

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
e UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA

Curso de Especialização em Direito do Trabalho Ítalo-Brasileiro

**ROSILAINE PEREIRA BRAGA DAINEZ**

**CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE DISCRIMINAÇÃO E  
PREFERÊNCIA**

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Trabalho Ítalo-Brasileiro, promovido pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho Ítalo Brasileiro.

Professor Orientador: MARIA ROSÁRIO BARBATO

Belo Horizonte

2012

## RESUMO

A discriminação consiste em uma injustificada diferenciação de tratamento em razão de um determinado fator previsto em lei, assim outras diferenciações atípicas não podem tecnicamente serem definidas como discriminação no sentido técnico e constituiria preferência.

A razão para o legislador preocupar-se em disciplinar a matéria vem da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade. No Brasil e na Itália a legislação protege contra a discriminação por razões de sexo, origem, raça, cor, idade, deficiência física entre outras, assim também o fazem as Convenções da ONU e da OIT.

O objeto do trabalho é estabelecer critérios que possam diferenciar a discriminação vedada pelo ordenamento jurídico e a preferência que se inclui dentro dos poderes do empregador. O trabalho conclui que a legislação por vezes inclui a preferência como uma espécie do gênero discriminação, mas em certos casos como na Convenção da ONU, de 1979 sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a preferência não é tratada como uma forma de discriminação.

Contudo, verificou-se alguns critérios utilizados na jurisprudência do Brasil e da Itália, para a prova da discriminação como critério estatístico, facilitação probatória, inversão do ônus da prova, prova indiciária.

Diante da ausência de provas robustas acerca dos fatos que envolvem esta matéria não foi possível estabelecer critérios distintivos objetivos, o que deve ser observado em cada caso concreto é que não podemos tirar do sujeito o seu ser social que lhe permite fazer escolhas, mas deve-se sempre analisar o caso sob a ótica dos princípios da igualdade de tratamento e oportunidades.

Palavras chave

discriminação, preferência, distinção.

## ABSTRACT

Discrimination is an unjustified difference in treatment on grounds of a particular factor provided by law, and other atypical differentiations can not technically be defined as discrimination in the technical sense and would be preferred.

The reason for the legislature to worry about disciplinary matter is the need for protection of human dignity and equality. In Brazil and in Italy the law protects against discrimination on grounds of sex, origin, race, color, age, disability, among others, so do the UN Conventions and the ILO.

The object of this paper is to establish criteria that can differentiate the discrimination prohibited by law and that includes preferably within the power of the employer. The paper concludes that legislation sometimes includes the preference as a kind of gender discrimination, but in certain cases such as the UN Convention of 1979 on the Elimination of all forms of discrimination against women, the preference is not treated as a form of discrimination.

However, there are some criteria used in the case of Brazil and Italy, for proof of discrimination as statistical criteria, facilitating evidence, reversal of the burden of proof, circumstantial evidence.

Given the absence of robust evidence about the facts surrounding this matter has not been possible to establish criteria distinctive objectives, which must be observed in each case is that the subject can not take their social being that allows you to make choices, but it should always consider the case in light of the principles of equal treatment and opportunities.

## KEYWORDS:

Discrimination - preference - distinction.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	05
<b>DESENVOLVIMENTO</b>	
1. CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE DISCRIMINAÇÃO E PREFERÊNCIA .....	05
2. A LEGISLAÇÃO .....	06
3. A JURISPRUDÊNCIA .....	10
4. A VISÃO DA PSICANÁLISE .....	11
<b>CONCLUSÃO</b> .....	14
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	15

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a Constituição Federal veda a discriminação na relação de trabalho através de algumas proibições contidas em seu art. 7º, incisos XXX; XXXI; XXXII; XXXIV. Proíbe taxativamente qualquer diferença de salário, funções ou critério de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil, ou em relação a portador de deficiência física. Proíbe ainda distinção entre trabalho ou entre os trabalhadores, de serviços manual, técnico ou intelectual, e impõe a igualdade de direito entre os trabalhadores com vínculo de emprego e os trabalhadores avulsos.

Diante da vedação acima apresenta-se um grande problema que é o objeto do presente trabalho, qual seja, como distinguir a discriminação da preferência? Assim, o intuito é estabelecer critérios que possam diferenciar a discriminação vedada pelo ordenamento jurídico e a preferência que se inclui dentro dos poderes do empregador. A fim de que os critérios utilizados para determinar se a conduta empresarial enquadra-se ou não em uma conduta discriminatória não sejam subjetivos, garantindo uma maior segurança jurídica.

O trabalho faz uma análise da legislação do Brasil e da Itália e ainda das Recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT e Convenções da Organização das Nações Unidas – ONU. Faz pesquisa jurisprudencial no Brasil e na Itália e busca fundamentos na psicanálise.

## DESENVOLVIMENTO

### 1. CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE DISCRIMINAÇÃO E PREFERÊNCIA

No Brasil, a Constituição Federal veda a discriminação na relação de trabalho através de algumas proibições contidas em seu art. 7º, incisos XXX; XXXI; XXXII; XXXIV. Proíbe taxativamente qualquer diferença de salário, funções ou critério de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil, ou em relação a portador de deficiência física. Proíbe ainda distinção entre trabalho ou entre os trabalhadores, de serviços manual, técnico ou intelectual, e impõe a igualdade de direito entre os trabalhadores com vínculo de emprego e os trabalhadores avulsos.

Diante da vedação acima apresenta-se um grande problema que é o objeto do presente trabalho, qual seja, como distinguir a discriminação da preferência? Assim, o intuito

é estabelecer critérios que possam diferenciar a discriminação vedada pelo ordenamento jurídico e a preferência que se inclui dentro dos poderes do empregador. A fim de que os critérios utilizados para determinar se a conduta empresarial enquadra-se ou não em uma conduta discriminatória não sejam subjetivos, garantindo uma maior segurança jurídica.

Quanto aos significados de cada termo, *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira*<sup>1</sup>. ensina que o verbo discriminar, do latim *discriminare*, tem o significado de “diferenciar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças.” e preferência é “predileção; manifestação de agrado; prioridade; ato de preferir;” sendo que preferir possui o significado de “dar a primazia a; escolher; querer antes; ter predileção por; gostar mais de;”

LOPES traz conceito mais específico sobre discriminação:

“A discriminação é a ação ou omissão baseada em critérios injustos, tais como raça, cor, sexo, idade, estado civil, religião etc, que viole direitos da pessoa. Pode-se dizer que a discriminação é a exteriorização ou a materialização do preconceito, que pode decorrer tanto do racismo, quanto do esteriótipo.”<sup>2</sup>

Assim a discriminação está mais relacionada a verdadeira distinção e diferenciação, sendo que baseia-se em critério injusto, enquanto a preferência seria apenas a prioridade não dada a diferenciar o sujeito, mas apenas a efetivar uma escolha necessária. Desta feita, cabe verificar se somente a discriminação restará proibida ou se mesmo o ato de preferência é vedado pelo ordenamento jurídico.

## 2. A LEGISLAÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho – OIT na Convenção 111, de 1958, que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão define em seu art. 1º

- (1) Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende:
- a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social,

---

<sup>1</sup> (Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", 2ª edição, 31ª Impressão, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1986

<sup>2</sup> **A Questão da Discriminação no Trabalho**, Otavio Brito Lopes.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_17/artigos/art\\_otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_17/artigos/art_otavio.htm)

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, 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.

A Convenção 111, da OIT conforme o texto acima inclui a preferência como uma espécie do gênero discriminação, o que dificulta a diferenciação proposta por este trabalho e poderia levar ao fim do estudo sobre o tema com a conclusão de que não há critérios distintivos entre as duas ações, posto que a preferência é um tipo de discriminação.

Contudo, em análise mais completa do texto do referido artigo, observa-se que a discriminação que se visa eliminar é aquela distinção, exclusão ou preferência que tenha efeito específico de destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento. Assim, um critério para distinguir discriminação e preferência seria a apreciação da consequência do ato que se está analisando. De tal forma que se produzir a destruição ou alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de trabalho seria discriminação e portanto deve ser eliminada através da adoção de política nacional pelos países que ratificarem a Convenção, dentre eles o Brasil, que o fez em 26 de novembro de 1965, caso contrário, ou seja, se o ato não causasse a referida consequência seria simples ato de preferência não afeito ao Direito.

Posteriormente a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas formas de Discriminação Racial, de 1965, ratificada pelo Brasil em 1968, conceituou discriminação racial também fazendo alusão ao termo preferência como uma espécie do gênero discriminação, apresentando também as consequências que o ato deve produzir para ser considerado discriminação pela convenção.

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

Por sua vez a Convenção da Organização das Nações Unidas, de 1979 sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, definiu a discriminação não prevendo no conceito a espécie de preferência.

Artigo 1 ° Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra as mulheres" significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

A não adoção do termo preferência ao conceituar discriminação na referida Convenção corrobora a tese de que os dois conceitos traduzem idéias diferentes e que a preferência não seria uma espécie que deve ser eliminada. A discriminação aqui foi restrita aos atos de distinção, exclusão ou restrição, não sendo tratado como discriminação o ato de simples preferência.

No Brasil, além da previsão Constitucional do art. 7º, que trata de várias proibições de discriminação com relação ao trabalhador, existe a Lei 9.029, de 13 de abril de 1995 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

A referida lei traz enfoque diferenciado ao adotar no lugar no termo “discriminação” a expressão “prática discriminatória” e ainda avança ao tipificar algumas práticas que seriam consideradas discriminatórias, contudo o faz apenas para tipificar o crime não avançando na caracterização objetiva das práticas, deixando ao entender das partes envolvidas a responsabilidade em definir quais estariam enquadradas como discriminatórias.

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

A lei estabelece que não são considerados como discriminatórios os atos de distinção, exclusão ou preferência, baseados em qualificações exigidas para um determinado emprego, colocando a preferência desde que baseada em qualificações do cargo, como



conduta permitida ao empregador. Desta forma, o empregador poderá justificar a sua escolha baseando-se no perfil da vaga, mas não em critérios relacionados exclusivamente ao perfil do candidato, como sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Assim, não será todo ato de predileção do empregador que poderá ser caracterizado como ato discriminatório.

Na Itália, a Lei 903/77 trata da igualdade de tratamento entre homem e mulher, estabelecendo direitos para as mulheres e vedando qualquer discriminação no acesso ao emprego baseada no sexo, independentemente do modo de recrutamento e seja qual for o setor ou ramo de atividade, em todos os níveis da hierarquia profissional. Sendo vedada também a discriminação por referência à situação matrimonial, familiar ou de gravidez e através de mecanismos de pré-seleção ou por qualquer outra forma de publicidade que indique a exigência de trabalhador de um sexo ou outro.

A proibição de discriminação é igualmente aplicável às iniciativas de orientação, formação, capacitação, aperfeiçoamento e reciclagem profissionais, no que diz respeito ao acesso e ao conteúdo. Quaisquer exceções às disposições da referida lei são permitidas apenas para tarefas de trabalho muito pesados identificados através da negociação coletiva ou quando se trata de recrutamento de moda, arte e entretenimento, onde o sexo é essencial para a natureza do trabalho.

A Lei 903/77 veda a discriminação da mulher no mercado de trabalho apontando os atos que serão considerados discriminatórios e as hipóteses em que é permitida a seleção de homens em detrimento das mulheres sem contudo em nenhum momento do seu texto fazer referência ao termo preferência.

Na legislação italiana há também o decreto legislativo 216, de 09 de julho de 2003, que trata de forma específica a igualdade de tratamento entre as pessoas, em matéria de emprego e condições de trabalho. O referido decreto define o princípio da igualdade de tratamento como sendo a ausência de qualquer discriminação direta ou indirecta por causa da religião, crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

Define ainda que a discriminação direta é quando por religião, crença, deficiência, idade ou orientação sexual, uma pessoa é tratada de forma menos favorável do que outra é, tenha sido ou possa ser tratada em uma situação similar. Já a discriminação é chamada de "indireta", quando uma disposição, critério, prática, ato, pacto ou comportamento é susceptível de colocar pessoas com uma determinada religião ou crença, raça, deficiência, idade ou orientação sexual numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas.

O decreto legislativo 215, também de 9 de julho de 2003, trata da igualdade de tratamento de todas as pessoas independente da raça ou da origem étnica, trazendo exatamente os mesmos conceitos de discriminação de direta e indireta acima tratados. Ambos os decretos também não fazem menção ao termo preferência, excluindo-o do tratamento legal e da proibição destinada à discriminação.

Assim, também na Itália a legislação apresenta-se aberta e dependerá sempre da análise detida do juiz ao caso concreto. Em razão disso, diante de certos casos, o conhecimento positivo do juiz não é suficiente, é necessário que ele tenha sensibilidade para responder a uma demanda que possui lógica discursiva diferente.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA

O problema maior enfrentado pelo julgador diz respeito à prova da discriminação, que é difícil de ser apresentada, posto que o normal é que o empregador não exponha as razões específicas de sua conduta, assim acontecendo, por exemplo, nos critérios de admissão, promoção ou demissão, para os quais a lei brasileira ainda não exige a fundamentação, não podendo o operador do direito esperar que nestes casos a prova seja exuberante.

Em razão disso, muitos defendem a utilização da prova indiciária que compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. A utilização deste tipo de prova é justificável posto que é certo que nestes casos a prova processual in concreto, como o documento ou a testemunha, nem sempre serão possíveis.

Contudo, a despeito de em certos casos a prova indiciária garantir a efetividade da justiça mesmo diante da inexistência de provas concretas, ao permitir a inferência pelo juiz pode em certa medida configurar-se perigosa, pois os indícios podem levar a conclusões outras que não à verdade, conduzindo a uma decisão que não se coaduna com a realidade.

A utilização da prova indiciária pode também exigir do empregador que para fazer sua contra-prova tenha que produzir a chamada prova negativa e que acabará também sendo produzida através de indícios, posto que não seria possível de outra forma provar que a discriminação não aconteceu.

A falta de critérios distintivos objetivos prejudica ao empregador e ao empregado, posto que são várias as decisões que consideram que não houve a discriminação por exemplo

em relação à mulher porque o empregador produz prova no sentido de que há mulheres trabalhando na empresa, sendo que às vezes à despeito da existência de mulheres o empregador passa a adotar conduta discriminatória de não contratar novas mulheres. Por outro lado, é possível que o empregador prefira a contratação de um homem para uma equipe formada exclusivamente de homens e que não consiga então provar que não houve discriminação diante da alegação de uma mulher que afirma a existência de prática discriminatória.

Diante da existência de uma demanda com alegação de dispensa discriminatória em razão da idade, há juízes que determinam a produção de prova pericial para verificar se na empresa há outros empregados na mesma faixa etária do dispensado. Contudo, tendo a perícia um resultado positivo, ou seja, constatando a existência de empregados na mesma faixa etária, é possível afirmar que a dispensa necessariamente não foi discriminatória? E na hipótese da perícia não identificar nenhum empregado na referida faixa etária, a conclusão inevitável é da existência de dispensa discriminatória?

Ainda é entendimento majoritário nos tribunais superiores o de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, operando-se verdadeira inversão do ônus da prova, posto que caberá ao empregador provar a existência de motivos outros que tenham orientado o ato de dispensa.

Até aqui este tópico limitou-se mais a qualificar um ato como discriminatório ou não, ficando claro a falta de parâmetros objetivos e a necessidade de análise detida e cuidadosa do caso concreto a fim de que a decisão aproxime-se o máximo da verdade e da justiça. Contudo, precisamos ainda analisar a outra perspectiva proposta pelo trabalho, qual seja a análise das condutas que se limitam a demonstrar a preferência do empregador por um perfil de empregado que mais se aproxime do perfil do empreendimento e da vaga.

#### 4. A VISÃO DA PSICANÁLISE

É importante verificar a implicação do sujeito por seus atos inconscientes, ou seja, às vezes a simples empatia com um candidato não pode ser considerada ato discriminatório, sob pena de desconsiderarmos a existência de um ser humano no profissional que faz a seleção, ou mesmo na hipótese de dispensa e/ou promoção quando os critérios de qualidade do trabalho ou eficiência não são suficientes para subsidiar a escolha, não há dúvidas de que o gestor vai optar por aquele com o qual mantém certo vínculo social. Nestes casos, contudo não se pode

deixar de considerar o comprometimento do sujeito com o ordenamento jurídico, assim é claro que a despeito das preferências não se pode tolerar práticas vedadas pela lei.

Por exemplo, há a preferência baseada em estatísticas, isto é, pelo fato do indivíduo morar num bairro conhecido por abrigar determinado tipo de pessoa (bandidos, por exemplo) o empregador pode associar as características das pessoas daquele bairro ao indivíduo, diminuindo assim suas chances de contratação ou lhe implicando num salário menor, o que seria claramente discriminatório.

Assim, o juiz precisa sempre estar atento a todo o contexto sem ser indiferente a nada que existe, pois tudo que constrói o caso concreto é significativo. Não pode o juiz desconsiderar as preferências que são decorrentes das experiências profissionais, pois pode o empregador preferir manter equipe exclusivamente de mulheres ou exclusivamente de homens, pois nas vezes em que manteve equipes mistas teve piores resultados, sem que isso possa ser tratado como discriminação.

À luz da psicologia a discriminação é abordada considerando uma visão de estereótipo, preconceito, uma questão também voltada para gênero. E a preferência por sua vez é uma questão de escolha, "gosto".

Como disse Joel Briman<sup>3</sup>

Com efeito, não se trata absolutamente de interpretar os problemas sociais a partir de certas características dos agentes sociais, mas de pensar em como a ordem simbólica e política do social é a condição de possibilidade para a produção de sujeitos que funcionam segundo certas regularidades psíquicas e não conforme outras, também possíveis.

A psicanálise procura, enfim, pensar o sujeito singular em um campo estritamente intersubjetivo, no qual ele é permeado pelos valores simbólicos que o transcendem e pelas forças pulsionais que o impactam.

Nestes termos psicanalíticos o empregador é um sujeito social que em sua relação com o empregado outro sujeito social deixa transparecer a sua subjetividade que pode traduzir-se em simples preferência, mas observando as consequências e os critérios utilizados pode em certo grau ser tratada como discriminação.

Não podemos tirar do sujeito o seu ser social que lhe permite fazer escolhas que por mais neutras que devam ser, sempre trarão algo da subjetividade de quem pratica a conduta.

---

<sup>3</sup> BIRMAN, Joel. Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 6. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p.295.

Deve-se por outro lado buscar coibir e punir aquelas práticas que de forma discriminatória vedem o acesso à igualdade de oportunidades em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade

A tendência do futuro

As pesquisas têm demonstrado uma queda drástica nos índices de desemprego no Brasil, sendo a cada dia menor o número de mão de obra disponível, há alguns setores em que já há déficit de mão de obra. Este panorama sem dúvida tende a minimizar as práticas discriminatórias, posto que diante da inexistência de mão de obra o empregador precisa abrir seu leque de opções sendo obrigado a não mais valer-se de critérios de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que reduziriam ainda mais o campo da sua mão de obra e por vezes inviabilizariam o empreendimento.

Fica claro que este panorama tem, por exemplo, facilitado a inclusão da mulher no mercado de trabalho, inclusive ocupando cargos de chefia e adquirindo salários iguais aos dos homens o que a bem pouco tempo não era realidade no país e no mundo. E inversamente podemos ver postos de trabalhos que antes eram ocupados somente por mulheres serem hoje integrados também por homens.

Assim, neste novo contexto o empregador acaba abrindo mão de suas preferências e ainda abolindo qualquer prática discriminatória a fim de garantir a efetividade de suas contratações e a manutenção de seus serviços.

“Modernidade líquida” é a expressão que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, utiliza para descrever a sociedade atual. Líquida porque se refere à característica dos fluídos, “que são assim chamados porque não conseguem manter a forma por muito tempo e, a menos que sejam derramados num recipiente apertado, continuam mudando de forma sob influência até mesmo das menores forças”.<sup>4</sup>

Com este pensamento podemos acreditar que sempre existirão formas novas e modernas de discriminação, cabendo aos operadores do direito buscar acompanhar estas mudanças de forma a atender às demandas sociais.

Ainda que encontremos dificuldades para determinar critérios objetivos para diferenciar a discriminação e a preferência este não é um motivo para impedir que novas pesquisas e estudos sejam realizados.

---

<sup>4</sup> BAUMAN, Z. Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

Não há que se falar em estabelecer um rol exemplificativo de quais práticas seriam consideradas discriminatórias, pois como visto até aqui este rol poderia provocar distorções e injustiças, ao criar limites que não comportariam as peculiaridades do caso concreto.

## CONCLUSÃO

O trabalho conclui que a legislação por vezes inclui a preferência como uma espécie do gênero discriminação, mas em certos casos como na Convenção da ONU, de 1979 sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a preferência não é tratada como uma forma de discriminação.

Contudo, verificou-se alguns critérios utilizados na jurisprudência do Brasil e da Itália, para a prova da discriminação como critério estatístico, facilitação probatória, inversão do ônus da prova, prova indiciária.

Trata-se de uma tarefa árdua para o Direito trabalhar com questões que vão além do arcabouço teórico-jurídico. Se para o advogado o trabalho é complexo, para os juízes a responsabilidade é ainda maior. Da decisão deles pode resultar o prosseguimento da prática ou a mudança de postura.

Sempre será necessário o equilíbrio e bom senso do juiz sob pena de banalização da discriminação e da ineficácia das decisões que passarão a condenar empregadores que não adotam práticas discriminatórias e não condenar aqueles que praticam a discriminação.

Diante da ausência de provas robustas acerca dos fatos que envolvem esta matéria não foi possível estabelecer critérios distintivos objetivos, o que deve ser observado em cada caso concreto é que não podemos tirar do sujeito o seu ser social que lhe permite fazer escolhas, mas deve-se sempre analisar o caso sob a ótica dos princípios da igualdade de tratamento e oportunidades.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Fernanda Otoni de. **Contando 'causo' -:** psicanálise e direito: a clínica em extensão. Belo Horizonte: Unicentro Newton Paiva: Del Rey, 2001.

BAUMAN, Z. Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BIRMAN, Joel. Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 6. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p.295.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. **Mercado de trabalho e discriminação etária:** a vulnerabilidade dos trabalhadores 'envelhescentes'. São Paulo: LTr, 2006.

MACHADO, Rubens Approbato. Homens e idéias: pequenas homenagens, grandes esperanças. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2001.

REIS, Sérgio Neeser Nogueira. **Uma visão holística do direito:** manual prático para o jurista do 3º milênio. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997

VIANA, Marcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminacao.** Sao Paulo, LTr, 2000.

VIANA, Marcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira, **Discriminacao.** Sao Paulo, LTr, 2010. 2. ed.