historicamente o monoculturalismo nacional, no Brasil pós-colonial, os índios e os negros foram considerados incapazes, até que “se civilizassem” (vácuo de vivência), motivo pelo qual foram objeto de uma política de civilização, catequização e domesticação para que saíssem do seu estado primitivo e infantil e fossem efetivamente incorporados à Nação brasileira³⁰.

Seguindo essa premissa, o artigo 6.º, inciso III, do Código Civil de 1916 (capítulo I) tratava os povos originários como silvícolas³¹, incapazes “relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer”. Para corroborar a concepção liberal, o parágrafo único do mesmo dispositivo dispunha que os silvícolas ficariam sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o que cessaria “à medida de sua adaptação” à cultura nacional, que era, por óbvio, uma decorrência da cultura eurocêntrica por “vácuo de vivência”. Houve uma evolução legislativa com a alteração da redação desse artigo 6.º, III, e, especialmente, do parágrafo único do mesmo dispositivo, pela Lei n.º 4.121, de 1962, em que se assevera que a incapacidade relativa dos povos originários cessaria à medida que se fossem “adaptando à civilização do País”.

Nesse contexto histórico da legislação, cabe reafirmar que, antes da Convenção n.º 169 da OIT, vigorava a Convenção n.º 107 da OIT, de 1957, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 58.824, de 14 de julho de 1966, que de fato reconhecia os direitos próprios dos povos originários, visto que não condicionava o reconhecimento desses direitos à possibilidade de não violação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, como fez a convenção n.º 169 da OIT. A Convenção n.º 107 foi denunciada pela ratificação desta última pelo Decreto n.º 5.051, em 19 de abril de 2004.

A Lei n.º 6.001/73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, ainda em vigor, no artigo 3.º, I, define índio ou silvícola como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais

30 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 110.

31 Termo usualmente utilizado para identificar os povos originários na qualidade de pessoas naturais que vivem nas florestas selvagens.

o distinguem da sociedade nacional". No inciso II, do mesmo artigo, define comunidade indígena ou grupo tribal como "um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados".

O Código Civil de 2002 tratou os povos originários no artigo 4.º, que dispõe sobre os incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer. Porém, no parágrafo único, transferiu a discussão sobre a capacidade dos indígenas, que seria regulada por legislação especial. Houve alguma evolução em relação à legislação que precedeu o Código Civil de 2002, mas atualmente a lei especial ainda é a Lei n.º 6.001/73 (Estatuto do Índio), que encerra uma série de regramentos ditados pela cultura não indígena, liberal e eurocêntrica, como direitos civis políticos, assistência ou tutela, registro civil, condições de trabalho, ocupação de terras, bens e rendas, bem como educação, cultura e saúde e normas penais aplicáveis aos povos originários. Tudo de cunho e orientação claramente não indígena, e sem que tenha havido qualquer consulta ou participação dos povos originários envolvidos, o que revela a falta de compreensão do modo de vida dos povos originários ou o "vácuo de vivência" indígena para garantir os direitos a eles aplicáveis, segundo a autodeterminação dos povos, sem qualquer meio direto ou indireto de imposição cultural de povos diferentes.

Constata-se, portanto, que, no direito brasileiro, os indígenas eram tratados como pessoas naturais carentes de adaptação à civilização do País, que era liberal e eurocêntrica; deveriam ser integrados à civilização nacional do país não indígena, sem qualquer referência à autodeterminação dos povos originários, o que evidencia a firme característica do monoculturalismo nacional e do monismo jurídico, que é a forma mais clara de "vácuo de vivência" ou mais brutal e direta de imposição de uma cultura a outra, visto que as normas vigentes eram editadas segundo a ordem jurídica não indígena.

Esse panorama começou a mudar com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que adotou a concepção do **multiculturalismo**, que é uma forma indireta e sutil de submissão da cultura indígena à eurocêntrica. Os artigos 231 e 232 dispõem sobre os direitos indígenas, reconhecendo "aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", mas confere-se à União a competência de "demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (art. 231). Da mesma forma, conferiu-se legitimidade aos povos originários, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, mas destacou-se a competência da justiça federal (que seria uma justiça indígena no regime do **plurinacionalismo**) e determinou-se a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os atos do processo como forma de garantir a proteção daqueles povos que, em tese, não teriam condições culturais de promover suas próprias defesas de forma autodeterminada. Isso mostra uma clara indicação de adoção do regime capitalista, ora de cunho liberal, ora de cunho social, conforme adotado expressamente no artigo 170 da Constituição, com várias menções a direitos sociais, como as prescrições dos artigos 1.º, incisos III e IV, 3.º, incisos I a IV, 5.º, 6.º, 7.º etc.

A adoção do *multiculturalismo* no Brasil explica a razão de se defenderem ações afirmativas para compensar injustiças históricas, uma vez que esse tipo de intervenção estatal em proteção dos hipossuficientes indígenas é característico desse sistema de reconhecimento de direitos indígenas. Porém, isso ainda representa, em certa medida, submissão dos povos originários à cultura eurocêntrica, caso não se respeite a autonomia de vontade ou a autodeterminação desses povos, visto que os direitos consagrados são aqueles positivados na Constituição e na legislação, aprovadas por não indígenas e segundo as crenças eurocêntricas.

Em 19 de abril de 2004, o Decreto n.º 5.051 ratifica a Convenção n.º 169 da OIT e inaugura uma nova fase de reconhecimento dos direitos dos povos originários no Brasil, trazendo elementos determinantes para uma concepção pluricultural, conforme abordagem feita no presente artigo.

É lógico que o fato de o Brasil ter ratificado a Convenção n.º 169 da OIT acarreta alguma mudança na ordem jurídica do país, em especial, diante da tese da suprallegalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal para os tratados que versam sobre direitos humanos. Tal convenção conferiu o direito de propriedade coletiva (art. 14), de consulta para exploração da terra (art. 15) e de compensação de danos, de participação na exploração e na consulta em caso de remoção da comunidade (art. 16). Pode-se, então, afirmar que o Brasil está em fase de transição para o *pluriculturalismo*, pelo menos no campo normativo, com a ratificação da referida Convenção da OIT e com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que assegura os mesmos direitos consagrados na referida Convenção, além de outros no sentido de conferir autodeterminação, autonomia ou autogoverno aos povos originários. Espera-se que em breve possa o Brasil migrar para o *plurinacionalismo*, bastando para isso algumas medidas de maior reconhecimento da cultura dos povos originários, como o reconhecimento da justiça indígena, do sistema de educação que tais povos indicarem, a inserção de indígenas na Suprema Corte etc.

Essa alteração é bastante sentida nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e em algumas Cortes Constitucionais dos países da América Latina, que, adotando a Convenção n.º 169 da OIT diretamente ou como fonte interpretativa, conferiram direito à propriedade coletiva, à vida, ao devido processo, à proteção judicial autônoma, à consulta antes de tomada de decisão que afete os direitos e interesses dos povos originários, a prestações positivas do Estado em situações de extrema pobreza, além da aplicação da citada Convenção ao direito penal³². Isso representa claramente um alerta, visto que, com o avanço nas decisões da Corte Interamericana, o Brasil pode ser condenado por algum fator não adotado pelo multiculturalismo ou por parte do pluriculturalismo. Um exemplo: o Brasil está sendo demandado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela construção da hidrelétrica de Belo Monte, no rio Xingu, região de Altamira (PA), devendo prestar esclarecimentos sobre a situação das

32 COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. Revista Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos, ano 6, n. 10, jun. 2009, p. 60-67.

comunidades tradicionais e indígenas e também sobre as condições da água do Xingu e o trabalho de remanejamento das populações afetadas³³.

A questão de Belo Monte foi levada à CIDH, que concedeu liminar, até hoje não atendida pelo Brasil, para suspender imediatamente o processo de licenciamento da proposta Hidrelétrica de Belo Monte e impedir a realização de qualquer obra até que sejam atendidas as seguintes condições mínimas: (1) realizar processos de consulta, em conformidade com as obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta seja de boa-fé, prévia, livre e informada, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas; (2) garantir às comunidades indígenas beneficiadas, previamente à realização da consulta, acesso ao Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, incluindo a tradução para as respectivas línguas indígenas; (3) adotar medidas para proteger a integridade dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da Bacia do Xingu e para evitar a propagação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas beneficiárias das medidas de precaução devido à construção da hidrelétrica de Belo Monte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido a favor dos povos originários em vários direitos protegidos pela ordem internacional, conforme decisão nos seguintes casos: *Yatama vs. Nicarágua*³⁴ (direitos políticos indígenas para participação eleitoral); *Chitay Nech e Outros vs. Guatemala*³⁵ (direitos políticos e desaparecimento forçado indígena); *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*³⁶ (reconhecimento da personalidade jurídica – comunidade

33 A Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) tem precedentes no mesmo sentido do caso brasileiro submetido à Comissão Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre a proteção da propriedade coletiva ou comunitária indígena nos seguintes julgados: *Povo Saramaka vs. Suriname* (2007) (exploração comercial por meio da construção de uma usina hidrelétrica, inundando os territórios tradicionais do povo originário Saramaka, além da concessão para exploração de madeira e minério) e *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012) (autorização de uma empresa petrolífera privada para explorar e extrair petróleo no território do referido povo indígena).

34 O caso versa sobre candidatos a cargos políticos no país, como prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, pertencentes ao partido YATAMA (Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka), os quais foram impedidos de participar das eleições municipais. A Nicarágua foi condenada pela CtIDH a reformular sua Lei Eleitoral, de forma a prever de forma clara as consequências do não cumprimento dos requisitos estipulados, mudando todos os artigos contrários à Convenção Americana, além de pagar indenização por danos materiais e morais (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. 23 de junho de 2005b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/b3b2dcefe29f27b2984178160015c3ba.pdf>>. Acesso em: 29/06/2016).

35 O caso trata de um conflito interno na Guatemala, em que mais de duzentas mil pessoas foram vítimas de execuções arbitrárias e de desaparecimento forçado por grupos paramilitares, consequências de uma instabilidade política no país, caracterizada por um período ditatorial. A Corte reconheceu que o Estado deve garantir que “os membros das comunidades indígenas e étnicas [...] possam participar na tomada de decisões sobre assuntos e políticas que possam incidir em seus direitos e no desenvolvimento destas comunidades, de forma tal que possam se integrar às instituições e órgãos estatais e participar de maneira direta e proporcional à sua população na direção dos assuntos públicos [...] e de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização”. Negar essa garantia significa a carência de representação nos órgãos encarregados de adotar políticas e programas que poderiam influenciar seu desenvolvimento. A Corte, além de condenar o Estado pelo desaparecimento forçado, reiterou seu entendimento sobre a participação política de culturas tradicionais na definição dos destinos do país (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Chitay Nech e Outros vs. Guatemala*. 25 de maio de 2010a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_por.pdf>. Acesso em: 29/06/2016).

36 O caso versa sobre a existência e a identidade de membros da comunidade indígena que, apesar de terem nascido e morrido no Paraguai, não foram reconhecidos legalmente com personalidade jurídica. A CtIDH condenou o Estado paraguaio por ofensa ao direito de reconhecimento da personalidade jurídica (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*. 29 de março de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf>. Acesso em: 29/06/2016). No mesmo sentido, o caso *Comunidade Yakyé Axa vs. Paraguai*, em que reconhece os povos originários com sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, e os direitos deles resultantes, como a designação de seus próprios líderes e o direito a reclamar suas terras tradicionais. O reconhecimento de tais direitos não se resume ao reconhecimento formal da pessoa jurídica, mas estende-se também à comunidade indígena em si mesma considerada como realidade substancialmente admitida (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso*

indígena em si, e não o formalismo); comunidade indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai³⁷ (personalidade jurídica, propriedade comunitária etc.)³⁸.

5. O CASO CONCRETO DA EDUCAÇÃO INDÍGENA PARAENSE E SUA ANÁLISE CRÍTICA

O caso que ora analisamos versa sobre o recrutamento de servidores públicos com a garantia de acesso ao trabalho sem qualquer preferência ou discriminação. Importa acen-tuar que a matéria tratada na ação civil pública refere-se a uma grave violação de direitos humanos, à garantia de acesso ao trabalho livre de qualquer preferência ou discriminação, nos termos da Convenção n.º 111 da OIT. A ação diz respeito à concretização e ao controle da política pública de recrutamento de servidores públicos, que, ao invés de atender os critérios da regra do concurso público inserta no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nas Convenções da OIT, utilizou critérios de preferências pessoais, contra-riando expressamente a Convenção n.º 111³⁹ da OIT, que prescreve a todo Estado-Membro o compromisso de definir e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação no trabalho.

De acordo com o artigo 1.º da Convenção n.º 111 da OIT, discriminação é entendida como: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

A gravidade da questão reside na exclusão de candidatos que poderiam ser recrutados pelo mérito, com base na regra do concurso público, em contraposição à escolha com fundamento em preferência de pessoas indicadas com base em aproximações e influências

da Comunidade Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguai. 17 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>>. Acesso em: 29/06/2016).

37 O caso tratou da declaração de responsabilidade do Estado paraguaio por ofensa à Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente, a seus artigos 3.º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4.º (direito à vida), 8.1 ((garantias judiciais), 19 (direitos da criança), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial), bem como por ofensa às obrigações consagradas nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direitos internos). A CtIDH condenou o Estado paraguaio por violação aos direitos indicados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. 24 de agosto de 2010b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: 29/06/2016). O direito de propriedade comunitária dos indígenas também foi reconhecido no caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua (2001) e no caso Comunidade Yakyé Axa vs. Paraguai (2005), em que a demora na demarcação das terras impossibilitou o acesso dos membros da comunidade indígena à posse do território e, conseqüentemente, levou-os a uma situação de vulnerabilidade sanitária e alimentar.

38 SILVA, Gabriel de Oliveira. O índio e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Artigos JusBrasil, 2015. Disponível em: <<http://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/221595622/o-indio-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos?print=true>>. Acesso em: 25 maio 2015.

39 A Convenção n.º 111, da OIT, que versa sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, foi promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

políticas, familiares e de ciclo de amizades, sem qualquer critério objetivo, cujas consequências têm por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão no setor público, em que o próprio Estado-Membro é o empregador.

O caso concreto trata, portanto, da invalidação de contratações temporárias pelo Poder Executivo do Estado do Pará, que ganharam irregularmente ares de contratações permanentes, e da renegociação das admissões irregulares na educação indígena, num diálogo institucional que envolve o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Estado do Pará, o Judiciário Trabalhista e o Ministério Público Federal (MPF), cuja rodada procedimental se iniciou em 2005⁴⁰.

Após a propositura da demanda, o MPT e a administração pública direta do Poder Executivo do Estado do Pará fizeram um acordo segundo o qual o Estado deveria: abster-se de prorrogar as contratações temporárias além do prazo permitido em lei; abster-se de contratar servidores sem prévia aprovação em concurso público, salvo para os casos permitidos constitucionalmente, sob pena de multa; distratar 21.838 (vinte e um mil, oitocentos e trinta e oito) servidores contratados a título de temporários com características de prazo indeterminado, sendo 10.338 (dez mil, trezentos e trinta e oito) até 31 de dezembro de 2005, 5.500 (cinco mil e quinhentos) até 31 de março de 2006 e 6.000 (seis mil) até 31 de março de 2007, com cota mínima de 500 (quinhentos) servidores por mês, sob pena de multa; dimensionar o quantitativo de pessoal para viabilizar o cumprimento do acordo, além de outras obrigações acessórias e procedimentais. Nesse acordo, os pedidos inerentes à improbidade administrativa não foram transacionados ou acordados, por expressa vedação legal do artigo 17, § 1.º, da Lei n.º 8.429/92⁴¹.

Em 30 de julho de 2009, as instituições envolvidas reconheceram circunstâncias que impediam o cumprimento do acordo, entre as quais a existência de servidores temporários para atender a educação indígena, razão suficiente para começar uma nova rodada procedimental de diálogo institucional, visto que essa questão não fora prevista e apreciada nas negociações anteriores.

Assim, se a irregularidade ou a violação da igualdade de oportunidades no mercado do trabalho fosse corrigida com certa agilidade, seria afetada a prestação dos serviços públicos de educação, especialmente o atendimento dos direitos sociais de educação indígena, de sorte que declarar nulas as contratações significaria encerrar as atividades de educação indígena⁴².

Essa situação enfrentada pelo MPT e pelo Estado do Pará revelou um abandono do monoculturalismo em prol de uma concepção multicultural, não só porque a contratação de professores indígenas estava irregular, mas também porque o Estado não formara pro-

40 O procedimento investigatório no MPT foi autuado sob o número ACP 001718.2005.08.000/0. Na Justiça do Trabalho, foi autuado sob o número 00187-65.2005.5.08.0013.

41 O pedido de improbidade foi dirigido contra todos os ex-governadores do Estado do Pará. Inicialmente o pedido foi julgado improcedente, chegando até o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, em competência recursal, infelizmente extinguiu o processo sem resolução de mérito por entender ser a Justiça do Trabalho incompetente para julgar as ações de improbidade.

42 BRITO FILHO, 2012, p. 107.

fessores apropriados para lecionar nas diferentes comunidades indígenas, obedecendo às peculiaridades de cada povo originário⁴³.

Nas rodadas procedimentais instauradas e na interação dialógica concluída sobre distrato e contratação de servidores, a solução encontrada foi firmar um acordo⁴⁴ de concretização dos direitos humanos (ACDH)⁴⁵ segundo o qual seriam mantidos os professores indígenas contratados irregularmente até que se cumprissem algumas obrigações de concretização e de construção dos significados constitucionais, como aprovação de lei de criação de cargos, concurso público para professores da educação indígena e implantação de curso superior na Universidade Estadual do Pará⁴⁶. Na negociação, verificou-se a necessidade de recrutamento de professores apropriados para ministrar aulas nas localidades indígenas, ponderando-se a regra do concurso público e as necessidades específicas da educação indígena de cada povo originário.

A solução encontrada foi firmar um acordo de manutenção dos professores indígenas contratados irregularmente até que se cumpram as seguintes obrigações: 1) aprovar os projetos de lei para a criação dos cargos necessários ao atendimento da educação indígena (2010); 2) criar cargos e realizar concurso público para recrutar professores indígenas de nível médio para a educação nas escolas mantidas nas aldeias das etnias Tembê, KyiKatêgê e Parkategê (2011); 3) oferecer, por meio da Universidade Estadual, o Curso de Licenciatura Intercultural para integrantes de todas as etnias indígenas no Estado do Pará para permitir o ensino nas escolas indígenas até a última série do ensino médio (2012); 4) criar e fazer concurso público para os cargos de professor de nível superior tendo em vista os formados no curso de licenciatura intercultural para atendimento a todas as escolas indígenas de responsabilidade do Estado (dezembro de 2015).

Na condução desse conflito, que foi muito bem-sucedida à época, verifica-se claramente o multiculturalismo adotado no Brasil, pois a solução encontrada, inclusive com a adoção de ações afirmativas (criação de curso intercultural), resultou do diálogo direto entre o Ministério Público da União (MPU) e o Estado do Pará, sem consulta ou participação de todas as comunidades indígenas envolvidas, na forma preconizada pela Convenção n.º 169 da OIT.

Os membros ministeriais, com base na ideia de interculturalidade, conceberam de forma progressiva a participação das etnias Tembê, Kyikatêjê e Parkatêjê por meio de representantes indígenas, em claro respeito à cultura indígena e de forma intercultural e integra-

43 Nesse processo, que iniciou em 2005, o autor deste artigo atuou na defesa do Estado à época como Procurador do Estado do Pará, situação que o motivou a fazer concurso público para seguir a carreira do MPT.

44 Esse acordo envolveu ainda o MPF, conforme petição endereçada ao juízo em 18 de dezembro de 2009.

45 O acordo ou compromisso de concretização de direitos humanos (ACHD) – e seu respectivo termo (TACDH) – é o nome sugerido em nossa tese de doutorado para substituir a expressão “ajustamento de conduta”, adotada pela lei, conhecida pela doutrina como “termo de ajustamento de conduta” (TAC). A sugestão de alteração do nome do instrumento de diálogo institucional é necessária em razão da perspectiva da tese de um Ministério Público resolutivo, dialógico e focado na concretização prospectiva dos direitos humanos em detrimento da crença de uma instituição demandista, policialesca e focada na responsabilização pretérita de infratores. Nessa perspectiva, propõe-se a releitura do instrumento para conceber essa nova denominação e a sugestão de *lege ferenda* de utilização pela lei do nome *juris* ora proposto, razão pela qual doravante o antigo TAC será tratado como acordo ou compromisso de concretização de direitos humanos (ACDH) (SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 23).

46 BRITO FILHO, 2012, p. 107-108.

tiva, mas, na análise progressiva e gradual, essa integração tem de ficar mais intensa e contar com a participação autodeterminada dos povos originários abrangidos⁴⁷.

Nesse sentido, a ordem jurídica brasileira permite ainda que se busquem, progressiva e gradualmente, mecanismos de consulta e de participação das comunidades envolvidas no processo de educação indígena em novas rodadas procedimentais de diálogo institucional entre os atores responsáveis pela interpretação e pela concretização dos direitos humanos sociais, nas quais se pode permitir a participação ampla preconizada na Convenção n.º 169 da OIT, utilizando-se de ações interculturais integrativas, sem o contexto tradicional das ações afirmativas. Assim, resta nesse processo contínuo, dinâmico, gradual e progressivo, a necessidade de novas negociações em rodadas procedimentais, considerando a vontade livre e autodeterminada das comunidades originárias envolvidas.

Esse problema é muito mais abrangente, pois evidencia que o Estado do Pará precisa desenvolver a educação indígena por intermédio de um diálogo mais amplo com a comunidade indígena envolvida, com a consulta ou a participação livre e autodeterminada de todos os indígenas afetados, ou com uma participação representativa, e ainda com o estabelecimento de meios para o pleno desenvolvimento das instituições de proteção dos povos originários⁴⁸, conforme preceitua o artigo 6.º da referida Convenção n.º 169. De forma especial, a questão atinge o artigo 27, que, no § 1.º, determina o desenvolvimento e a aplicação de programas e de serviços de educação em **cooperação** com cada comunidade indígena, o que representa uma orientação dialógica, para que o direito seja concretizado por meio de rodadas procedimentais. O § 2.º do mesmo artigo prescreve a **participação** dos povos indígenas na formulação e na execução de programas de educação. Segundo o § 3.º, os governos deverão reconhecer o direito que os povos indígenas têm de criar suas próprias instituições e meios de educação, desde que sejam respeitadas as normas mínimas em **consulta** aos povos indígenas. O artigo 22 da referida Convenção refere-se à “participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional”; cita ainda a necessidade de cooperação e de consulta no que diz respeito à organização, ao funcionamento e à adequação de programas de formação profissional para os indígenas. Segundo o artigo 28, “sempre que for viável”, as crianças dos povos interessados deverão aprender a ler e a escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo; quando isso não for viável, cabe às autoridades competentes consultar esses povos sobre as medidas a serem adotadas.

Além de vários outros direitos, como de consulta, cooperação, autogoverno etc., a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas confere os seguintes direitos na área da educação indígena: 1) revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas (art. 13); 2) estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativas, que ofereçam edu-

47 Deve-se observar que a atuação ministerial à época teve a cautela de atender alguns requisitos da Convenção da OIT, demonstrando mais uma ação integrativa de culturas, ainda que em certo grau, do que efetivamente uma ação afirmativa, nos moldes idealizados tradicionalmente.

48 Deve-se registrar que os membros ministeriais tiveram essa percepção e buscaram contar com a representação indígena dos povos afetados, mas o número de convocados foi pequeno para a quantidade de povos originários afetados, o que mostra a dificuldade à época de conseguir uma representação mais significativa.

cação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e de aprendizagem (art. 14.1); 3) não serem discriminados em todos os níveis e formas de educação do Estado, em particular as crianças (art. 14.2); 4) ter acesso à educação em sua própria cultura e em seu próprio idioma, em particular as crianças, inclusive as que vivem fora de suas comunidades (art. 14.3) etc.

Observa-se, por último, que a imposição de ações afirmativas sem garantir os direitos dos povos originários assegurados pela ordem jurídica brasileira configura um ato de discriminação sem fundamento na Constituição e nas normas internacionais que consagram os direitos humanos, caso não haja consulta prévia às comunidades indígenas para fins do exercício da liberdade consciente na autodeterminação e no autogoverno dos povos originários.

Nesse sentido, cabe constatar que a simples imposição das políticas e ações de não indígenas aos povos originários, sem uma prévia consulta e sem a cooperação com a população afetada, constitui um fator de *discrimen* injusto, pois não há uma correlação lógica entre a peculiaridade diferencial residente na pessoa, coisa ou situação (indígena) e a desigualdade de tratamento conferida por tal *discrimen* (imposição da vontade política não indígena), bem como revela uma relação lógica incompatível com os interesses prestigiados na Constituição e nas normas internacionais que versam sobre direitos humanos (Convenção n.º 169 e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas), impondo-se para esse fim a vedação de discriminar.

Observa-se assim que a adoção unilateral de medidas políticas, administrativas, legislativas, ministeriais ou judiciais, desconsiderando a autogoverno dos indígenas, não atende o conteúdo do princípio da igualdade, como defende Celso Antônio Bandeira de Mello, por não haver harmonia da discriminação (ações afirmativas eurocêntricas) com os interesses e direitos humanos protegidos na Constituição e nas normas internacionais (autodeterminação dos indígenas) e por não haver justificativa racional para atribuir aos indígenas o mesmo tratamento de não indígenas, sem ouvi-los cooperativamente.

No caso concreto em análise, pode-se falar em avanço ou em concretização progressiva, em razão do tempo e da judicialização da causa. Todavia, o Brasil corre um forte risco de ser demandado internacionalmente por não adimplir integralmente a Convenção n.º 169 da OIT, se não der continuidade às medidas tomadas, de forma progressiva, gradual e dinâmica. Isso pode ser evitado com a continuação do diálogo ministerial em novas rodadas procedimentais para a concretização dos direitos humanos sociais, especialmente da educação indígena, com a participação da comunidade afetada nos termos da referida Convenção da OIT, para que possa ser preenchido esse “vácuo de vivência” que as instituições de influências eurocêntricas têm em relação aos povos originários, visto que será a própria comunidade indígena que expressará livremente seus hábitos, crenças, direitos e sistemas de vida que têm experimentado em seu dia a dia por séculos e séculos, passando-os de geração em geração.

Ademais, a ratificação dessa Convenção pelo Brasil, juntamente com a tese da supralegalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para os tratados internacionais

de direitos humanos, faz do Brasil um país gradualmente multicultural e pluricultural⁴⁹. Isso sem esquecer a tendência plurinacional por que passa a ordem internacional latino-americana. Por outro lado, observa-se que, no caso concreto citado, o diálogo ainda não acabou, visto que há direitos humanos a serem concretizados em relação aos povos originários, o que pode ser viabilizado pelo diálogo institucional extraprocessual ou judicial por meio do Ministério Público, que deverá iniciar outra rodada procedimental para atender a tais direitos de forma contínua, gradual, progressiva e dinâmica, a fim de suprir o “vácuo de vivência” que a cultura brasileira eurocêntrica tem em relação aos povos originários que habitam o território brasileiro.

6. CONCLUSÃO

O artigo teve como finalidade precípua demonstrar a necessidade de se lançar um novo olhar à questão dos povos originários do Brasil de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com a Convenção n.º 169 da OIT, visto que a promulgação da Constituição em 1988 e a inserção da Convenção pelo Decreto n.º 5.051, em 19 de abril de 2004, inauguraram duas fases importantes dos direitos humanos dos indígenas brasileiros.

A principal evolução na concretização dos direitos humanos dos povos originários brasileiros ocorreu com o advento da Convenção n.º 169 da OIT, a qual considera o indígena como cultura que deve ser reconhecida de forma livre e independente, respeitando-se suas manifestações de vontade, suas tradições, sua propriedade coletiva de terras, fazendo-se consultas a respeito de qualquer medida que o afete etc.

Isso impõe aos governantes brasileiros a responsabilidade de abrir oportunidades interculturais para ouvir os povos originários e interagir com eles de forma plural no âmbito normativo, dos sistemas de justiça e educacional etc. Em alguns países latino-americanos, como Equador (2008) e Bolívia (2009), a evolução alcançou a plurinacionalidade, mediante o reconhecimento da existência de Estados compostos por distintas nações e povos, com justiça ordinária e indígena e Corte Constitucional formada, paritariamente, por indígenas e não indígenas, o que ainda não é o caso brasileiro. A Convenção traz fortes parâmetros para a consideração dos povos originários brasileiros na concretização dos direitos sociais, os quais devem ser atendidos de forma dinâmica, progressiva, contínua e gradual, como forma de alcançar a plurinacionalidade.

O caso concreto apresentado acerca da educação indígena paraense encerra elementos importantes para a sensibilização da comunidade acadêmica, profissional e governamental, nas esferas municipal, estadual e federal, para suprir o “vácuo de vivência” e evitar uma possível condenação do Brasil no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, especialmente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtDH), caso a situação

dos povos originários permaneça inalterada no que se refere à adoção de ações públicas que os envolvam de forma livre e autodeterminada.

O processo de concretização da Convenção n.º 169 da OIT revela a necessidade de alteração da estrutura dos órgãos públicos para o desenvolvimento e a aplicação de programas e de serviços de educação de forma cooperativa e participativa com cada comunidade indígena. Os órgãos públicos deverão reconhecer o direito que os povos originários têm de criar suas próprias instituições e meios de educação. O instrumento para motivar a participação nas ações deve ser a consulta aos povos indígenas. No mesmo sentido, deve ocorrer a participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional, além de outras medidas que trilhem o caminho do reconhecimento progressivo e cada vez mais forte dos direitos humanos dos povos originários. Isso demonstra que o Brasil está, no campo prático, a meio termo entre o multiculturalismo e o pluriculturalismo como forma de igualdade de consideração e respeito aos povos originários, apesar de normativamente ser pluricultural.

Essa constatação tem ainda um forte impacto na consideração das ações afirmativas, visto que a proposta é inserir os indígenas na cultura eurocêntrica da maioria do povo brasileiro. Daí a adoção de sistemas de cotas em universidades para que a comunidade originária aprenda a cultura do homem, branco e cristão. Na realidade, não se busca respeitar a cultura de cada comunidade segundo suas crenças e autodeterminação de conhecimento e reflexiva (crítica) sobre sua forma de viver.

Numa inversão de papéis, seria interessante imaginar como seria uma ação afirmativa dos povos originários em relação à cultura eurocêntrica brasileira, com cotas em cada comunidade originária para o povo não indígena, com o intuito de buscar apreender com base em sua língua nativa o sistema educacional, as crenças metafísicas, os conhecimentos de saúde e a experiência profissional que cada povo tem. Isso seria um exercício empático interessante para começar a refletir se a ação afirmativa, nesse particular, não é, em certa medida, uma forma de demonstrar que a cultura não indígena é superior à indígena.

Essa inversão reflexiva e empática, que convido todos a fazer, demonstra que as ações afirmativas nos moldes previstos para outros grupos vulneráveis não podem ser aplicadas aos povos originários, sob pena de submissão e de deterioração das culturas indígenas. Nesse contexto, propõe-se a definição de uma ação governamental integrativa entre as culturas que vivem sob a égide de um mesmo país, de forma a respeitar a autodeterminação (de conhecimento e crítica) dos povos que compartilham o mesmo território.

Obviamente que a ação afirmativa (*rectius*: ação integrativa entre culturas) que adote a forma de consulta, cooperação e colaboração de forma livre e consciente, que evidencie a determinação e a autonomia dos povos originários, não se enquadra nessa reflexão, visto que, de forma consciente, optou-se por se integrar ou fazer parte do sistema educacional adotado para todos os brasileiros.

Estas considerações têm a pretensão de sensibilizar todos os brasileiros acerca da necessidade de tratamento dos povos originários com base na concepção dos direitos hu-

manos, em especial, da necessidade de concretização da Convenção n.º 169 da OIT, para suprir o “vácuo de vivência” que os não indígenas têm em relação aos indígenas e evitar uma possível condenação do Brasil por organismos internacionais de proteção dos direitos humanos em razão de práticas discriminatórias eurocêntricas. Busca-se igualmente sensibilizar todos os brasileiros acerca da necessidade de adoção de ações integrativas que obedeçam à interculturalidade, com igualdade e respeito entre povos ou nações que vivem sob a mesma soberania estatal.

Esta reflexão evidencia, ainda, a necessidade de analisar os dispositivos do Estatuto do Índio para que se possam adaptar ou considerar revogados muitos dispositivos que estão em desconformidade com um controle de constitucionalidade e convencionalidade ante a tendência pluricultural da ordem jurídica brasileira vigente.

O que se verifica não só na questão dos povos originários, como em qualquer outra questão que envolva grupos vulneráveis, é a ausência, por parte de uma cultura eurocêntrica e altamente discriminatória, de vivência ou de experiência das dificuldades (ou melhor: vácuo empírico ou de sentidos) pelas quais esses grupos passam na vida cotidiana. Isso poderia ser superado por vários meios: 1) apresentando-se as dificuldades desses grupos para sensibilizar os que não têm vivência como vulneráveis; 2) tendo-se uma vivência direta dessas dificuldades nas comunidades vulneráveis; 3) instaurando-se um processo empático com o esforço mental de inversão de papéis etc. Esse vácuo empírico de vivência ou o esforço mental de se colocar no lugar do outro representa o enorme buraco negro para se entender ou sentir a situação daqueles cuja capacidade e cuja autonomia são vulneráveis em relação à maioria dos integrantes de uma sociedade.

É nesse contexto que o artigo convida todos a superar esse “vácuo de vivência” e a buscar a concretização dos direitos humanos dos povos originários com fundamento na concepção de igualdade e de respeito entre os povos residentes, para se alcançar de forma livre, consciente, harmônica e autodeterminada a concepção da plurinacionalidade, mediante o reconhecimento da existência de Estados compostos por distintas nações e povos, como ocorre na Bolívia e no Equador. Dessa forma, será possível assumir o pluralismo jurídico interno sem afetar a integridade nacional, a segurança jurídica e os valores dos direitos humanos, protegendo-se a diversidade cultural e a igualdade das culturas, de forma a compatibilizar as concepções de um Estado unitário com a pluralidade de nações, com o reconhecimento de direitos coletivos, de livre determinação e de autonomia dos povos originários.

REFERÊNCIAS

AYLWIN, José. Tendencias contemporáneas de Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina. In: CULLETON, Alfredo; MAUÉS, Antonio; TOSI, Giuseppe; ALENCAR, Maria Luiza; WEYL, Paulo (Org.). **Direitos humanos e integração latino-americana**. Porto Alegre: Entrementes Editorial, 2011. p. 179-196.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Medida Cautelar n.º 382/10. 2011. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. 31 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>>. Acesso em:

_____. Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. 17 de junho de 2005a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>>. Acesso em:

_____. Caso Yatama vs. Nicarágua. 23 de junho de 2005b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/b3b2dcefe29f27b2984178160015c3ba.pdf>>. Acesso em:

_____. Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. 29 de março de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf>. Acesso em:

_____. Caso do Povo Saramaka vs. Suriname. 28 de novembro 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>>. Acesso em:

_____. Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala. 25 de maio de 2010a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_por.pdf>. Acesso em:

_____. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. 24 de agosto de 2010b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em:

_____. Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/dd8acea6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf>>. Acesso em:

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **Revista Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos**, ano 6, n. 10, p. 53-81, jun. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo. Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coord.). **La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, t. XII. p. 531-554.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., atual., 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

RIVERA CUSICANQUI, Silvia. La noción de “derecho” o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia. In: RIVERA CUSICANQUI, Silvia. **Violencias (re) encubiertas en Bolivia**. La Paz: Piedra Rota, 2010. p. 212-223.

SILVA, Gabriel de Oliveira. **O índio e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Artigos JusBrasil, 2015. Disponível em: <<http://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/221595622/o-indio-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos?print=true>>. Acesso em: 25 maio 2015.

SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. Disponível em: <<http://www.cesarrodriguez.net/docs/libros/El-DerechoenAmericaLatina.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.



DISCRIMINAÇÃO POR IDENTIDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Sofia Vilela de Moraes e Silva¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva discutir sobre a discriminação por identidade de gênero nas relações de trabalho.

Para tanto, inicialmente, apresenta a crítica da Judith Butler à concepção tradicional de gênero, perpassando pelas reflexões sobre identidade, pessoas transgêneras e exclusão.

Posteriormente, busca-se trazer uma perspectiva normativa e jurisprudencial sobre o tema, assim como a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate às formas de discriminação por identidade de gênero nas relações de trabalho.

O assunto é instigante, perturbador e pouco explorado no meio acadêmico. A pesquisa ora proposta não pretende esgotar todas as particularidades que rondam o assunto, mas se propôs a traçar um caminho para que os direitos fundamentais e os princípios de combate às desigualdades sejam efetivados no plano da identidade de gênero.

2. GÊNERO E A EXPRESSÃO DA IDENTIDADE

2.1. A crítica genealógica e a produção da identidade por Judith Butler

A teoria crítica contemporânea sobre gênero tem, na atualidade, como principal ícone a professora de retórica e literatura comparada da Universidade da Califórnia, em Berkeley, Judith Butler.

Influenciada pelo pensamento pós-estruturalista, primordialmente de Jacques Derrida e Michel Foucault, assim como pela teoria psicanalítica, feminista e marxista, Butler desenvolve um projeto inovador de criação da identidade, que repercute nas diversas áreas de conhecimento e estudos em todo o mundo.

¹ Procuradora do Trabalho. Mestre em Direito pela UFAL e Doutora em Direito pela UFPE. Vice- Coordenadora Nacional da Coordigualdade do MPT. Membro do Grupo de Trabalho sobre gênero da Coordigualdade.

O pós-estruturalismo fundamenta-se em uma crítica desconstrutivista principalmente às premissas da metafísica ocidental, por questionar as oposições binárias. Como ela informa:

Meu próprio pensamento tem sido influenciado pela Nova Política de Gênero (New Gender Politics), uma combinação de movimentos que englobam o transgênero, a transexualidade, a intersexualidade e suas complexas relações com a teoria feminista e queer.²

Em sua obra **Problemas de gênero**, Butler, ao se utilizar da crítica genealógica, desenvolvida por Nietzsche e reformulada por Foucault, busca compreender as categorias fundacionais de sexo, gênero e desejo como efeitos de uma formação do poder, que se encontra nas instituições, nas práticas e nos discursos de maneira múltipla e difusa. Por isso, foca sua investigação no falocentrismo e na heterossexualidade compulsória.³

Butler questiona o sujeito do feminismo “mulher” como categoria preexistente ao gênero. Argumenta que há, na verdade, um sujeito em processo, construído pelo discurso. Segundo a autora:

Se alguém “é” uma mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém é; o termo não logra ser exaustivo, não porque os traços predefinidos de gênero da “pessoa” transcendam a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constituiu de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos, e porque o gênero estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Resulta que se tornou impossível separar a noção de “gênero” das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida.⁴

Registre-se que essa formulação não exclui a existência de apenas um sujeito. Afirma que esse sujeito não se encontra obrigatoriamente antes dos seus atos.

Discute-se a vinculação do sexo com a natureza e do gênero com a cultura. Para a autora: “Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado ‘sexo’ seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma”. Em seguida, acrescenta que inserir “a dualidade do sexo num domínio pré-discursivo é uma das maneiras pelas quais a estabilidade interna e a estrutura binária do sexo são eficazmente asseguradas”⁵

Indiscutivelmente o que Judith Butler busca romper é a ordem compulsória que associa sexo ao gênero e ao desejo. Essa ordem se configura da seguinte maneira:

2 BUTLER, Judith. **Deshacer el género**. Barcelona: Paidós, 2006, p. 17. Tradução livre do original.

3 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 9.

4 *Ibidem*, p. 20.

5 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25.

*O gênero só pode denotar uma **unidade** de experiência, de sexo, gênero e desejo, quando se entende que o sexo, em algum sentido, exige um gênero - sendo o gênero uma designação psíquica e/ou cultural do eu - e um desejo - sendo o desejo heterossexual e, portanto, diferenciando-se mediante uma relação de oposição ao outro gênero que ele deseja. A coerência ou a unidade interna de qualquer dos gêneros, homem ou mulher, exigem assim uma heterossexualidade estável e oposicional.⁶*

Desse modo, mostra-se socialmente lógico e inevitável o fato de, por exemplo, alguém nascer com órgãos sexuais femininos, comportar-se como mulher e possuir desejo sexual por homens.

Ela entende, portanto, que as normas de inteligibilidade socialmente instituídas e mantidas criam gêneros “inteligíveis”. Aqueles que instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo são aceitos socialmente. Ao mesmo tempo, essa mesma lógica desenvolve a ideia de seres cujo gênero é “incoerente” ou “descontínuo”, que estariam fora da inteligibilidade cultural pela qual as pessoas são definidas.⁷

É exatamente nessa ideia que surge a exclusão às pessoas que não se enquadram na condição de “normalidade” instituída socialmente. De maneira que não é concebível ou “inteligível”, a existência de pessoas que nasçam com órgãos sexuais masculinos, comportem-se como mulheres e possuam desejo sexual por homens, por exemplo.

Conclui Butler que “o gênero não deve ser construído como uma identidade estável ou um **locus** de ação do qual decorrem vários atos; em vez disso, o gênero é uma identidade tenuemente constituída no tempo, instituído num espaço externo por meio de uma repetição estilizada dos atos”. Nesse contexto, surge o conceito de performance, o qual está associado à ideia de uma construção dramática repetitiva, na qual “a repetição é a um só tempo reencenação e nova experiência de um conjunto de significados já estabelecidos socialmente; e também é a forma mundana e ritualizada de sua legitimação”.⁸

Desse conceito, é importante inferir que a performance não é uma escolha, mas reiteração de normas já consolidadas, as quais os próprios sujeitos sequer percebem que estão reproduzindo.

Como ações públicas, temporárias e coletivas, a performance teria o objetivo de manter a estrutura binária. Sendo assim:

O fato de a realidade do gênero ser criada mediante performances especiais contínuas significa que as próprias noções de sexo essencial e de masculinidade ou feminilidade verdadeiras ou permanentes também são constituídas, como parte da estratégia que oculta o caráter performativo do gênero e as possibilidades performativas de proliferação das con-

6 Ibidem, p. 45.

7 Ibidem, p. 38.

8 BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato. Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 200.

figurações de gênero fora das estruturas restritivas da dominação masculinista e da heterossexualidade compulsória.⁹

As ideias de Butler influenciaram a perspectiva da existência de uma multiplicidade de gênero e da construção de novas identidades e movimentos sociais, assim como da Teoria *Queer*.¹⁰

2.2. Identidade de gênero e pessoas Transgêneras

Da mesma forma que gênero e sexualidade não são dados biológicos, as identidades de gênero e sexuais são construídas, compostas e definidas por relações sociais, assim como são delimitadas pelas relações de poder na sociedade.¹¹

As identidades sociais, isto é, o sentido de pertencimento a um grupo social de referência – identidade de raça, de gênero, de classe - são construídas em contextos históricos e culturais, de maneira que, conforme Guacira Louro:

*Essas múltiplas identidades sociais podem ser, também, provisoriamente atraentes e, depois, nos parecerem descartáveis; elas podem ser, então, rejeitadas e abandonadas. Somos sujeitos de identidades transitórias e contingentes. Portanto, as identidades sexuais e de gênero (como todas as identidades sociais) têm o caráter fragmentado, instável, histórico e plural, afirmado pelos teóricos e teóricas culturais.*¹²

Na busca pela fixação de identidades, o corpo é visto como a principal referência, uma vez que, aparentemente, enquadrar-se-ia como a base imutável e biológica, capaz de definir as identidades. Nessa lógica, o corpo possuiria as marcas definidoras dos seres humanos.

Contudo, a noção de corpo sem interferência cultural e histórica vem sendo abandonada, haja vista que os próprios sinais extraídos do corpo requerem uma interpretação dos significados apreendidos. Sendo assim, imposições higiênicas, estéticas, morais, associados à maneira de se vestir, adornar-se, embelezar-se, exercitar-se, por exemplo, constroem marcas aos corpos.

Por meio da interpretação dessas marcas é realizado o processo de reconhecimento de identidades, o qual gera a classificação dos sujeitos, a demarcação das diferenças e a discriminação. Conforme Guacira Louro:

9 *Ibidem*, p. 201.

10 A teoria *queer* começou a ser desenvolvida a partir do final dos anos 80 por uma série de pesquisadores e ativistas bastante diversificados, especialmente nos Estados Unidos. “O termo descreve um leque diverso de práticas e prioridades críticas: leituras da representação do desejo pelo mesmo sexo em textos literários, filmes, música e imagens; análise das relações de poder sociais e políticas da sexualidade; críticas do sistema sexo-gênero; estudos de identificação transexual e transgênero, de sadomasoquismo e de desejos transgressivos” (SPARGO, Tamsim. **Foucault e a Teoria Queer**. Trad. Vladimir Freire. Rio de Janeiro: Pazulin; Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2006, p. 8-9).

11 LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.) **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 3 ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 11.

12 LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.) **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 3 ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 12.

[...] Em nossa sociedade, a norma que se estabelece, historicamente, remete ao homem branco, heterossexual, de classe média urbana e cristão, e essa passa a ser a referência que não precisa ser mais nomeada. Serão os 'outros' sujeitos sociais que se tornarão 'marcados', que se definirão e serão denominados a partir dessa referência. Dessa forma, a mulher é representada como 'o segundo sexo' e gays e lésbicas são descritos como desviantes da norma heterossexual.¹³

A escola, a família, as instituições religiosas e a lei são exemplos de instâncias de produção de concepções sobre a identidade, reproduzindo o saber hegemônico sobre as identidades de gênero feminina e masculina "normal", estável e natural, as quais vinculam apenas a um parâmetro de identidade sexual dita como adequada: a heterossexual.

Essas mesmas instâncias de produção do discurso sobre a sexualidade realizam uma intensa vigilância para que haja a perpetuação da "verdade" criada. Como consequência, há uma legitimação da marginalização de identidades que fogem ao padrão social, tais como gays, lésbicas, *queer*, bissexuais, transexuais, travestis, por exemplo, os quais, pela simples existência, comprovam a instabilidade binária das identidades de gênero e sexuais, e, paralelamente, reivindicam a visibilidade e o reconhecimento.

Após a conceituação de identidade é preciso compreender o significado de identidade de gênero. A designação "identidade de gênero" foi criada, em 1964, pelo pesquisador americano Robert Stoller¹⁴. Ele estudou inúmeros casos de indivíduos considerados em sua época como intersexos¹⁵ ou com os genitais escondidos e que, por equívoco, tinham sido enquadrados com o gênero oposto ao de seu sexo biológico.

Atualmente, identidade de gênero concerne ao sentimento pessoal de um ser humano se perceber como homem, como mulher, com as duas coisas ao mesmo tempo ou com nenhuma delas. A pessoa se identifica, na verdade, com os "modelos de gênero" estabelecidos pela sociedade. É assim, conforme Letícia Lanz:

[...] um auto-conceito que cada indivíduo faz de si mesmo como masculino ou feminino, baseado em um número muito maior de variáveis do que apenas o seu sexo biológico real. A identidade de gênero funciona como um "mapa interno" que informa a cada um de nós que tipo de pessoa a gente efetivamente acha que é, a despeito do enquadramento de gênero que nos foi dado ao nascer¹⁶.

13 *Ibidem*, pp. 15-16.

14 COSTA, Ronaldo Pamplona. **Os onze sexos**: as múltiplas faces da sexualidade humana. São Paulo: Editora Gente, 1994, p.11.

15 A nomenclatura "intersexuado" é recomendada para denominar seres humanos que nascem com variações nas suas características sexuais, tais como nas gônadas, cromossomos e órgãos sexuais, as quais dificultam a identificação dos indivíduos em femininos ou masculinos. Há uma intensa campanha para que os indivíduos intersexuais não sofram, logo ao nascer, cirurgia para a eliminação de órgão sexual, uma vez que a escolha sobre o gênero recai unicamente a médicos e familiares e não ao próprio indivíduo.

16 LANZ, Letícia. Identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.leticialanz.org/identidade-de-genero/>>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

Na tentativa de enquadrar todas as identidades de gênero consideradas divergentes, quais sejam, as que apresentam desvio em relação às normas de conduta do dispositivo binário de gênero mulher-homem, foi adotado o termo “transgênero” (Trans), que funciona como uma espécie de “guarda-chuva” para abrigar todas essas identidades (como travestis¹⁷, andróginos¹⁸, transexuais, *crossdresser*¹⁹, *drag queen*²⁰, intersexuados e etc.).

Conforme Letícia Lanz, transgênero:

Refere-se a todo tipo de pessoa envolvida em atividades que cruzam as fronteiras socialmente aceitas no que diz respeito à conduta de gênero. O termo transgênero busca cobrir um amplo espectro de comportamentos considerados transgressivos à disciplina imposta pelo dispositivo binário de gênero, que vão desde a simples curiosidade de experimentar roupas/calçados/adereços próprios do outro gênero até a firme determinação de realizar mudanças físicas através do uso de hormônios e cirurgias. O termo transgênero vem sendo utilizado para classificar as pessoas que, de alguma forma, não podem ser socialmente reconhecidas nem como “homem”, nem como “mulher”, pois o seu “sexo social” não se enquadra em nenhuma das duas categorias disponíveis, que são masculino e feminino.[...] A rigor, todas as letras do grupo LGB (gays, lésbicas e bissexuais) poderiam constituir subgrupos dentro do universo transgênero. Todos, voluntária ou involuntariamente, transgridem regras de conduta de gênero, todos pagam o preço social por isso e todos, de alguma forma sonham em ver revogados os dispositivos de gênero que os colocam à margem do convívio social considerado “normal”.²¹

Transgêneras²² seriam, portanto, as pessoas que não estariam ajustadas às duas únicas categorias oficiais de gêneros instituídas socialmente: mulher e homem. Elas transgridem as normas do sistema binário de gênero, único considerado “inteligível”. Em razão disso, são incompreendidas, estigmatizadas, excluídas, associadas à promiscuidade, à perversão e invisibilizadas pela sociedade.

17 “Independentemente de sexo ou gênero, e definido de maneira ampla, travesti é qualquer pessoa que se apresenta socialmente usando roupas e adereços culturalmente definidos como de uso próprio do sexo oposto”. (LANZ, Letícia. O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. f. 342. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Setor de Ciência Humanas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p.338.)

18 “Indivíduo que apresenta, simultaneamente, características físicas e comportamentos de homem e de mulher, obscurecendo ou eliminando, por assim dizer, a rígida divisão social existente entre o gênero masculino e o gênero feminino” (*Ibidem*, p. 291).

19 “O *crossdresser* típico é um caso muito especial de transgeneridade, caracterizado tanto pela exagerada preocupação em não se revelarem publicamente quanto pela vergonha e culpa que carregam no ato de se travestir. [...] Aliás, a maioria dos CDs se declaram machos heterossexuais e, no máximo, bissexuais, fazendo questão se sublinhar que praticamente inexistem indivíduos homossexuais entre eles. Embora não haja estatísticas precisas, os *crossdressers* devem ser, de longe, o subgrupo mais populoso do universo transgênero” (*Ibidem*, p.297).

20 “No universo transgênero, as *drag queens* destacam-se pelo modo over (exagerado) com que representam o gênero feminino, mostrando em público uma figura de mulher muito mais ‘caricatura’ do que propriamente ‘feminina’. [...] Com orientação sexual predominantemente homossexual (ao contrário das *crossdressers* e das travestis), as *drag queens* caracteristicamente se travestem somente para a realização de shows e apresentações em boates e bares GLSTB, onde também atuam geralmente como recepcionistas” (*Ibidem*, p.301).

21 Lanz, Letícia. O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. f. 342. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Setor de Ciência Humanas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, pp. 334-335.

22 Cisgêneras (Cis), em contrapartida, seriam as pessoas que se encontrariam em conformidade ao rótulo de identidade de gênero, homem e mulher, os quais receberam em razão do órgão genital exposto.

3. A EXCLUSÃO DA PESSOAS TRANS DAS RELAÇÕES DO TRABALHO

Ao se examinar artigos, manuais, livros especializados, percebe-se que a doutrina tradicional brasileira e estrangeira, em regra, quando trata sobre o tema da discriminação de gênero, limita-se à questão da discriminação contra a mulher.

Assim, a Constituição Federal, a CLT e as normas infraconstitucionais, ao abarcar exclusivamente a proteção a trabalho da mulher, dentro do contexto de gênero, acabam por ocultar a proteção trabalhista a outras pessoas que a Lei expressamente não contempla. Mantêm-se, portanto, desconhecidos perante o ordenamento jurídico.

Visualiza-se que o conceito de gênero, limitado à relação homem/mulher, impede a percepção humana em aceitar outras formas de identidade que ultrapassem o binarismo clássico.

Berenice Bento reflete que “o conceito de humano está assentado em um projeto político que retira humanidade daqueles que não tem o gênero compatível com o sexo”²³. Acrescenta a referida autora que “enquanto a diferença sexual estiver no centro de invenção do humano moderno, a transexualidade e outras expressões de gênero que negam essa precedência estarão relegadas ao limbo existencial”²⁴.

Nas relações de trabalho, o limbo existencial é evidente, a ausência de uma ampliação do conceito de gênero contribui para a perpetuação da exclusão e discriminação, deixando no ostracismo as pessoas transgêneras, as quais não incluídas no mercado formal de trabalho.

Restam-lhes procurar áreas que não as rejeite, muitas vezes associada à beleza e à moda, quais sejam: maquiadoras, manicures, cabeleireiras. Infelizmente a prostituição²⁵ ainda se revela como uma fonte de subsistência dessa parcela da população.

O mercado é extremamente cruel com as pessoas transgêneras, desde o processo de seleção à manutenção e promoção no posto de trabalho, culminando, por diversas vezes, com demissões discriminatórias. Muitas pessoas, por isso, preferem o isolamento, a mudança completa de vida, a perda de uma carreira acadêmica a passar por momentos de constrangimento e humilhação.

Em muitos casos, pelo intenso assédio que sofrem, muitas pessoas não conseguem sequer concluir os estudos.

23 BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidade. In: COLLING, Leandro. (Org.) Stonewall 40 + o que no Brasil? Salvador: EDUFBA, 2011, p. 90.

24 Ibidem, p. 91.

25 Não há muitos dados estatísticos sobre o mercado de trabalho de pessoas trans disponíveis. De qualquer forma, a título ilustrativo da exclusão, cita-se a matéria publicada no Correio de Uberlândia, em que: “Apenas 5% das travestis de Uberlândia estão no mercado formal de trabalho, de acordo com dados da Associação das Travestis e Transexuais do Triângulo Mineiro (Triângulo Trans). Das travestis que trabalham informalmente na cidade, 95% estão na prostituição. Para a presidente do Triângulo Trans, Pâmela Volp, o preconceito e a falta de oportunidades são os principais fatores para que a maioria permaneça na prostituição” (NOGUEIRA, Daniela. Apenas 5% das travestis estão no mercado formal; demais estão na prostituição. Correio de Uberlândia. Caderno Cidade e Região. 29 de junho de 2103. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/apenas-5-das-travestis-estao-no-mercado-formal-dema-is-estao-na-prostituicao/>>. Acesso em: 07 de agosto de 2014).

4. O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Há inúmeros trabalhos tratando sobre discriminação no direito do trabalho. Maurício Godinho Delgado, em seu clássico *Curso de Direito do Trabalho*, discorre sobre o assunto da discriminação em capítulo que aborda o sistema de garantias salariais. Segundo ele discriminação é “a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”²⁶.

O autor afirma que as democracias ocidentais possuem intenso combate à discriminação, pois visam à inclusão social. No caso brasileiro, essa luta consolidou-se com a Constituição Federal de 1988. Como fez Américo Plá Rodriguez, Delgado faz distinção entre princípio de não discriminação ou simplesmente princípio antidiscriminatório e o princípio da isonomia ou da igualdade. Para ele, o Direito do Trabalho abarcou prioritariamente o princípio da não-discriminação, que possui ao mesmo tempo um caráter de proteção e de resistência, visando a um piso mínimo de civilidade entre os pactuantes e evitando diferenciações injustificadas.

Plá Rodriguez aduz que o princípio da igualdade, devido à sua maior abrangência, não seria inerente ao Direito do Trabalho porque esse ramo jurídico não objetiva coibir “todas as diferenças, mas só as diferenças injustificadas, que costumam ser identificadas pela palavra discriminação”²⁷.

No que diz respeito ao conceito de discriminação, Maria Luiza Coutinho assevera que:

*O ato ou efeito de discriminar, ou seja, de distinguir, de fazer diferença, de segregar, pôr à parte por intolerância ou preconceito, seria discriminação, que guarda conotação de desvalor por distinguir pessoas, grupos ou situações, utilizando-se de ideias preconcebidas que os leva à posição de inferioridade.*²⁸

Desse modo, a discriminação está associada ao preconceito, à falta de informação, à intolerância, chegando ao ponto de destruir autoestimas, conduzir processos depressivos, massacrar seres humanos. Alerta a referida autora que nem todas as práticas que diferenciam podem ser enquadradas como discriminatórias, mas somente aqueles que buscam destruir ou alterar a igualdade de oportunidade e de tratamento entre indivíduos os grupos.

No mesmo sentido, Yara Gurgel²⁹ afirma que:

[...] a vertente negativa do princípio da igualdade – a não discriminação se encerra em cláusula constitucional aberta. A proibição de tratamento discriminatório não se exaure nos fatores apontados textualmente pelo constituinte nos arts. 3º, IV e 7º, XXX da Constituição, mas em qualquer forma de discriminação motivada pelo preconceito.

26 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 773.

27 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 442.

28 COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 18.

29 GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 139.

Conforme José Cláudio Monteiro de Brito³⁰, para compreender a discriminação é necessário conceituar algumas categorias não jurídicas: como o estigma, o estereótipo e o preconceito.

Os estigmas seriam marcas reais, não apenas físicas, que induzem as pessoas a perceberem negativamente outra, levando, muitas vezes, à exclusão. São exemplos de estigmas: marcas físicas, certos comportamentos individuais e estigmas a grandes grupos em razão da raça, religião, etnia e etc.

O estereótipo constitui em generalizações a certos grupos, tomando como verdade universal algo que foi observado em integrantes de grupos específicos. Não leva em consideração se a característica é real ou não, mas sim a intenção de imputar a grupos construções indesejadas e negativas e clichês. São exemplos de estereótipos a ideia de que todos os judeus são sovinas e que mulheres loiras são menos inteligentes.

Já o preconceito, conforme a própria palavra, é um prévio julgamento, um conceito anterior sem necessariamente estar relacionado ao caso concreto, sem avaliação crítica. Não deixa de ser, como o estereótipo, um produto do meio social, que se propaga facilmente e adere às mentes acríticas que ajudam a reproduzi-lo geração por geração.

A discriminação, assim, é uma exteriorização do preconceito. É uma forma de o indivíduo externar seu pensamento negativo e deteriorante em relação a certos tipos de grupos.

Além desses sentimentos, são causas ainda da discriminação nas relações de trabalho a busca de instituições e grupos para manter privilégios historicamente conquistados, caso do racismo, da xenofobia e da intolerância como um todo, que, associados a motivos sociais, culturais, políticos e, principalmente, econômicos, contribuem para a conservação da exclusão laboral.

É comum a distinção entre discriminação direta e indireta. A discriminação direta é aquela que se caracteriza como uma exclusão visível, na qual há um tratamento diferenciado sem qualquer subterfúgio, fundada em razões arbitrárias³¹. Como exemplo, ter-se-iam os anúncios de empregos que expressamente delimitam um tipo físico ou características que não possuem relevância para o exercício do trabalho, fazendo uma exclusão, por exemplo, a pessoas baixas, negras, idosas e transgêneras.

A discriminação indireta se configura com a adoção de disposições gerais aparentemente neutras, mas que, na realidade, criam desigualdades. Aqui, confere-se um tratamento formalmente igual, mas que acarreta diferenciação injustificada no resultado. A intenção discriminatória torna-se irrelevante, por isso a grande dificuldade em se provar e identificar o caráter excludente. Esse tipo de discriminação se revela quando um setor econômico se mostra mais propício a receber homens ou quando se exige critérios extremamente específicos que apenas alguns grupos sociais possuem. Maria Luiza Coutinho³² cita o exemplo da contratação

30 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Ação afirmativa: alternativa eficaz para a busca da diversidade no trabalho Pelo Ministério Público do Trabalho. In: SANTOS, Élisson Miessa do; CORREIA, Henrique (Coords.). Estudos Aprofundados MPT - Ministério Público do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 373-374.

31 CARLOS, Vera Lúcia. Discriminação nas relações de Trabalho. São Paulo: Método, 2004, p. 31.

32 COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro, op. cit., pp. 23-24.

de trabalhadores com “disponibilidade para viagens”, quando se sabe que as mulheres, em regra, são menos disponíveis do que os homens, haja vista as responsabilidades familiares. Acrescenta a exigência de fotografia como elemento do currículo como uma forma de obter resultados discriminatórios.

Classifica-se a discriminação em legítima e ilegítima. Discriminação legítima acontece quando o critério distintivo utilizado para diferenciar se encontra explicado pela situação concreta. É o caso da contratação exclusiva de mulheres para trabalhar em presídios femininos. Já a discriminação ilegítima é fundada em preconceito, eis que diferencia sem justificativas aceitáveis.

Quanto ao momento, a discriminação pode ocorrer nas fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual. Na pré-contratual, o trabalhador pode ser discriminado, por exemplo, quando o processo de seleção é excludente, quando há a exigência de certidões para acesso ao emprego ou atestados de gravidez ou esterilização. Na fase contratual, as discriminações podem acontecer por meio do assédio moral ou sexual, por critérios promocionais diferenciados e por outros meios que o empregador encontre para excluir certos trabalhadores. São exemplos de discriminação pós-contratual o pagamento de verbas rescisórias somente a um determinado grupo ou mesmo o estabelecimento das chamadas “listas discriminatórias”, nas quais os empregadores divulgam entre si nomes de empregados que ingressaram na Justiça após o término do contrato de trabalho, a fim de dificultar o seu ingresso no mercado de trabalho.

Nesse contexto, resta saber se a discriminação por identidade de gênero possui respaldo no Direito positivo e se, conforme o princípio da discriminação e os demais princípios anteriormente referidos, pode ser legalmente combatida e punida pelo judiciário.

Como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 é um marco divisor na consagração dos direitos fundamentais, possuindo princípios fundamentais que são o alicerce axiológico do sistema, os quais definem os direitos e as obrigações, assim como delimitam as normas-regras do ordenamento jurídico.

Especificamente em relação ao trabalho, manteve a proibição de diferença de salários, de critério de admissão e também de exercício de funções por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX).

A princípio, realizando uma interpretação literal e limitativa, poder-se-ia pensar que há um rol taxativo e limitativo para os casos de proteção em face da discriminação no ambiente laboral - sexo, idade, cor e estado civil.

Contudo, como se sabe, a nova hermenêutica constitucional, requer uma articulação mais apurada do intérprete para extrair o conteúdo das normas jurídicas, no intuito de viabilizar a concretização do Direito. Nesse sentido, diante do princípio da unidade da constituição, deverá haver uma integração de todas as normas constitucionais.

Sendo assim, o art. 3º, IV, da CF/88, aduz que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**; o *caput* do art. 5º, da CF/88

informa que “**todos** são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”; o inciso XLI do art. 5º informa que “a lei punirá **qualquer discriminação** atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Destarte, as normas constitucionais reforçam que qualquer tipo de conduta discriminatória deve ser combatida, inclusive, no ambiente laboral. Sérgio Torres conclui:

Ao consagrar os princípios da igualdade e da não discriminação, portanto, o legislador pátrio não limitou as suas causas a um elenco pré-determinado de motivos, e, tampouco, restringiu a sua esfera de incidência a apenas determinado rol de atos. Não há uma relação exaustiva ou um rol taxativo quanto aos fatos geradores da discriminação ou quanto às atividades nas quais tal conduta nociva seria proibida. Os postulados da isonomia e da não discriminação orientam toda a conduta dos integrantes da sociedade brasileira, independentemente da espécie de discriminação praticada, seja quanto à causa geradora, seja quanto ao ato praticado.³³

Acrescente-se que a Convenção n. 111³⁴ da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre a matéria de discriminação em emprego e ocupação, define a discriminação nas relações de trabalho como “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão [...]”.

Ademais, entre os dias 6 a 9 de novembro de 2006, em Yogyakarta, Indonésia, especialistas da área aprovaram os Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos nas questões que dizem respeito à orientação sexual e à identidade de gênero.³⁵

No preâmbulo do documento, há as seguintes definições sobre orientação sexual e identidade de gênero:

COMPREENDENDO “orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

ENTENDENDO “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver,

33 TEIXEIRA, Sérgio Torres. Dignidade Humana e a invalidação da dispensa discriminatória. In: GUERRA, Rogéria Gladys Sales; ROCHA, Sabrina Araújo Feitoza; TEIXEIRA, Sérgio Torres (Orgs). A multidisciplinaridade dos direitos fundamentais: uma análise reflexiva. Recife: Nossa Livraria, 2014, p. 111.

34 Por força do art. 5º, §§ 2º e 3º, CF/88, os tratados internacionais de proteção dos direitos fundamentais, caso da convenção n. 111 da OIT, possuem natureza de norma constitucional.

35 ONU. Princípios de Yogyakarta. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 de agosto de 2013.

*por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.*³⁶

Dentre os 29 princípios consagrados, o Princípio 12 dispõe sobre o Direito ao Trabalho, o qual aduz que “toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero”³⁷.

Infere-se, portanto, que as mencionadas normas visam a coibir todas as formas de discriminação no ambiente laboral, inclusive, aquelas voltadas a excluir pessoas transgêneras, afastando qualquer argumento de ausência de proteção na legislação. Esse fato, no entanto, não afasta a necessidade de normas, no âmbito nacional e internacional, voltadas a combater as discriminações em razão da identidade de gênero, tendo em vista que concederia maior visibilidade ao problema, subsidiaria as decisões jurídicas e reforçaria a luta contra a exclusão.

5. A JURISPRUDÊNCIA E OS LITÍGIOS ENVOLVENDO PESSOAS TRANS

Embora a legislação ainda não tenha evoluído na temática da discriminação por identidade gênero, os Tribunais Trabalhistas vêm sendo suscitados a resolver os dilemas laborais em face desse tipo de discriminação, conforme os três casos abaixo delimitados.

O primeiro caso retrata o caso de Nilce, que trabalhava na central de ambulância da cidade de Itu, no estado de São Paulo, há 14 anos. Em 2007, resolveu assumir a transexualidade e, a partir daí, alegou que sofreu perseguição por parte do seu superior hierárquico, o qual não lhe determinava mais serviço. Todos os dias, dirigia-se ao trabalho, mas o seu empregador lhe deixava na ociosidade, ou seja, não lhe permitia uma exposição, como se ela fosse uma grande anomalia que devesse ser escondida. Em primeira instância, o juiz do trabalho julgou improcedente o pedido de dano moral, eis que não vislumbrou nenhuma atitude discriminatória. Já em recurso, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, foi reconhecido o assédio moral, ficando o município obrigado a pagar o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização por dano moral, segundo o relator:

*O fato do empregador deixar o empregado na ociosidade, sem qualquer função, marginalizando-o no ambiente de trabalho, constitui inequivocamente assédio moral. E, na hipótese, o assédio moral é decorrente da discriminação de que o autor foi vítima, discriminação essa que sequer foi declarada, mas, sim, velada, que é aquela que é mais difícil de ser comprovada, porque não se caracteriza por comportamento visível a todos.*³⁸

36 ONU. Princípios de Yogyakarta, op. cit.

37 Idem.

38 BRASIL. TRT (15ª Região). RO n. 0078000-40.2008.5.15.0018. 3ª Turma. Relator Desembargador Federal do Trabalho Lourival Ferreira dos Santos. DJ 01/06/2010. Disponível em: <www.trt15.jus.br> Acesso em: 16 de setembro de 2010.

Na referida decisão, o julgador, somente em segunda instância, compreendeu que houve verdadeira discriminação, de modo que fundamentou a condenação na Convenção n. 111 da OIT e nos artigos 1º, III e IV, da CF 3º e 5º, *caput*, da CF/88 e art. 1º da Lei n. 9.029/95.

O segundo caso refere-se a uma Reclamação Trabalhista ajuizada na Vara do Trabalho de Alta Floresta, no estado do Mato Grosso, na qual uma trabalhadora requereu dano moral em face da empresa que laborou, tendo em vista alegar que se sentia constrangida por ter que vestir o uniforme da empresa no mesmo ambiente no qual uma pessoa transgênera também utilizava.³⁹

Na oitiva em juízo, a reclamante informou que pessoa do sexo masculino, com nome feminino, utilizava o banheiro das mulheres. A empresa justificou que se tratava de uma pessoa transexual feminina e que a trabalhadora reclamante estava agindo com discriminação.

A juíza negou o pedido de danos morais, compreendendo que “não seria razoável que um trabalhador transgênero, com sentimentos e aparência femininos, fosse compelido a utilizar vestiário masculino”. Acrescentou que obrigar alguém a utilizar um vestiário particular específico seria também reafirmar o preconceito e a discriminação. Desse modo, julgou como acertada a decisão da empresa em permitir que a trabalhadora fizesse uso do vestiário feminino.

A decisão baseou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos e especificamente nas resoluções da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre orientação sexual e identidade de gênero, assim como nos Princípios de Yogyakarta.

O terceiro caso, por sua vez, é semelhante ao anterior. Refere-se à Reclamação Trabalhista n. 21076-2012-003-09-00-00, processada na 3ª Vara do Trabalho de Curitiba, ajuizada por uma transexual.

A reclamante ajuizou reclamationária, alegando que sofreu diversos constrangimentos na empresa em razão de sua não identificação com seu gênero biológico. Narrou que era obrigada a utilizar os vestiários e banheiros masculinos, assim como era assediada moralmente pelos colegas de trabalho (recebia bilhetes com dizeres de baixo calão e teve seu armário arrombado).

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido de dano moral, uma vez considerar que “a utilização dos vestiários masculinos pela autora, que possui auto-identificação com o gênero feminino, mas tem aparência do gênero masculino, por si só, não é capaz de ensejar o pagamento de indenização por dano moral”⁴⁰.

39 BRASIL. TRT (23ª Região). Notícias: Trabalhador Transgênero tem direito de usar vestiário feminino. 24-06-2014. Disponível em: <<http://portal.trt23.jus.br/ecmdemo/public/trt23/detail?content-id=/repository/collaboration/sites%20content/live/trt23/web%20contents/Noticias/trabalhador-transgenero-tem-direito-de-usar-vestiario-feminino>>. Acesso em: 08 de agosto de 2014.

40 BRASIL. TRT (9ª Região). Processo n. 21076-2012-003-09-00-00. Juiz Luca Furiati Camargo. DJ 17/01/2014. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=5824876&procR=AAAS5HABaAAJIVyAAC&ctl=21076>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

No julgamento do Recurso Ordinário, a Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região reformou a decisão de primeira instância, condenando a empresa a pagar uma indenização por danos morais no valor de R\$ 5 mil (cinco mil reais).

Segundo o revisor, Desembargador Edmilson Antônio de Lima:

Pelo depoimento da preposta é possível concluir que a identidade de gênero feminino era do conhecimento da ré e dos colegas de trabalho da parte autora. Portanto, uma vez que a ré admite em defesa que o superior hierárquico tratava a autora como figura masculina, há evidente discriminação, circunstância que não pode ser tolerada pelo Poder Judiciário.

Com relação ao dano decorrente da proibição de utilização do vestiário feminino, também entendo que a decisão de origem merece reparo.

(...)

embora biologicamente a autora tenha nascido com genitália masculina, no caso dos autos, ao que tudo indica, ela age socialmente como mulher (veste-se como mulher e prefere ser chamada de Renata), assim como aquelas que assim o são por determinação biológica. A autora se vê como mulher e assim espera ser tratada pela sociedade. As travestis, transexuais, ou seja, as transgênero de modo geral devem ser encaradas como mulheres na utilização do banheiro e em qualquer ocasião de suas vidas sociais, em respeito ao princípio da dignidade humana, sem nenhuma discriminação (art. 3º, IV, da CRFB/1988).

Ainda, vale destacar que segundo os termos da defesa, “as instalações contam banheiros e chuveiros privativos” (fl. 93). Ou seja, não havia necessidade de as empregadas despirem-se totalmente na frente das outras. A situação de a autora ser vista de lingerie perante os empregados do sexo masculino me parece mais desconfortante do que as empregadas do sexo feminino serem vistas de lingerie pela parte autora, que também se vê como mulher.⁴¹

Nesse caso, destacam-se os seguintes pontos: o juiz de primeiro grau e a relatora do Recurso Ordinário haviam julgado como improcedente o pleito de indenização por dano moral, demonstrando que o assunto é controvertido nos Tribunais Trabalhistas; o baixo valor da indenização por dano moral, apenas R\$ 5 mil reais, considerando que a uma mulher foi imposta a utilização de banheiro masculino; e a utilização do princípio da dignidade humana e de artigo da própria Constituição (art. 3, IV, da CRFB) para identificar a discriminação e a violação legal.

Os três casos acima narrados evidenciam as divergências existentes entre os julgadores e, ao mesmo tempo, confirmam o quanto o assunto é polêmico, novo e necessita de

41 BRASIL. TRT (9ª Região). RO n. 21076-2012-003-09-00-0. 1ª Turma. Relatora Desembargadora Federal do Trabalho Neide Alves dos Santos. DJ 28/10/2014. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=6328357&procR= AAAS5SAEMAAMeA4AAM&ctl=3950>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

um tratamento adequado pelos doutrinadores, no intuito de subsidiar o Poder Judiciário na aplicação do Direito.

Fora da esfera laboral, especificamente na Justiça Comum, há inúmeras jurisprudências referentes ao pleito de alteração do registro civil, inclusive já afastando a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização para realização da mudança do nome e sexo no assento civil⁴².

É rotineira a citação dos artigos 1º, III, 3º, IV e 5º, X da CF/88, além da invocação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade para garantir às pessoas transexuais a alteração do registro no intuito de adaptar a designação sexual e o prenome à nova situação do cidadão.

No âmbito das ações coletivas, destaca-se o acórdão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, **proferido pelo Relator Roger Raupp, que, reformando a sentença de primeiro grau, julgou procedente a** ação civil pública (ACP) n. 2001.71.00.026279-9-RS43, veiculada pelo Ministério Público Federal. A decisão de segundo grau determinou a inclusão, na tabela de procedimentos pagos pelo Sistema Único de Saúde, da cirurgia de transgenitalização dos tipos neocolpovulvoplastia⁴⁴, neofaloplastia⁴⁵ e/ou procedimentos sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, conforme critérios estabelecidos na Resolução nº 1.482/1997, do Conselho Federal de Medicina.

O acórdão mostra-se inovador, progressista e sensível ao tema da transexualidade, conforme trechos da ementa a seguir selecionados:

- 42 Cita-se, a título exemplificativa, a decisão no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, reformando a decisão de juiz de primeiro grau, deferiu o pedido de retificação do registro civil de transexual feminino, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização: "EMENTA: Retificação de registro civil. Transexual que preserva o fenótipo masculino. Requerente que não se submeteu à cirurgia de transgenitalização, mas que requer a mudança de seu nome em razão de adotar características femininas. Possibilidade. Adequação ao sexo psicológico. Laudo pericial que apontou transexualismo. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar nome do gênero feminino, em razão de ser portador de transexualismo e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do transexualismo e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "PN". Sentença reformada. Recurso provido". (BRASIL, TJSP, AC 0013934-31.2011.8.26.0037, 10ª C. Dir. Priv., Rel. Carlos Alberto Garbi, Dj. 23/09/2014).
- 43 BRASIL. TRF (4ª Região). AC 2001.71.00.026279-9-RS. Rel. Juiz Roger Raupp Rios, DJ. 14/08/2007. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultadopesquisa&selForma=NU&txtValor=200171000262799&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sisistema=&hdnRefId=4e5ef8d3dc3e6062c641c0dcc0b55611&txtPalavraGerada=kryj&txtChave=>>. Acesso em: 23 de novembro de 2014.
- 44 Cirurgia de redesignação do sexo masculino para o feminino, constituindo-se uma vagina.
- 45 Cirurgia de redesignação do sexo feminino para o masculino, constituindo-se um pênis.

[...]3- A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade.

[...] 5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. (Grifou-se).

A referida decisão reflete o ativismo judicial e a busca pela concretização dos direitos fundamentais, eis que, com o trânsito em julgado da decisão, o Ministério da Saúde publicou a Portaria n. 2.803/2013, que redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).

Esclarece-se, ademais, que o direito de uma pessoa transexual ser tratada de forma harmônica com sua identidade de gênero em todas as esferas sociais é tema com repercussão geral já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A matéria chegou ao Supremo por meio do Recurso Extraordinário (RE) n. 84577946, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. A autora, que é transexual feminina, requereu indenização por danos morais por ter sido constrangida por funcionário de um shopping, na cidade de Florianópolis, quando tentava utilizar o banheiro feminino.

Nesse sentido, é necessária a fixação dos fundamentos teóricos-dogmáticos da proteção do trabalho em função do gênero, a fim de que subsidiem a evolução da legislação, bem como auxiliem os magistrados nos julgamentos de casos emblemáticos, tais quais os supramencionados.

6. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO POR IDENTIDADE DE GÊNERO

O Ministério Público é uma instituição permanente, desvinculada dos poderes do Estado, essencial à função jurisdicional do Estado, que, além de defender a ordem jurídica, o

46 “Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. Presença de repercussão geral. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas, bem como por não se tratar de caso isolado”. (STF, RE 845.779-SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 23/10/2014).

regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, protege os interesses coletivos e difusos (Artigo 129, Inciso III, CF/88).

A Carta Magna aduz que uma das funções institucionais do Ministério público é promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF/88).

O Ministério Público do Trabalho (MPT) é um órgão independente que defende a ordem jurídica e a legislação trabalhista, quando houver interesse relevante, procurando regularizar e mediar as relações entre empregados e empregadores. Cabe ao MPT promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.

O MPT também exerce importante papel na resolução administrativa (extrajudicial) de conflitos. A partir do recebimento de denúncia, ou por iniciativa própria, pode instaurar inquéritos civis e outros procedimentos administrativos, visando à regularização das condutas, por vezes culminando com a assinatura de termo de ajuste de conduta.

Ademais, a instituição possui uma atuação preventiva e promocional intensa, que objetiva atuar em temáticas com grande repercussão social. Nesse contexto, dentro do *Parquet* trabalhista, há uma coordenadoria específica de combate às discriminações.

A Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho – COORDIGUALDADE foi instituída em 28 de outubro de 2002, por meio da Portaria nº 273/2002, almejando definir estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema, bem como a atuação ágil onde se faça necessária a presença do Ministério Público do Trabalho, integrando seus membros em plano nacional de forma uniforme e coordenada.

Os eixos temáticos da Coordenadoria são: o combate à discriminação a trabalhadores, a inclusão nos ambientes de trabalho da pessoa com deficiência ou reabilitada e a proteção da intimidade dos trabalhadores.

Sendo assim, o MPT possui atribuição para atuar no combate à discriminação por identidade de gênero, de forma preventiva ou repressiva, buscando a garantia dos direitos fundamentais do trabalho e a preservação de ambientes laborais livres.

Em 01 de dezembro de 2015, foi publicada pelo Procurador Geral do Trabalho a Portaria n. 1036, a qual assegurou a todas as pessoas travestis e transexuais, assim como todas aquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, o uso do nome social no âmbito do Ministério Público do Trabalho.

A Portaria garantiu ainda o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com o nome social e a identidade de gênero de cada pessoa.

Recentemente, o Ministério Público do Trabalho, por meio da Coordigualdade, e a Organização Internacional do Trabalho, com apoio da empresária e chef de cozinha Paola Ca-

rosella e seu sócio Benny Goldemberg, promoveu, em novembro e dezembro de 2017, ação de capacitação de transexuais e travestis em curso básico de ajudante cozinha.

O curso está inserido em um projeto pioneiro e ainda em andamento de empregabilidade de pessoas Trans, no intuito de promover o trabalho digno e decente para essa parcela da população em situação de vulnerabilidade social.

O *Parquet* trabalhista, portanto, reconheceu institucionalmente o direito ao tratamento digno e ao combate à discriminação em razão da identidade de gênero e vem se articulando com diversas instituições e sociedade civil para promover o trabalho decente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incompreensão generalizada das diversas formas de expressar o gênero contribui para à discriminação por identidade de gênero. Por isso, a necessidade primordial de desmistificar a estrutura binária do gênero, no intuito de, verdadeiramente, abrir mentes e contribuir para a justa aplicação do Direito.

As nomenclaturas transexuais, travestis, transgêneras carregam confusões terminológicas e uma carga de pré-concepções, muitas vezes, odiosas e preconceituosas.

Nesse sentido, casos de assédio moral, assédio sexual, remuneração diferenciada, anúncios discriminatórios, revista íntima e utilização de banheiros em ambientes laborais por pessoas transgêneras, por exemplo, devem ser apreciados pela articulação do Princípio da Proteção – basilar do Direito do Trabalho – e os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito – Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da não Discriminação –, a fim de assegurar a efetividade máxima dos direitos fundamentais dessa parcela da população. Ademais, a sociedade, os membros do poder judiciário e Ministério Público precisam abandonar as pré-compreensões ilegítimas sobre quem são esses sujeitos.

Para tanto, é necessário entender que o sistema binário homem-mulher não corresponde à diversidade existente na sociedade, de maneira que não oferece a resposta adequada às demandas sociais e judiciais.

A partir desse pressuposto, torna-se mais inteligível pensar que pessoas podem nascer com órgãos sexuais masculinos, comportarem-se socialmente como mulheres e solicitarem que os outros, em qualquer esfera das suas relações sociais, aceitem e respeitem sua identidade de gênero.

A diversidade é inerente à sociedade. Sendo assim, as relações de trabalho devem ser um reflexo da multiplicidade, cabendo também ao MPT zelar pela igualdade de oportunidade e combater todas as formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

- BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidade. In: COLLING, Leandro. (Org.) **Stonewall 40 + o que no Brasil?** Salvador: EDUFBA, 2011.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Ação afirmativa: alternativa eficaz para a busca da diversidade no trabalho Pelo Ministério Público do Trabalho. In: SANTOS, Élisson Miessa do; CORREIA, Henrique (Coords.). **Estudos Aprofundados MPT** - Ministério Público do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2012.
- BUTLER, Judith. **Deshacer el género.** Barcelona: Paidós, 2006
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de Trabalho.** São Paulo: Método, 2004.
- COSTA, Ronaldo Pamplona. **Os onze sexos: as múltiplas faces da sexualidade humana.** São Paulo: Editora Gente, 1994.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade.** Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.
- LANZ, Letícia. **Identidade de gênero.** Disponível em: <<http://www.leticialanz.org/identidade-de-genero/>>. Acesso em 20 de novembro de 2014.
- LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero.** f. 342. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Setor de Ciências Humanas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.) **O corpo educado: pedagogias da sexualidade.** 3 ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.
- ONU. **Princípios de Yogyakarta.** 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 de agosto de 2013.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SPARGO, Tamsim. **Foucault e a Teoria Queer.** Trad. Vladimir Freire. Rio de Janeiro: Pazulin; Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2006.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Dignidade Humana e a invalidação da dispensa discriminatória. In: GUERRA, Rogéria Gladys Sales; ROCHA, Sabrina Araújo Feitoza; TEIXEIRA, Sérgio Torres (Orgs). **A multidisciplinaridade dos direitos fundamentais**: uma análise reflexiva. Recife: Nossa Livraria, 2014.



FRAUDES NAS COTAS RACIAIS, COMISSÕES DE VERIFICAÇÃO E AUTODECLARAÇÃO CONFRONTADA

José Jorge de Carvalho, Mylene Pereira Ramos Seidl e Valdirene Silva de Assis¹

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa contribuir para a fundamentação e consolidação das Comissões de Verificação dos candidatos a cotas raciais, tanto nos processos seletivos das universidades federais, de acordo com a Lei Federal nº 12.711 de 2012, como para os concursos para cargos do serviço público, segundo a Lei 12.990 de 2014. Trazemos para o debate nossa experiência de acompanhamento das cotas nas universidades, desde o seu início em 2002/2003, e da nossa participação como membros da Comissão de Verificação do último concurso do Ministério Público do Trabalho, em fevereiro do presente ano.

Assistimos, neste momento, a uma sequência de denúncias de fraudes nos vestibulares, feitas por estudantes cotistas negros nas universidades federais do Rio Grande do Sul (UFRGS), do Sul da Bahia (UFSB), do Recôncavo Baiano (UFRB), de Juiz de Fora (UFJG), de Viçosa (UFV), de Pernambuco (UFPE) e de Minas Gerais (UFMG), entre muitas outras. Por vá-

1 - José Jorge de Carvalho possui Ph.D em Antropologia Social por The Queen's University Of Belfast (1984); pos-doutorado pela Rice University (1995) e pos-doutorado pela University of Florida (1996). Foi Catedrático Tinker Professor na University of Wisconsin - Madison (1999). Atualmente é Professor Titular no Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, Pesquisador 1-A do CNPq e Coordenador do INCT - Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia e Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa, do Ministério de Ciência e Tecnologia e do CNPq. Seu trabalho como antropólogo se desenvolve principalmente nas seguintes áreas: Etnomusicologia, Estudos Afro-brasileiros, Estudo da Arte, Religiões Comparadas, Mística e Espiritualidade, Culturas Populares, e Ações Afirmativas para os Negros e Indígenas, composta por uma diversidade de gênero, étnica e de naturalidade, que possui

-- Mylene Pereira Ramos Seidl é Juíza do Trabalho desde 1994, Titular da 20. Vara do Trabalho do Fórum Trabalhista da Zona Sul, Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie, possui Mestrados em Direito pelas Faculdades de Direito da Universidades de Columbia, em Nova Iorque e Stanford, na Califórnia, na qual também obteve créditos de Doutorado. Palestrante em eventos no Brasil e Exterior. Foi Professora convidada de Direito Internacional do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade Concorórdia, em Tallin, na Estônia. Faz parte como Membro Consultor de várias Comissões da OAB SP, dentre elas, Igualdade Racial, Mulher Advogada, Coordenadoria de Ação Social, Direitos à Educação e Informação e da Comissão da Verdade da Escravidão Negra. Membro do Fórum Permanente da Magistratura e do Ministério Público pela Igualdade Racial

- Valdirene Silva de Assis é Procuradora do Trabalho, Coordenadora da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho – COORDIGUALDADE, criada por meio da Portaria nº 273, de 28 de outubro de 2002, tendo como objetivo definir estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional no combate à exclusão social e à discriminação no trabalho, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema da Coordigualdade do Ministério Público do Trabalho. Fundadora do Fórum de Prevenção e Combate à Discriminação do Amazonas, em 2006. Foi Vice-Coordenadora Nacional da Coordigualdade do MPT, de 2006 a 2010. É Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Pós graduada em Human Rights pela Universidade de Coimbra e Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP.

rios anos sucessivos tem surgido também denúncias no processo seletivo para diplomatas no Instituto Rio Branco e na aplicação dos concursos para cargos no serviço público, estas intensificadas no ano de 2017. Podemos definir este momento atual como uma situação de crise no sistema nacional de cotas, na medida em que as fraudes minam a política por dentro, tornando as cotas inócuas e incapazes de cumprir com sua finalidade de reparação para a população negra após séculos de escravidão e racismo no Brasil. A questão se agravou porque a maioria das universidades federais ainda não implementaram Comissões, e as poucas que o fizeram não seguem um formato estabilizado. Procuramos, assim, contribuir simultaneamente para o fortalecimento da verificação nos processos seletivos de ingresso nas universidades e nos concursos públicos. Unificando os esforços dos três autores, dividimos o texto em três partes: a primeira, com a fundamentação do tema nas Ciências Sociais, por José Jorge de Carvalho; a segunda, com a jurisprudência dos casos de provimento de denúncias de fraudes em concursos públicos, por Mylene Pereira Ramos Seidl; e a terceira, com a conclusão e síntese das recomendações para a atuação das Comissões, por Valdirene Assis.

PARTE I – Racismo Fenotípico, Verificação e Autodeclaração Confrontada

I. O INÍCIO DAS COTAS E DAS FRAUDES DA AUTODECLARAÇÃO

Desde o ano de 2003, quando começaram a ser implementadas as cotas para negros e indígenas, surgiram também as primeiras denúncias de fraudes na autodeclaração por parte de candidatos brancos aprovados na condição de negros cotistas. A primeira denúncia ocorreu na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), porém o destaque em dimensão nacional do problema apareceu na Universidade de Brasília (UnB) logo após a abertura do seu primeiro vestibular de cotas, em agosto de 2004. Consciente de que devia desenvolver algum mecanismo de controle da possibilidade de falsificações de identidade racial, a UnB implementou uma Comissão de implantação das cotas que utilizou o critério de aferição por fotografias, o qual acabava de ser aplicado na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul. Por sua vez, ambas universidades seguiram uma recomendação da Comissão de cotas do programa Vocação para a Diplomacia, do Itamaraty, iniciado um ano antes e, que havia detectado fraudes por parte de brancos que utilizaram artifícios cosméticos e de cabelereiros para passar por pardos na entrevista. Contudo, a UnB foi duramente exposta e criticada pela utilização das fotos, e essa suspeita sobre a veracidade da condição racial dos cotistas negros chegou a ser difundida nos meios de comunicação em escala nacional. Já naquele momento inicial das cotas na UnB, José Jorge de Carvalho havia proposto o princípio da autodeclaração confrontada que será detalhado mais adiante.

Como se tratava do momento inicial de uma política que havia sofrido enorme resistência por parte de setores da elite apoiada pelos meios principais de comunicação, as universidades de Brasília, do Estado do Rio de Janeiro e do Estado da Bahia (as primeiras em aprovar a política) se sentiram intimidadas por essa reação, apesar dela haver sido abertamente ideológica e nada científica. Provavelmente devido a esse poderoso ataque midiático, as demais universidades com cotas aplicaram a autodeclaração sem instalar nenhum mecanismo de aferição do seu uso pelos candidatos. A reação às Comissões da UnB se intensificou em 2007, quando eclodiu a polêmica dos candidatos gêmeos, explorada negativamente pela revista *Veja*, de que um dos irmãos foi validado como negro pela Comissão enquanto o outro teve sua inscrição rejeitada.

Além de acusações de “pedagogia das raças”, as Comissões foram acusadas de estabelecer verdadeiros “tribunais raciais”, que seriam, supostamente, demonstração de uma prática de racismo às avessas. Os autores dessas acusações queriam comparar o controle da fraude nos vestibulares das cotas com os tribunais nazistas e com o regime do apartheid na África do Sul. Como se esses dois casos extremos não bastasse, mesmo o horrendo conflito genocida de Hutus e Tutsis na Ruanda chegou a ser invocado nos meios de comunicação por dois professores titulares de Antropologia, como se as cotas levassem o Brasil a uma conflagração racial generalizada. As reações às Comissões de Verificação, portanto, vieram de uma articulação de setores intelectuais e jornalísticos fora e dentro da academia, o que as tornou ainda mais contundentes.

A intimidação causada por essa retórica alarmista, porém verossímil para muitos, dada a baixa intensidade da discussão do tema racial no Brasil, foi considerável e aquilo que deveria haver ocorrido naturalmente (qual seja, a instalação de mecanismos de aferição da correta aplicação da política) foi postergado, interrompido ou em muitos casos, sequer iniciado. No caso da UnB, a utilização das fotos foi abandonada e substituída por uma entrevista, seguindo o modelo da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Ainda assim, a sombra de estarem estabelecendo “tribunais raciais” teve seus efeitos negativos, pois a maioria das universidades que foram vanguarda na política de cotas optou por manter em anonimato os nomes dos estudantes cotistas e também os nomes dos integrantes das Comissões, o que acabou lançando uma suspeita desnecessária sobre o processo seletivo como um todo.

O argumento principal para manter o anonimato dos cotistas foi que eles poderiam ser interpelados agressivamente pelos contrários às cotas, fossem estes professores ou estudantes. A ideia de evitar a exposição política dos cotistas carrega um paradoxo de duplo vínculo, segundo a teoria da esquizofrenia de Gregory Bateson, pois afirma e nega simultaneamente o compromisso da instituição com a luta antirracista e também o sentido de conquista de direito subjacente à política de cotas. A instituição diz para os calouros cotistas: sejam bem vindos. E ao mesmo tempo diz: não revelaremos os seus nomes, como o faremos com os demais calouros, pois para muitos acadêmicos, docentes e discentes, vocês não são bem vindos. De fato, essa falta de transparência na acolhida dos alunos cotistas afetou sua convivência, ainda hoje funciona como uma barreira para a instalação das Comissões.²

As alternativas iniciais colocadas para assegurar a eficácia da aplicação da política na UnB sempre foram a autodeclaração ou a heteroidentificação. A escolha de um modelo ou outro implicaria em modos e procedimentos técnicos e práticos diferentes para a aplicação do vestibular com cotas. A opção pela autodeclaração evitou o ônus da verificação de quem são os candidatos e os posteriores estudantes que entraram na UnB pelas cotas. Se a autodeclaração incondicional outorga ao candidato negro o controle exclusivo sobre sua identidade racial, ela também lhe transfere a tarefa de realizar o controle sobre as tentativas de falsificação da sua identidade de negro por parte de candidatos brancos que com ele concorrem. A contradição surgida com esse modelo de verificação da identidade racial cotista pode ser então resumida: a universidade reservou vagas para negros, porém não oferece garantia de que serão negros os que efetivamente ocuparão essas vagas.

Assim, essa aparente defesa dos cotistas através do critério exclusivo da auto-declaração deixou o coletivo dos estudantes negros indefesos diante da usurpação de muitas vagas a eles destinadas por parte de candidatos brancos desonestos. Dito de outro modo, o anonimato institucional dos cotistas acobertou os fraudulentos de serem descobertos e interpelados. E na medida em que uma vaga em uma universidade federal é um bem público extremamente escasso, é responsabilidade da instituição prever as condições que garantam a distribuição dessas vagas para os candidatos negros a quem elas são destinadas por lei e por editais aprovados pelos Conselhos Universitários.

Já em 2014, quando foi aprovada a Lei 12.990 de cotas para o serviço público, a heteroidentificação foi tornada obrigatória e o debate se transferiu para a operacionalização da verificação. Os autores do presente texto fizemos parte da Comissão de Verificação de um concurso do Ministério Público do Trabalho, e pudemos assim acumular experiência acerca das questões comuns às duas políticas de cotas, o que fundamenta a nossa presente proposta.

II. A PRECEDÊNCIA DO FENÓTIPO NAS IDENTIDADES RACIAIS NO BRASIL

Desde os anos oitenta, os estudos sociológicos sobre desigualdade racial no Brasil tem adotado a convenção de definir a população negra brasileira como a soma do contingente populacional representado pelas categorias de pretos e pardos do IBGE. O tipo brasileiro de racismo é basicamente fenotípico, e é na lógica do fenótipo que o pardo, enquanto não-branco e historicamente discriminado, passou a ser incluído no contingente dos beneficiários das cotas, junto com os pretos.³ Na medida em que branco é também uma categoria oficial, fica claro que tanto pardos como pretos são não-brancos. A fraude é introduzida na autodeclaração quando um branco se apresenta como pardo, o que o coloca automaticamente com pleno direito de reivindicar, através da seleção, uma vaga de cotas.

3 Para uma conceituação do racismo fenotípico, ver Carvalho (2008).

Um dos argumentos intelectuais de grande influência na população em geral, e muito difundido pelos meios de comunicação contrários às cotas é de que não se pode definir quem é negro no Brasil. Tal argumento possui o duplo poder de, por um lado, minar a confiança social na política de cotas; e por outro, de estimular abertamente a fraude, ao deixar implícito que qualquer pessoa pode se declarar negra ao se declarar parda, independente do fato das categorias do IBGE distinguirem pardos de brancos e de indígenas. Contudo, são várias as pesquisas de grande alcance que demonstram o enraizamento social dessas categorias. Uma pesquisa de grande fôlego, realizada pela Folha de São Paulo em 1995 e publicada no livro *Racismo Cordial*, desmistifica a suposta imprecisão do nosso sistema racial e atesta a estabilidade e a consistência das categorias do IBGE, contrastando a autodeclaração com a heteroclassificação.

A Folha de São Paulo lançou mão da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) e reproduziu uma tabela com os 135 nomes de cores com que os brasileiros se auto-definiram. Esse alto número passou a ser esgrimido desde então pelos contrários às cotas para argumentar que a política não se sustentaria pela falta de parâmetros estáveis de identificação dos candidatos. Contudo, a pesquisa revelou também outro dado de suprema importância, que é sistematicamente omitido pelos que se opõem às cotas: apesar da aparente arbitrariedade classificatória evidenciada por 135 cores, 96% dos entrevistados se identificaram com apenas 7 dessas cores, reproduzindo de perto a gama de categorias oficiais exceto a indígena (lembrando que demograficamente os indígenas conformam apenas 0,4% da população brasileira – abaixo, portanto, do desvio estatístico de uma pesquisa de grande escala como é a PNAD). Com base nessa pesquisa, realizada em cima de uma amostragem representativa de todas as regiões do país, podemos afirmar então, com uma boa margem de segurança trazida por um modelo consistente de pesquisa quantitativa em Ciências Sociais, que a esmagadora maioria da população brasileira possui consciência de sua identidade racial nos contextos contrastivo e relacional da sua identidade (conceitos que desenvolveremos mais adiante). Na medida em que a PNAD não estava associada a benefícios, a declaração da condição fenotípica não ofereceu estímulo de manipulação ou interesses secundários.

Essa resposta aponta para o cerne da razão mesma das cotas: o combate ao racismo fenotípico. As instâncias de controle social e repressão conhecem as diferenças fenotípicas entre os brasileiros. Assim, as pessoas cujos corpos expressam o fenótipo de preto ou de pardo e que por ele são discriminados socialmente são as mesmas que podem reivindicar as vagas reservadas pelas cotas. Em suma, quem foi discriminado negativamente por ser negro será agora discriminado positivamente também por ser negro. E vice-versa: a capacidade de identificar quem será discriminado positivamente como negro com direito exclusivo às cotas é a mesma com que brancos racistas identificam negros para discriminá-los negativamente.

No momento presente, quando são detectadas fraudes nas autodeclarações de milhares de cotistas na maioria das universidades federais, faz-se necessário conceituar e defender, teórica e metodologicamente, o estatuto socialmente objetivo e estável do fenótipo. Recuperar a centralidade do fenótipo, porém, nos coloca na contramão da maioria das teorias

científicas defendidas por pesquisadores das Ciências Exatas e das Ciências Sociais. De fato, nossos parâmetros acadêmicos válidos de estudos das relações raciais são todos eles construídos após a Segunda Guerra Mundial e enfatizam, sem exceção, uma rejeição a qualquer ideia essencializante ou fixa de raça e de identidade racial. A motivação principal para essa recusa foi certamente a horrenda ideologia da supremacia racial nazista. Do lado da Biologia, a grande contribuição foi demonstrar a inexistência de diferenças biológicas entre as assim chamadas “raças”. Com essa argumentação, buscou-se combater o racismo científico, isto é, a legitimação da exploração, escravidão, dominação e eliminação de povos e comunidades inteiras com base em supostas superioridades da chamada “raça ariana” por sobre as demais “raças” do mundo: negra (os africanos), amarela (os asiáticos) e vermelha (os povos ditos indígenas). Esse racismo científico surgiu no auge da escravidão atlântica e foi encerrado quase totalmente com os argumentos científicos desenvolvido após 1945. São vários documentos produzidos pela UNESCO com especialistas de renome mundial destinados a desconstruir as ideias ditas “científicas” sobre “raça”.

Paralelamente à crítica das Ciências Exatas ao racismo científico, as Ciências Sociais também se posicionaram severamente contra qualquer concepção ou ideologia que defendesse uma definição essencialista ou mesmo fixa de grupo racial ou de identidade étnica e racial de um indivíduo. Optando por enfatizar a negociação e o contexto na afirmação da identidade racial, a maioria dos cientistas sociais continuam admitindo a presença do racismo, porém evitando afirmar a centralidade do fenótipo, temerosos de que a defesa da sua precedência signifique um retorno à raça como categoria essencializada que possa ser taxada de neonazista.

É neste contexto (infelizmente ainda vivo atualmente na postura de grupos neonazistas dentro e fora do Brasil), que ganhou força a ideologia da democracia racial e da mestiçagem. O Brasil ganhou destaque nos anos 50 do século passado, inclusive, ao apresentar-se como uma “sociedade» mestiça, não segregada em grupos raciais fixos e auto-excludentes, como os Estados Unidos e África do Sul. Neste contexto mais amplo, nossa compreensão da centralidade do fenótipo deve procurar ser a mais cuidadosa e qualificada possível, levando em consideração o panorama completo das categorias do IBGE (predominantemente fenotípicas) e a complexidade dos processos que delineiam a identidade racial em três níveis que não devem ser confundidos: o do indivíduo, o da sociedade e o do Estado no nosso país.

III. AS CONCEPÇÕES DE IDENTIDADE RACIAL

A autodeclaração do candidato expressa uma e apenas uma das cinco categorias de identidade étnico-racial definidas oficialmente pelo IBGE. Faz-se necessário, neste contexto, passar em revista as principais concepções de identidade que estão em jogo na entrevista da Comissão com o candidato às cotas raciais.

Uma primeira concepção de identidade racial, já muito estabelecida nas Humanidades e nas Ciências Sociais, procura abordá-la não como fixa, absoluta, essencial ou iso-

lada, mas como contrastiva, isto é, sempre em oposição a outras identidades tidas como equivalentes ou compatíveis em algum plano de identificação, seja por semelhança ou por diferença. Muito presente na Antropologia, com as contribuições de Roberto Cardoso de Oliveira (1878) e Frederik Barth (2000), a teoria contrastiva da identidade defende que os grupos étnicos, povos, ou comunidades não se definem como coletivos isolados, mas por oposição a outros grupos e coletivos. Nos casos em que os contrastes apareçam simétricos politicamente, eles podem ser desdobrados telescopicamente através de alianças ou de oposições, mantendo porém as respectivas identidades como contrastivas. Assim, por exemplo, os índios do Parque Nacional do Xingu assumem coletivamente sua identidade de indígenas. Por outro lado, no interior do parque cada nação (Kamayurá, Kuikúro, Yawalapíti, etc) afirma sua identidade distinguindo-a das demais. O importante aqui, como noção de identidade contrastiva, é que, apesar de suas diferenças identitárias internas, todos se identificam como indígenas, isto é, como não-brancos.

Uma segunda dimensão, articulada e complementar à identidade contrastiva, é a noção relacional de identidade, básica para a compreensão de que os contrastes formadores de cada uma das identidades que definem a nossa formação racial não ocorrem em um espaço genérico, porém são formados sempre em um contexto regional específico dentro do território nacional. Por exemplo, uma pessoa que é identificada como branca em uma cidade de alta população de pretos, como Salvador, pode ser percebida como negra (parda) em uma cidade de colonização alemã, italiana, ou polonesa da região sul do país, marcada por uma alta presença de brancos de fenótipo nitidamente europeu, e isento de mestiçagem com indígena ou negros, e baixa presença de negros. A dimensão relacional da identidade racial dos negros centrada no contraste fenotípico contextualizado se parece com o que Oracy Nogueira definiu como preconceito de marca, típico do racismo brasileiro, em oposição ao preconceito de origem, por ele considerado como o padrão de discriminação racial próprio dos Estados Unidos, baseado na descendência. O mérito do estudo de Nogueira foi explicitar os parâmetros do nosso preconceito de marca, válido até os dias de hoje, e que explicitam as estratégias desenvolvidas pela população negra no Brasil para lidar com os efeitos do racismo fenotípico sofrido pela

A dimensão relacional toma em consideração a variabilidade da imagem fenotípica das pessoas, porém sem deixar de considerar que as variações, ainda que manipuladas parcialmente, são sempre lidas pelo coletivo, não se manifestando, em hipótese alguma, de modo aleatório. Como dito anteriormente, se não houvesse estabilidade na leitura social do fenótipo, não haveria racismo no Brasil. No exemplo de uma pessoa considerada branca em Salvador (em outros termos, que não sofre discriminação racial na cidade) tornar-se parda em Porto Alegre (e conseqüentemente ser potencial vítima de discriminação racial), a variação fenotípica provocou uma mudança relacional do contraste: enquanto em Salvador ela era identificada como parte do polo branco do par contrastivo pretos e brancos, em Porto Alegre ela passou a formar parte do polo negro deste par. Ou seja, a dinâmica da negociação e da percepção do fenótipo comparece, porém sendo incorporada em uma nova configuração racial que é igualmente marcada por uma estabilidade sócio-histórica contrastiva. Apesar dos trânsitos e da dinâmica das identidades, elas adquirem uma estabilidade relacional, contextu-

alizada, até que um novo contexto provoque um rearranjo dos contrastes. Ou seja, é possível que uma pessoa vista como negra em Pelotas (RS) seja vista como branca em Cachoeira (BA); porém, é possível saber, com grande precisão de leitura social, quem é negro e quem é branco em Pelotas e quem é negro e quem é branco em Cachoeira.

Distinguimos ainda uma terceira concepção da identidade racial, que podemos chamar de multidimensional, desenvolvida, entre outros autores, por Stuart Hall (1997 e 2000), e muito utilizada no campo dos Estudos Culturais. Aqui se enfatiza que todas as pessoas possuem várias dimensões de identidade, operando simultâneas à sua identidade racial: as dimensões de classe, gênero, sexualidade, nacionalidade, religião, etnicidade, etc. A multidimensionalidade chama a atenção para a diversidade de elementos sociais que compõem e complementam a identidade racial do candidato, indicando que essa diversidade deve preferencialmente refletir-se na composição da Comissão de Verificação, ainda que não equitativamente. No caso presente, em torno da identidade “mestra” ou imprescindível para o acesso às cotas, qual seja, a de negro, estão articuladas as demais identidades. Assim entendido, ninguém é apenas negro, genérica e exclusivamente, e as demais dimensões compõem a leitura social do fenótipo – existem particularidades no fenótipo da mulher negra e do homem negro, assim como da mulher branca contrastada com o homem branco. Espera-se que essas diferenças estejam também presentes na composição e no olhar da Comissão de Verificação.

Um quarta dimensão da identidade racial, que combina e qualifica diretamente a concepção multidimensional, é a concepção de interseccionalidade, que tem sido trabalhada pelas teóricas feministas negras, entre elas, Angela Davis (2016), Kimberley Crenshaw (2002) e Sueli Carneiro (2011). No caso do feminismo negro, a atenção maior é posta na intensificação da discriminação da mulher negra comparada com a mulher branca, e mais ainda pela mulher negra pobre – ou seja, como a classe pode intensificar a opressão da mulher, e mais ainda se for negra. No caso do IBGE, para a situação dos candidatos que se autodeclararam negros, as condições de gênero, classe, sexualidade, região podem, em alguns casos, intensificar e em outros suavizar os efeitos sociais da sua identidade racial autodeclarada.

As cinco categorias de raça/cor do IBGE (branco, parda, preta, indígena e amarela) funcionam em uma lógica de contraste e mútua exclusão. Diferente de uma paleta de cores, que em princípio é um sistema aberto, capaz de acolher sempre uma cor nova, essas categorias compõem um sistema fechado: todos os brasileiros devem se identificar com uma das cinco e apenas com uma delas. No interior desse conjunto, que no nível básico deve ser mutuamente excludente, duas categorias são também complementares e superpostas: as de preto e de pardo. Apesar de distintas entre si, elas também admitem permutação em outra dimensão de síntese, quando introduzimos o termo negro, que tanto pode denominar preto como denominar pardo. Contudo, essa fusão para fins de análise sociológica das duas categorias em nada altera o fato de que qualquer uma das duas se distingue necessariamente das demais; enfim, sendo pardo oposto ou superposto a preto, nenhuma das duas se confunde com a categoria de branco. Dito de outro modo, preto e pardo são não-brancos; logicamente, branco e pardo são não-pretos, mas essa equação não faz com que branco e pardo sejam equivalentes. A fraude da autodeclaração se sustenta justamente nessa falaciosa operação

categorial, de transformar a mútua exclusão (pardo não é branco nem preto) em falsa contigüidade (pardo é equivalente a branco porque ambos são não-preto).⁴

Lembremos ainda que a dimensão relacional afeta todo o espectro das categorias do IBGE. Em alguns estados do Nordeste, por exemplo, pessoas pertencentes a comunidades quilombolas e indígenas podem ter o mesmo fenótipo negro e por este motivo serem discriminadas socialmente. Por outro lado, pessoas pardas, indígenas e asiáticas podem ser lidas socialmente de um modo oposto ao pertencimento comunitário ou grupal, como efeito principalmente da intersecção de classe e até de padrões de vestimenta e autoapresentação.

O fenótipo é colhido localmente pelo censo e generalizado pela quantificação nacional realizada pelo IBGE. Todas as variações relacionais, relevantes para os contrastes regionais, são subsumidas nas tabelas completas que dão a porcentagem relativa de cada categoria. A dimensão regional da relação entre as categorias foi analisada cientificamente por José Luís Petruccelli (2007, 2013 e 2015), que confirma a flutuação relativa da categoria pardo – e a flutuação da categoria é indício da flutuação da discriminação fenotípica. Daí o papel da Comissão de ser sensível ao contexto regional, colocando necessariamente membros oriundos da região ou que nela tenham vivido para que possam confrontar, com menor margem de erro, a autodeclaração do candidato. Como os concursos tem âmbito nacional, é um padrão frequente que um candidato socializado em uma região se apresente para um concurso em outra, e a entrevista deve abrir espaço para que o candidato confirme a discriminação sofrida na origem e/ou na região para onde migrou. Neste sentido, a percepção regional do fenótipo não é secundária, podendo ser fator decisivo na validação ou invalidação de uma autodeclaração. Sintetizando parcialmente essa questão complexa, podemos dizer que o fenótipo não é essencializado universalmente, mas é tratado estrategicamente como estável no interior de cada território ou região. É fato também que o fenótipo preto tende a ser visto como tal nacionalmente, enquanto o de pardo é territorializado, relacional, ainda que fixado contrastivamente no interior de cada território. A estatística dos 96% do IBGE mostra a fixação geral do fenótipo; cabe às Comissões captar os contrastes específicos de cada região.

IV. A AUTODECLARAÇÃO CONFRONTADA

A ocorrência de fraudes desde o início da cotas demonstra sem dúvida que a auto-declaração incondicional aceita pelas universidades não se sustenta como critério suficiente para garantir a eficácia da política destinada a promover uma justiça social. Se a autodeclaração é a única condição prevista na Lei de cotas nas universidades, o grupo racial negro tem o direito de saber quem é a pessoa que se candidata para fazer uso de uma vaga de cotas para negros. Por outro lado, a heteroidentificação prevista nos concursos para o serviço público é um componente necessário da verificação, porém não suficiente, pois trata o candidato como um mero corpo, com traços fenotípicos passíveis de uma comprovação pelo olhar, ignorando o fato de que o candidato não é apenas um corpo, mas sim um sujeito. O

4

Para mais discussões sobre a mestiçagem e as categorias raciais no Brasil, ver Carvalho (1988) e Munanga (1999 e 2004).

que é categoria racial genérica para o IBGE passa a ser identidade racial para o sujeito que se autodeclara negro diante da Comissão. Também neste caso, a justificativa do candidato complementa a heteroidentificação. Por todos estes motivos, a autodeclaração confrontada é a síntese dialética da autodeclaração com a heteroidentificação.

A autodeclaração confrontada foi o modelo proposto por José Jorge de Carvalho (2006) para a Universidade de Brasília em 2004: segundo esse princípio, todos os calouros cotistas deveriam matricular-se no mesmo local e na mesma hora, para que todos tivessem a oportunidade de se conhecer e se reconhecer (ou não). Esse evento teria permitido a identificação de casos inequívocos de fraude, com a consequente demanda de mecanismos de punição aos fraudadores e de correção na aplicação da política. Infelizmente, a autodeclaração confrontada não foi implementada pela UnB, pelos motivos acima descritos. Contudo, é justamente esse confronto que está sendo feito atualmente por coletivos de estudantes negros cotistas nas várias universidades mencionadas e foi ele que permitiu a verificação desse grande volume de fraudes, tema que motiva a presente proposta de como as Comissões de Verificação devem funcionar.

Lembremos que uma pessoa branca que se autodeclara negra para candidatar-se às cotas está falsificando (conscientemente ou não, o que não importa para a Comissão) tanto a comunidade negra como a comunidade branca. Ela afeta negativamente os negros porque retira uma vaga reservada exclusivamente para eles. Por outro lado, ela também afeta negativamente os brancos, na medida em que, pelas cotas, é possível no geral ser aprovado com uma pontuação mais baixa que pela concorrência universal (evidentemente, essa diferença é um dos pilares da defesa das cotas). Consequentemente, essa pessoa branca concorre deslealmente também com os demais candidatos brancos, que precisarão alcançar uma pontuação relativamente mais alta que a dela.

Assim, a autodeclaração do candidato branco que se inscreve como preto ou pardo deve ser confrontada simultaneamente pelos membros brancos e negros da banca. Diante dos membros negros, ele terá que justificar que tem fenótipo equivalente ao deles; e diante do membro branco, deverá justificar como se apresentou como negro se está espelhado em uma pessoa com seu equivalente fenótipo branco. A composição racialmente diversa da Comissão favorece a eficácia da verificação. O veredito da Comissão mista, portanto, não surgirá de um consenso monológico gerado por membros racialmente iguais, mas de um consenso dialógico, resultado de uma confirmação produzida por duas perspectivas diferentes, uma delas produzidas pelo espelho contrastivo dos membros negros, e outra resultante do espelho direto e identificante do membro branco. Dito de outro modo, a autodeclaração do candidato será confrontada duplamente: pelos membros negros que pertencem ao grupo racial que ela afirma pertencer; e pelo membro branco pertencente ao grupo racial que ela afirma não pertencer. Em suma, a Comissão de Verificação deve funcionar como um microcosmo da sociedade multirracial brasileira que discrimina negativamente os negros e que agora implementa uma política de cotas raciais para discriminá-los positivamente (usando o conceito de discriminação positiva de Castells). Aquele que se autodeclara preto ou pardo, é dizer, que pertence ao grupo dos discriminados devido ao seu fenótipo, será entrevistado por

uma Comissão que conta com membros pertencentes ao grupo dos discriminados e com um membro advindo do grupo dos discriminadores. A validação da sua autodeclaração é um reconhecimento diante do Estado.

V. SOBRE A COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO

Unindo nossa experiência do concurso do Ministério Público do Trabalho, com o acompanhamento das cotas nas universidades e com as recomendações do Grupo de Trabalho do Ministério do Planejamento, propomos que a Comissão deve ter cinco membros. No caso de verificação de candidatos negros, três membros devem ser negros e um branco, necessariamente, ficando o quinto membro a decidir em cada caso, incluindo a possibilidade da presença de um indígena. Obviamente, no caso de verificação de cotas para indígenas, a proporção principal será invertida: três membros indígenas, um branco e um negro. A Comissão deve contar também com igualdade de gênero e de formação acadêmica. É imprescindível também que todos os membros tenham trajetórias de participação, compromisso com as práticas de cotas e uma compreensão bem fundamentada das relações étnicas e raciais no Brasil. Além desses parâmetros de diversidade, os membros da Comissão preferencialmente residir ou ser da região onde se realiza a verificação, para exercitar um olhar treinado na formação racial da região, e assim apreender devidamente a dimensão relacional do fenótipo do candidato, com os contrastes específicos do pardos, dos caboclos, etc.

Fixe-se bem que a Comissão não se destina a aferir raça dos candidatos, como se fosse confirmar ou corrigir a sua classificação segundo o IBGE, mas apenas e estritamente validar uma política pública para promover justiça social; o que significa ser capaz de reconhecer quem é potencial vítima de racismo no Brasil.

Garantido a todos os candidatos o direito do contraditório, as universidades e os órgãos que abrirem concursos instalarão também uma Comissão de recurso, mantendo os mesmos critérios de diversidade racial, étnica, de gênero e de formação na composição dos seus membros.

Quando a Comissão rejeita a autodeclaração de negro de um candidato, o único que lhe compete é atestar que essa declaração é incorreta, sem tecer considerações sobre as razões subjetivas do declarante – se por má fé, por inconsciência, desinformação acerca da questão racial brasileira, ou se por uma busca pessoal de reconhecimento.

Se a cultura negra, a ancestralidade ou a comunidade negra são invocadas para justificar a autodeclaração de negro, das duas uma: ou o contexto relacional detecta um contraste baixíssimo de fenótipo como significativo e suficiente para que o candidato visivelmente branco se sinta e tenha sido visto como não-branco no lugar onde reside; ou ele sabe perfeitamente que não é negro e tenta “enegrecer-se” por associação à condição histórica vivida e construída pelos negros.

A dimensão relacional pode induzir a Comissão a aceitar um fenótipo aparentemente branco como pardo. Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa tida como branca em Salvador e que viveu sua juventude em uma cidade da colônia alemã do Rio Grande do Sul e que lá foi sempre discriminada por não-branca. Ao regressar a Salvador, decidiu inscrever-se por cotas como uma forma de reparação. A experiência do contraste pode, neste caso, se comprovada, justificar sua autodeclaração como parda.

Enquanto as teorias mais estabelecidas tendem a unir as concepções de identidade com as estratégias de luta e reconhecimento, a Comissão se volta para a dimensão pública da identidade autodeclarada, colocando-se no lugar do controle sobre o acesso ao recurso público das cotas destinadas aos negros. Enfim, o horizonte da Comissão não é a vida subjetiva do candidato, mas a defesa da sua condição fenotípica.

Finalmente, podemos dizer que a Comissão funciona como um microcosmo da sociedade brasileira, com as identidades raciais marcadas pela complexidade de contrastes, relações e interseções, às quais subjaz um conflito manifesto entre uma categoria dominante, a de branco, e outra submetida a violência histórica, a de negro. A autodeclaração do candidato é exposta nesse cenário microcósmico, do qual os membros da Comissão devem ter consciência do papel que fazem parte.

PARTE II – O Regramento Jurídico da Política de Cotas Raciais

A Constituição Federal de 1988, ao valorar os fundamentos da República Federativa do Brasil, concebe a dignidade humana como um de seus principais pilares, nos termos seu art. 1º, III, e ainda institui como objetivos fundantes a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º, I, III, IV.

Além disso, quando a Magna Carta, no art. 5º caput, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, reconhece que o tratamento isonômico conferido não se manifesta apenas no plano formal, mas também no campo material, haja vista a possibilidade de criação de mecanismos que permite tratamento diferenciado a determinados grupos em situação de vulnerabilidade social, com vistas a combater e ilidir desigualdades socialmente construídas que acarretam restrições no acesso a bens essenciais e direitos fundamentais.

No contexto internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução 217 A III, em 10 de dezembro 1948, tutela o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para

todos, sem distinção de qualquer tipo, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outro tipo de opinião, origem social e nacional, propriedade, nascimento ou qualquer outra condição, reafirmando assim, seu compromisso com os princípios da igualdade e não-discriminação.

Ao tornar-se signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada em 21 de dezembro de 1965, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Estado brasileiro se comprometeu a adotar medidas especiais “e concretas para assegurar adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com o propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos”, consoante o art. 2º, item 2, da supracitada Convenção.

Nessa mesma linha protetiva, o Brasil, ao subscrever a Declaração de Durban, fruto dos debates da III da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em Durban (África do Sul), em 31 de agosto de 2001, reconhece que os afrodescendentes enfrentam obstáculos na promoção da “igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento”, em razão de preconceitos e discriminações sociais predominantes.

Não bastasse isso, o Estado brasileiro também reconhece, por meio da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância, que o “racismo ocasiona desigualdades raciais” e, para tanto, assume o compromisso de erradicar total e incondicionalmente o racismo, “a discriminação racial e de todas as formas de intolerância, e sua convicção de que essas atitudes discriminatórias representam a negação dos valores universais e dos direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana e dos propósitos e princípios”.

Assim, a fim de guardar consonância com os tratados internacionais, em 20 de junho de 2010, o Estado brasileiro instituiu o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), por meio do qual visa “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades” (art. 1º), inclusive mediante a implementação de medidas para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades, incluindo, neste contexto, à promoção da igualdade nas contratações do setor público”, art. 39 do referido diploma legal.

Ainda seguindo a escala evolutiva de proteção das minorias, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 186, reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais, reconheceu ainda que tanto o critério de “autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados” são plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional, respeitando-se a dignidade pessoal dos candidatos.

No julgamento da ADPF nº 186, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o critério a ser utilizado para exercer a heteroidentificação deve ser o fenótipo e não o genótipo

do indivíduo, pois, segundo o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, “A discriminação e o preconceito existentes na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano. Baseiam-se, ao revés, em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais. São esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil.”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, acerca da Lei 12.990/2014, declarou a constitucionalidade das cotas raciais nos concursos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta, bem como consolidou o entendimento acerca da legitimidade de utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, com respeito à dignidade humana e garantia do contraditório e a ampla defesa.

Consta do voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADC 41, que o Censo Demográfico 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelou que mais da metade da população brasileira é negra e, não obstante isso, asseverou que “a cor da pele influencia a vida de afrodescendentes em todos os seus aspectos: nas condições de moradia e saúde, nas relações com a polícia, no mercado de trabalho. Nas favelas, 66% dos domicílios são chefiados por negros. No sistema carcerário, 61% dos presos são negros; e 79% dos jovens vítimas de homicídios são negros. E as estatísticas continuam com taxas de analfabetismo; negros percebem, em média, 55% da renda dos brancos em geral”, coadunando com ressalva da Ministra Rosa Weber ao proferir o voto no sentido de que “No Brasil, infelizmente, a pobreza tem cor!”.

Das ponderações feitas pelo Ministro Luís Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber, tem-se que no Brasil os indivíduos são preteridos ou excluídos não em virtude de sua origem ou ascendência, mas por portarem os traços ou marcas fenotípicas do grupo étnico-racial a que pertencem.

Desse modo, cabe frisar que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF nº 186 e da ADC nº 41, é no sentido de que muito embora a autodeclaração seja o critério prevalente de atribuições raciais dos indivíduos, todavia, este não é revestido de caráter absolutório, devendo, notadamente no caso da política de cotas, ser complementado por mecanismos heterônomos de verificação de autenticidade das informações declaradas, tais como, “exigência de autodeclaração presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração.”.

Nesse aspecto, considerando o voto proferido pela Ministra Rosa Weber na ADPF nº 186, ao mencionar que “no Brasil viceja o preconceito de marca, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômico, restou consolidado o entendimento firmado pelo Ministro Ricardo Lewandowski de que o julgamento acerca da heteroidentificação (identificação por terceiros) deve ser realizado com base no fenótipo, ou seja, nas características pertinentes à população negra.

Em outras palavras, ressalta-se que o fenótipo de um indivíduo não está atrelado exclusivamente à questão da cor da pele, mas sim, ao conjunto de características que constituem a manifestação de um genótipo, assim, tem-se que aferição das características típicas da etnia negra, a saber, traços do rosto, boca, nariz, olhos e cabelo e demais características fenotípicas, são observações que permitem verificar se os candidatos estão devidamente concorrendo às vagas reservadas à população negra.

O critério da autodeclaração subsiste, no entanto, nos termos do argumento científico-antropológico da autodeclaração confrontada, desenvolvido pelo Professor Doutor José Jorge de Carvalho: a auto declaração de uma pessoa que se diz negra precisa encontrar eco social na figura de outra pessoa negra, bem como ao menos de um não negro, imbuídos do encargo de membros de uma Comissão de verificação, de onde se tem a ideia de heteroidentidade.

A validade da autodeclaração é aferida no contexto do processo do exame vestibular ou concurso. É importante atentar para os termos do edital do certame, que deve ser específico ao prever vagas para pessoas negras. Note-se que cada momento em que a pessoa pretenda se beneficiar de uma medida ação afirmativa, deverá observar os limites/regras concretos por ela impostos.

Isso porque, a menção à afrodescendência modifica significativamente a análise da condição do candidato. Ter um ancestral de origem africana não vai necessariamente conferir à pessoa o fenótipo de pessoa negra. Na África existem pessoas não negras e, mesmo que os ancestrais sejam negros, a pessoa pode nascer com fenótipo de outro grupo étnico de sua família, não sendo alguém que tenha os traços típicos negros, que vão determinar sua identidade na sociedade.

PARTE III – Jurisprudência

DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A LEGALIDADE DO SISTEMA DE COTAS

Em 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade do sistema de cotas raciais estabelecidos no vestibular da UNB, rejeitando os pedidos formulados pelo DEM na Ação Direta de Constitucionalidade 186.

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA

IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.(...)”

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 DIS-TRITO FEDERAL RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI5

A decisão do Plenário na ADPF 186 significou uma grande vitória para os que lutam pela igualdade de direitos.

Já em 2014, o STF declarou a constitucionalidade da reserva de 20% das vagas para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, no âmbito da administração pública federal direta e indireta, prevista na Lei Federal 12.990/2014 - Lei de Cotas.⁶

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO . 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.(...)”

A partir daí, muitas outras decisões judiciais passaram a interpretar as cotas raciais e a a forma de implementá-las. Como um sistema novo em nosso ordenamento jurídico, é de se esperar que muitos aspectos sejam objeto de litígio, até que a matéria seja sedimentada.

Vale destacar alguns aspectos abordados pelos Tribunais pátrios.

5 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>

6 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>

DECISÕES SOBRE A LEGALIDADE DOS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DE FENÓTIPO E SOBRE A ATUAÇÃO DAS COMISSÕES

Composição da Comissão

Legalidade da Comissão formada com observância da Lei 12990/2014 e resoluções administrativas.

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INGRESSO EM UNIVERSIDADE EM VAGA RESERVADA ÀS COTAS RACIAIS. GRATUIDADE DA JUSTIÇA - PLEITO JÁ DEFERIDO EM PRIMEIRO GRAU - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - NÃO CONHECIMENTO. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA POR AUSÊNCIA DE FENÓTIPO - PREVISÃO EM EDITAL DE CRITÉRIOS OBJETIVOS - AUTODECLARAÇÃO NÃO CONFIRMADA POR COMISSÃO INSTITUÍDA PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA FORMADA POR MEMBROS DA UNIVERSIDADE, DA COMUNIDADE EXTERNA E DO CONSELHO MUNICIPAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL DE LONDRINA - OBSERVÂNCIA DA LEI Nº 12.990/14 E DAS RESOLUÇÕES Nº Nº 15/2012 DO CONSELHO UNIVERSITÁRIO E Nº 45/2016 DO CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO DA UEL - APELANTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS PARA INGRESSAR NA UNIVERSIDADE PELO SISTEMA DE COTAS RACIAIS. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DO JUDICIÁRIO SUBSTITUIR A BANCA EXAMINADORA QUANTO AOS CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO EDITAL DO CERTAME. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”

(TJ PR Relator Desembargador Renato Lopes de Paiva, julgamento 30.01.2018, 6ª Câmara Cível)

FORMA DE AFERIÇÃO DA LEGITIMIDADE PARA UTILIZAÇÃO DE COTAS RACIAIS

Por ocasião do julgamento da ADPF 18, o Plenário do STF julgou constitucional a utilização de autodeclaração confirmada pela heteroidentificação, bem como a constituição de comissões para aferição de fenótipo:

“(...) Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (...)”

Destaco que o entendimento firmado pelo STF vem sendo adotado por outros Tribunais, como ilustra o julgado a seguir:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS E PARDOS. AUTODECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR COMISSÃO DELIBERATIVA DE AVALIAÇÃO FENOTÍPICA. DESCARACTERIZAÇÃO DA AUTODECLARAÇÃO RACIAL. POSSIBILIDADE. LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE OBSERVADAS. MÉRITO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE INSCRIÇÃO NÃO APRECIADO. ERRO ESCUSÁVEL. (...) Hipótese em que o impetrante, candidato autodeclarado pardo, foi eliminado do concurso público para provimento de cargo de professor de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, do IFPE, em virtude da constatação, por comissão deliberativa, de falsidade na autodeclaração. Decerto, segundo avaliação fenotípica da comissão deliberativa, o impetrante não ostenta “caracteres fenotípicos típicos da raça negra, uma vez que possui lábios finos, nariz afilado, orelhas rosadas, pele clara e rosada. Tais caracteres, em seu conjunto, o excluem da classificação no fenótipo negro”. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 41/DF, firmou a tese de legitimidade da utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. Não compete ao Poder Judiciário rever os critérios adotados pela banca examinadora de concurso, devendo a sua atuação se limitar à apreciação de aspectos de legalidade e da observância das normas do edital. Precedentes. Por tal razão, mostra-se despicienda a produção de prova testemunhal ou pericial, o que afasta a alegada inadequação da via mandamental, por imperativo de dilação probatória. Na hipótese dos autos, inexistente qualquer ilegalidade aparente na atuação da comissão deliberativa, seja pelo atendimento aos critérios previstos no instrumento convocatório e na Orientação Normativa SEGEP/

MP nº 3 de 1º de agosto de 2016, seja pela existência de motivação clara e hábil ao pleno exercício da ampla defesa.(...) Remessa necessária e recurso de apelação desprovidos.

(Apelação / Reexame Necessário 08017470920174058300, TRF5, 1a. Turma, Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Data do Julgamento: 24/10/2017)

NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Julgado que declara a ilegalidade de entrevista que verificou a inexistência de fenótipo no candidato em concurso público, por ausência de fundamentação da decisão por parte da Administração.

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. ENTREVISTA. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FENÓTIPO NEGRO OU PARDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A entrevista para aferição da adequação do candidato à concorrência especial das cotas raciais se posta legal, desde que pautada em critérios objetivos de avaliação. “Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. Portanto, entendo que a decisão administrativa carece de fundamentação, pois não está baseada em qualquer critério objetivo (...) Considero que o fato de alguém ‘se sentir’ ou não discriminado em função de sua raça é critério de caráter muito subjetivo, que depende da experiência de toda uma vida e até de características próprias da personalidade de cada um, bem como do meio social em que vive. Por isso, não reconheço tal aspecto como elemento apto a comprovar a raça de qualquer pessoa” (STF - ARE: 729611 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 06/09/2013 PUBLIC 09/09/2013). 2. A simples afirmação pela Comissão de Validação de Matrículas da Universidade de que determinado candidato não possui características fenotípicas da etnia negra é totalmente descabida, uma vez que atos que gerem prejuízo para os administrados devem, necessariamente, ser motivados. 3. No caso, a autora comprovou, por meio de cópias de fotos dela e de seus familiares, possuir fenótipo com característica de afrodescendência, merecendo reforma o ato administrativo que negou a matrícula da candidata em universidade pública federal pelo sistema de cotas para negros. 4. Esse entendimento não implica intervenção judicial no mérito do ato administrativo, mas sim controle

de sua legitimidade, mediante interpretação razoável ao sistema de cotas em consonância com o princípio do devido processo legal. (...)»

(APELAÇÃO CIVEL - 0004104-08.2012.4.01.3700 - MA, 5a. Turma, TRF 4, 22.06.2016

Illegalidade de análise de fenótipo por fotografia por ofensa ao Princípio da Isonomia, ainda que fornecida pelo candidato, devendo a avaliação ser feita presencialmente pela Administração.

“(...) A jurisprudência desta Sexta Turma possui entendimento no sentido de que, no caso como o colocado nestes autos, “Não é o caso de se adentrar no critério da Administração para avaliar a autodeclaração dos candidatos, mas a avaliação do fenótipo já traz um alto grau de subjetividade e, sendo feita por análise fotográfica, enviada pelo candidato, pode ocorrer equívocos, em razão da qualidade da foto, luz, enquadramento e diversos outros motivos», bem como que «A simples análise fotográfica, ainda mais quando fornecida pelo candidato, fere o Princípio da Isonomia, devendo essa ser feita pela própria Administração, ou de melhor monta, de forma presencial» (APELAÇÃO 00061712220164013500, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/05/2017 PAGINA:). 3. A Orientação Normativa n. 3, de 1º de agosto de 2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que veio dispor sobre as regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros, para os fins da Lei n. 12.990/2014, determinando que esta verificação seja feita, obrigatoriamente na presença do candidato, afirmou no seu art. 3º que “Concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União em andamento, ou seja, antes da publicação da homologação do resultado final, que não tiverem a previsão da verificação da veracidade da autodeclaração, deverão ter seus editais retificados para atender ao determinado por esta Orientação Normativa”. 4. Em razão da aplicação do princípio da razoabilidade e tendo em vista a disposição contida no art. 3º da aludida Orientação Normativa n. 3/2016, deve ser mantida a decisão agravada que determinou a suspensão do ato de eliminação da candidata/agravada, das nomeações daqueles aprovados para o cargo e localidade para o qual a parte autora, determinando que a verificação da condição de negra da candidata/agravada se desse de forma presencial. 5. Agravo de instrumento conhecido e, no mérito, não provido.”

(AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0068876-80.2016.4.01.0000 - PI, 6a.Turma, TRF 4 26.06.2017.)

LIMITES AO PODER REVISIONAL DO JUDICIÁRIO QUANTO A DECISÕES DE ANÁLISE DE FENÓTIPO

Muito embora alguns julgados venham declarando a existência de fenótipo negro por meio de documentos como fotografias, é de se ressaltar que existem decisões em sentido oposto, as quais concluem pela impossibilidade de revisão judicial de decisão administrativa sobre fenótipo.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA AUTODECLARADA PARDA. CONDIÇÃO NECESSÁRIA, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS COTISTAS DE COR NEGRA/PARDA. PREVISÃO NO EDITAL QUE A AUTODECLARAÇÃO SERIA CONFIRMADA POR UMA BANCA JULGADORA SEGUNDO O CRITÉRIO DO FENÓTIPO, QUE É A MANIFESTAÇÃO VISÍVEL OU DETECTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO GENÉTICA DE UM DETERMINADO INDIVÍDUO. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SE SOBREPOR AO CRITÉRIO QUE SE RESERVA À BANCA EXAMINADORA QUE, EM DECISÃO UNÂNIME, CONCLUIU QUE A CANDIDATA NÃO APRESENTAVA TRAÇO FENÓTIPO DE NEGRO/PARDO. RECURSO PROVIDO. 1. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar que a inscrição da autora seja mantida como cotista (parda) e, nesta condição, seja ela convocada para as demais fases do concurso, caso a sua classificação assim lhe assegure. 2. A decisão da Comissão Avaliadora, composta segundo a agravante por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, à unanimidade concluiu que a candidata não apresentava traço fenótipo de negro/pardo e os elementos constantes dos autos não são suficientes para infirmar tal conclusão. 3. É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de subjetividade que é próprio do critério do fenótipo (conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressalvou o não cabimento de revisão judicial de critério subjetivo de resultado de prova, que originariamente cabe à banca (AI 80.5328 AgR, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012). 4. As alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas, até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto. 5. Impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora, ressaltando-se que a candidata só se recordou de investir contra o critério do edital depois de não ser favorecida por ele; até então,

para ela nada havia de errado nas providências elencadas para apuração de cota racial no certame a que se candidatou. 6. Recurso provido.”

(TRF-3 - AI: 00199062920154030000 MS 0019906-29.2015.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, Data de Julgamento: 03/03/2016, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/03/2016)

Não cabe ao Judiciário interferir na discricionariedade da Administração em processos seletivos, em razão da Repercussão Geral 485 do STF, conforme o julgado a seguir.

(...) Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão, proferida no mandamus originário, que indeferiu o pedido de liminar, com o que o impetrante objetiva seja “ordenado o reconhecimento do impetrante na qualidade de pardo, para que realize, incontinenti, a segunda fase do vestibular de Medicina (...)

(...) No tocante à intervenção do Poder Judiciário em etapas seletivas de concursos públicos, vale lembrar que, em regra, não compete-lhe interferir na discricionariedade da Administração. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema em Repercussão Geral n. 485/STF, concluiu não caber ao “Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas”. Assim, não tendo o agravante demonstrado qualquer ilegalidade no ato da Banca da UFPR, que concluiu que sua auto declaração “não condiz com seus traços fenotípicos”, resta afastado o direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança. Ante o exposto, indefiro a liminar pleiteada. Após o decurso de prazo para contrarrazões, intime-se o MPF, para parecer.

(TRF4, AG 5064941-26.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGARITA BARTH TESSLER, juntado aos autos em 20/11/2017)

CONCLUSÃO

O edital é o marco normativo do concurso público ou do exame vestibular. Ele deve prever a precedência do fenótipo, analisada por comissão constituída por negros e brancos, ou não-negros.

Não obstante isso, a mera previsão no edital do critério da autoidentidade já impõe o exame conjunto da heteroidentidade, pela própria natureza do benefício buscado pelo candidato.

É porque a autoidentidade,, para fins de proveito de políticas de ações afirmativas, só se sustenta com a análise da heteroidentidade. Portanto, a autoidentidade que pode ser invocada pelos beneficiários das cotas raciais é a autoidentidade confrontada, na forma do defendido pelo Professor José Jorge de Carvalho.

Daí porque, na hipótese de fraude, ainda que tardiamente descoberta, é cabível a aplicação do conceito de autoidentidade confrontada (autoidentidade somada à heteroidentidade) a bem de garantir respeito às políticas de ações afirmativas. O edital que não observa o correto conceito de autoidentidade contraria o Estatuto da Igualdade Racial. Logo, é possível impugnar candidatos equivocadamente admitidos a qualquer tempo, especialmente pela via da Ação Civil Pública, para tutela do direito coletivo da população negra brasileira.

Cabe recurso, do aspecto formal da comissão, vício na constituição ou realização dos trabalhos. É cabível, também, recurso de mérito. Contudo, o limite de constituição de prova é até o momento da análise da Comissão de Verificação. Após esse momento, o candidato não pode constituir provas novas e utilizar tais documentos contrariando decisão da comissão.

Da mesma forma, é recomendável que a entrevista com a Comissão seja filmada e que esse registro seja fornecido ao candidato, quando solicitado. É com base nesse registro, preferencialmente, que o candidato pode recorrer, em querendo.

No mais, a constituição da instância recursal também deve prezar pela representação de negros e brancos, ou não-negros.

O essencial é preservar o escopo último das cotas raciais e o mandamento contido no Estatuto da Igualdade Racial, a bem de que essa medida de ação afirmativa obtenha seu objetivo primeiro, promover a mobilidade social ascendente de integrantes da população negra brasileira, num resgate histórico essencial do Estado brasileiro com as cidadãs e cidadãos que são herdeiros do regime de escravidão havido em nosso país, que findou sem que jamais fosse realizado um debate por nossa sociedade sobre a reparação devida às vítimas desse crime de lesa-humanidade ou contra a humanidade, somente comparável ao holocausto, do período da Segunda Guerra Mundial.

BIBLIOGRAFIA

BARTH, Fredrik Os Grupos Étnicos e suas Fronteiras. Em: O Guru, o Iniciador e Outras Variações Antropológicas, 25-68. Rio de Janeiro: Contracapa, 2000.

BENTO, Maria Aparecida Silva Branqueamento e Branquitude no Brasil. Em: Iray Carone & Maria Aparecida Silva Bento (orgs) Psicologia Social do Racismo. Estudos sobre Branquitude e Branqueamento no Brasil, 25-57. Petrópolis: Vozes, 2002.

CARNEIRO, Sueli Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CARVALHO, José Jorge Mestiçagem e Segregação, Revista Humanidades, Ano V, n.17, 3539. 1988.

_____ As Propostas de Cotas para Negros e o Racismo Acadêmico no Brasil, Revista Sociedade e Cultura, Vol. 4, No. 2, jul-dez, 13-30. Depto de Ciências Sociais, Universidade Federal de Goiânia, 2001.

_____ Inclusão Étnica e Racial no Brasil. A Questão das Cotas no Ensino Superior. São Paulo: Attar Editorial, 2006.

_____ Racismo Fenotípico e Estéticas da Segunda Pele, Revista Cinética, www.cinetica.com.br. ISSN 1983-0343, 2008.

_____ A Política de Cotas no Ensino Superior. Ensaio Descritivo e Analítico do Mapa das Ações Afirmativas no Brasil. Brasília: Ministério da Educação/Instituto de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa, 2016.

CRENSHAW, Kimberlé Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero, Revista Estudos Feministas, Ano 10, Vol. 1, 171-188, 2002.

_____ A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero. Painel 1. Cruzamento: Raça e Gênero.

DAVIS, Angela Mulheres, Raça e Classe. Rio de Janeiro: Boitempo, 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO Racismo Cordial. São Paulo: Folha de São Paulo, 1995.

GRUPO DE TRABALHO INTERMINISTERIAL COTAS RACIAIS. Relatório Final. Brasília: Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017.

HALL, Stuart Identidades Culturais na Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: DP&A Editora. Rio de Janeiro: 1997.

_____ Quem Precisa da Identidade? Em: Thomaz Tadeu da Silva, Stuart Hall & Kathryn Woodward (orgs), Identidade e Diferença. A Perspectiva dos Estudos Culturais, 103-133. Petrópolis: Vozes, 2000.

MUNANGA, Kabengele Rediscutindo a Mestiçagem no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____ A Difícil Tarefa de Definir quem é negro no Brasil. Entrevista para Revista Estudos Avançados, Vol. 18, No. 50, 51-56, 2004.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso Identidade, Etnia e Estrutura Social. São Paulo: Editora Pioneira, 1976.

PETRUCCELLI, José Luís A Cor Denominada. Estudos Sobre a Classificação Étnico-Racial. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 2007.

_____ Raça, Identidade, Identificação: Abordagem Histórica Conceitual. Em: José Luíz Petrucelli & Ana Lúcia Saboia (orgs), Características Étnico-Raciais da População Brasileira. Classificações e Identidades. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

_____ As Categorias Étnico-Raciais no Brasil. Em: Jacques d'Adesky & Marcos Teixeira de Souza (orgs), Afro-Brasil. Debates e Pensamentos, 69-90. Rio de Janeiro: Cassará, 201

