

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO COMBATE A NOVAS E ANTIGAS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS NO MERCADO DE TRABALHO

Felipe Meira Marques¹

Valdélío de Sousa Muniz²

RESUMO: A partir da análise de acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho-TST entre novembro de 2015 e outubro de 2016, o presente trabalho cuida de apresentar um panorama atual das discriminações verificadas no mercado de trabalho. Reúne contribuições conceituais de diversos doutrinadores sobre discriminação, igualdade, ações afirmativas, entre outros temas pertinentes. Descreve o panorama jurisprudencial produzido pelo TST em torno das práticas discriminatórias identificadas nas relações de trabalho, destacando antigas e novas formas de discriminação apontadas nas trinta e cinco decisões examinadas (acórdãos) e as respostas oferecidas pelo Judiciário especializado, os segmentos de atividade econômica e as regiões (geográficas) de maior incidência de casos desta natureza, além de medidas essenciais para tentar prevenir a persistência de tais condutas.

Palavras-chave: Discriminação. Igualdade. Jurisprudência. Mercado de trabalho.

ABSTRACT: From the analysis of judgments published by the Superior Court of Labor (in portuguese Tribunal Superior do Trabalho - TST) between november 2015 and october 2016, the present paper addresses the presentation of a current view of the discriminations verified at the labor market. It gathers conceptual contributions from different theoreticians about discrimination, equality, affirmative actions, and similar subjects. It describes the jurisprudential panorama produced by the Superior Court of Labor around the discriminative actions identified in work relationships, highlighting old and new types of discrimination pointed in the thirty five judgments examined and the answers offered by the specialized judiciary, the sector of economic activity and geographic region of higher incidence of such cases, besides essential measurements pursuing the avoidance of such behaviour

Keywords: Discrimination. Equality. Jurisprudence. Labor Market.

1. INTRODUÇÃO

Expressos na Carta Magna de 1988 e difusos em normas infraconstitucionais, os princípios da não discriminação e da dignidade humana são norteadores do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, o mercado de trabalho ainda hoje é palco constante de práticas discriminatórias que se materializam desde as etapas de seleção e contratação até a dispensa do trabalhador, passando pelo período de vigência do contrato (na contraprestação, processos de promoção e na oferta de oportunidade de aperfeiçoamento).

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Processo Civil pela Unichristus, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Psicólogo pela UFC. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ).

² Bacharel em Direito pela FVJ e em Comunicação Social (Jornalismo) pela Universidade Federal do Ceará (UFC), especialista em Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Estadual do Ceará (UECE) e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Darcy Ribeiro. Analista Judiciário – Área Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-7ª Região).

A experiência vivenciada como analista judiciário da Justiça do Trabalho tem demonstrado que, embora sejam corriqueiras as reclamações trabalhistas por discriminações diversas sofridas no ambiente de trabalho, ainda há um grave desconhecimento dos cidadãos e trabalhadores sobre a jurisprudência firmada no combate a tais discriminações.

Por esta razão, a presente proposta de estudo tem sua relevância ao possibilitar que os principais casos de discriminação no mercado sejam identificados e que as decisões judiciais decorrentes destas reclamações trabalhistas sejam reunidas e sistematizadas, dando-se maior publicidade (difusão) e conhecimento a estudiosos do tema e eventuais interessados em propor ações desta natureza, visando, ao final, promover direitos de tantos trabalhadores ainda discriminados e desconhecedores das respostas já ofertadas pela Justiça.

O acompanhamento frequente das decisões proferidas dá indícios de que situações de discriminação no mercado de trabalho têm sido combatidas, com aplicação de sanções aos agentes responsáveis. Contudo, a recorrência com que o próprio Judiciário ainda se depara, cotidianamente, com conflitos deste tipo (repetindo antigas práticas discriminatórias ou introduzindo novas formas) faz pensar que tais respostas (decisões) têm sido insuficientes.

Embora o TST seja, a rigor, instância recursal (reconhecendo as restritas hipóteses constitucionais de competência originária daquela Corte), acessada somente por parte restrita dos inúmeros litigantes que não se satisfazem com as decisões das instâncias inferiores, a escolha dos acórdãos proferidos por aquele Tribunal tem sua importância pelo valor essencial de que eles dispõem como precedentes temáticos a embasar sentenças e acórdãos País afora.

Serão apresentados conceitos importantes como os de igualdade, discriminação, ações afirmativas, proteção social, pertencimento e força normativa dos princípios. Em seguida, serão descritos, os 35 acórdãos proferidos pelo TST no período estudado.

O presente levantamento não se propõe a esgotar definitivamente um tema tão complexo. Essencialmente, visa a permitir uma visão global e atual do problema para subsidiar aqueles que vivenciem ou se interessem por algum(ns) dos subtemas incluídos.

2 IGUALDADES, DISCRIMINAÇÕES E AÇÕES AFIRMATIVAS

Para compreender a persistência de tantas discriminações e a necessidade de empreender ações e integrar esforços para combatê-las e evitá-las, é essencial compreender alguns conceitos e seu entrelaçamento com a história, a começar pela própria superação do Estado absolutista/natural, no qual preponderava a vontade do soberano (escolhido divino), pelo Estado liberal, que, a partir da Revolução Francesa (1789) e do crescimento das cidades (burgos), do comércio e da Revolução Industrial, gerou expectativas de que a liberdade gerada com uma menor presença do Estado transformaria positivamente a vida de todos os cidadãos.

Com as duas grandes guerras (1914-18 e 1939-45), o mundo percebeu que não bastava a liberdade formal. Reconheceu-se que o Estado teria papel imprescindível para equilibrar interesses em conflito e melhor (re)distribuir os frutos prometidos pelo liberalismo, fundamentando-se na ideia de igualdade entre os homens e cumprindo seus fins sociais (de redução das desigualdades) que pressupõem a ideia de democracia como conciliação de classes (visando a se contrapor à solução de força pregada pelos socialistas mais ferrenhos).

Do Estado liberal, partiu-se para a ideia do Estado social ou de bem-estar (*Welfare State*), também chamado Estado de todas as classes. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2013, p. 24) ressaltam que o fortalecimento do Estado e do seu papel intervencionista objetivou o resgate, “sob nova perspectiva”, da própria dinâmica capitalista, tentando conciliar, mesmo que artificialmente, princípios como livre iniciativa e livre concorrência e a compensação de desigualdades sociais através dos serviços estatais.

A ideia de Estado Democrático de Direito surgiu, por sua vez, do reconhecimento de que não bastariam as ações voluntárias (espontâneas) de governos ou pautadas em legislações infraconstitucionais (facilmente modificáveis conforme as crenças ideológicas dos que alcançassem o poder). Foi preciso conferir status constitucional à nova concepção de Estado, como explicitado no art. 1º da Carta Magna brasileira de 1988.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p.243), o Estado Democrático de Direito se estabelece em três pressupostos: 1) constitucionalidade; 2) juridicidade; e 3) direitos fundamentais. Como bem observa Eduardo Marques Vieira Araújo (2014, p.22), “de nada adiantaria erigir à alçada constitucional postulados éticos relacionados à proteção da pessoa humana sem que lhes fosse conferida força normativa”. Boaventura de Sousa

Santos (2014, p.25) acrescenta que constitucionalizar tantos direitos “sem respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil sua efetivação e abre espaço para maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário”.

Os traumas decorrentes do segundo pós-guerra também favoreceram uma guinada na história do constitucionalismo, com a superação do chamado positivismo jurídico (império da lei), em que pouco importava se o apego à letra da lei (ou à sua ausência) resultaria ou não na realização da justiça. O neoconstitucionalismo (chamado de pós-positivismo e associado ao ativismo judicial ou ao papel do magistrado como legislador positivo) conferiu força normativa à CF e aos seus princípios e deu aos tribunais protagonismo na concretização de direitos fundamentais e a necessidade de ponderação de interesses (ARAÚJO, 2014, p.23).

Como bem sintetizam Fernanda Frizzo Bragato e Bianka Adamatti (2014, p.92), o conceito de igualdade predominante no Direito moderno ocidental, “o de idêntico tratamento da lei a todos”, expressa taxativamente no *caput* do art. 5º da Carta Magna de 1988, é também insuficiente, “pois restringe a igualdade ao formalismo, ao não só ignorar a desigualdade histórica das pessoas, mas pressupor igualdade inexistente entre elas”. A igualdade material se consolida com a adoção de medidas que venham a tornar concreta a igualdade já assegurada no plano legal, mesmo que, para tanto, utilize tratamentos diferenciados e compensatórios voltados a evitar a perpetuação de situações de desvantagens de certos grupos vulneráveis.

Na Convenção nº 111, a Organização Internacional do Trabalho-OIT diz que discriminação constitui violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem-DUDH. O referido documento define o termo **discriminação** como “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Estêvão Mallet (2010, p.17) frisa que discriminação reflete desigualdade arbitrária, injustificável, ilegítima e inaceitável. Para Arion Sayão Romita (2012, p.23), se discriminação é ato de tratar diferentemente os iguais e isonomia passa pelo tratamento igualitário aos iguais e pelo tratamento desigual entre seres desiguais na medida de suas desigualdades, há de se observar critérios (motivos) aptos a propiciar tratamento igual ou desigual a pessoas situadas em posições jurídicas iguais ou desiguais: “O tratamento discriminatório tanto pode prestar-se a inserir alguém em dado grupo social ou situação

jurídica como excluído do grupo ou privá-lo de direitos”. Logo, pode a **discriminação** ser **positiva** ou **negativa**.

Rodrigo Goldschmidt (2008, p.234), defende que a operacionalização do princípio da proporcionalidade permitirá visualizar com mais precisão e controle “até que ponto as partes são iguais ou desiguais, oferecendo ao intérprete e ao aplicador parâmetros mais seguros para nivelar, com justiça, a eventual desproporção das mesmas em face do caso concreto”. Conforme Goldschmidt (2008, p.236), a doutrina considera discriminação negativa a que diz respeito à discriminação ilícita, proibida em lei, por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou estado físico/psíquico e positiva aquela tida como lícita, que visa a criar uma desigualdade (em forma de ação de inclusão ou tratamento compensatório), em regra temporária, para igualar juridicamente pessoas materialmente desiguais.

Romita (2012, p.23) destaca que a legislação trabalhista é pródiga em discriminações positivas como as que dão tratamentos diferenciados a mulher, a adolescentes, a trabalhadores regidos por contratos especiais de trabalho etc. Mas a discriminação positiva vai além do campo legislativo e requer medidas de cunho administrativo para implementação das necessárias diferenciações de tratamento às pessoas, conforme suas necessidades peculiares. A estas medidas, convencionou-se chamar ações afirmativas. Embora num campo mais restrito, elas foram definidas no Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) como “programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades”. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p.185-186) considera que as próprias ações afirmativas são, em si, atos de discriminação lícitos e necessários ao aperfeiçoamento da sociedade.

Tanto as ações administrativas quanto as legislativas adotadas em reconhecimento a segmentos de pessoas e peculiaridades merecedoras de tratamento diferenciado passam a ideia de **proteção social**. Raimundo Amorim de Castro (2009, p.103) frisa que a expressão, a partir da CF-1988 e da Lei Orgânica de Assistência Social-LOAS (Lei nº 8.742/1993), ganhou novo significado, como direito mínimo de qualidade de vida, **pertencimento** e inclusão na vida societária em vez de mero assistencialismo, superproteção ou paternalismo.

Como bem pontua Felipe Meira Marques (2014, p.80), “a cidadania traz consigo o pertencimento e a identidade a algo além da lei. A possibilidade de fazer parte e ser reconhecido por este ‘algo’”. Ele explica que, no estágio econômico atual, a que chama de supercapitalismo, no qual “o exercício da democracia mostra-se precário” (2014, p.14),

a posição de consumidor está se transformando em cidadão: “Ser cidadão é ser aquele que consome” porque, segundo ele, “a cidadania é vinculada à subjetividade” e “subjetividade, na contemporaneidade, está ancorada no ato de consumir” (2014, pp.75/76).

No campo específico do Direito do Trabalho, as normas, conforme Beatriz Cardoso Montanhana, “são mecanismos de contenção dos abusos praticados pelos empregadores, sob os auspícios de uma ‘pseudoliberalidade’ legalmente reconhecida” (2014, p.66). Montanhana diz que “disciplinar a relação de emprego é regular a atuação do capital não somente sobre a atividade laboral, mas sobre o próprio homem” (2014, p.89).

3 JURISPRUDÊNCIAS RECENTES DO TST

De 35 acórdãos proferidos pelo TST entre novembro/2015 e outubro/2016 acerca de discriminação no mercado de trabalho, oito se referem a demissões decorrentes do exercício regular de direito (22,9%), sete tiveram reconhecidos como motivos perseguições e humilhações configuradoras de assédio moral (20%) e sete tratam de dispensas de empregados ou tratamento discriminatório em razão de problemas médicos (20%). Os três motivos juntos (22 decisões) equivalem a 62,9% dos acórdãos analisados. As demais (treze) se referem a discriminações por motivo de deficiência (três), 8,7%; idade (duas), 5,7%; peso (duas), 5,7%; exigência de antecedentes criminais (duas), 5,7%; raça/cor/etnia (duas), 5,7%; além de condição social (uma), 2,8% e gênero (uma), 2,8%.

Em comum, o fato de que as decisões estudadas trazem como fundamento, além da Lei nº 9.029/1995, que proíbe as práticas discriminatórias, os princípios constitucionais da não discriminação e da dignidade da pessoa humana (nos casos não explicitamente enquadrados na referida lei ou na ausência de norma infraconstitucional específica).

3.1 Proteção ao exercício regular de direito e veto às práticas antissindiciais

A CF-1988, em seu art.5º, inciso XXXV, prevê com extrema clareza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Dai decorre o entendimento doutrinário de que o direito de ação é um direito subjetivo (do cidadão-sujeito) que, por sua vez, origina o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (papel confiado ao Estado de dizer o direito). Representa, portanto, tentativa de coibir a chamada autotutela (popularmente denominada “justiça com as próprias mãos”).

Ora, se nem mesmo a lei pode excluir do Judiciário a análise de lesão ou ameaça de direito, como entender que tantas empresas insistam em punir seus empregados em razão do mero exercício do direito de ação? Como explicar que a liberdade sindical e o direito de greve, garantidos nos arts. 8º e 9º da CF-88, com respaldo na convenção nº 87 da OIT, no art.23, 4, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Lei nº 7.783/1989, venham a ter, ainda hoje, seu exercício dificultado por intimidações patronais? Situações desta natureza predominaram entre os acórdãos das várias Turmas do TST aqui examinados.

Em 5 de outubro de 2016, a 3ª Turma do TST, por unanimidade, manteve condenação da Caixa Econômica Federal (CEF) por retaliação a operador de caixa que ajuizou reclamação trabalhista contra ela. Os ministros, ao julgarem o Recurso de Revista-RR nº 10169-31. 2013.5.14.0081, aumentaram de R\$ 20 mil para R\$ 50 mil a indenização a ser paga porque, segundo o ministro-relator, Maurício Godinho Delgado, no voto que gerou o acórdão, o valor arbitrado pelo TRT-14ª Região (RO/AC) foi desproporcional ao dano experimentado pelo operador, que havia sido impedido de prestar horas extras, destituído da função de caixa e revertido à de técnico bancário, com remuneração inferior. Ante a ausência de legislação sobre fixação de indenização, o relator defendeu os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para dar a certeza de que o ato ofensor não ficará impune.

A mesma 3ª Turma, também por unanimidade, anulou, em 11 de maio de 2016, a dispensa de operador de máquina da empresa Mahle Metal Leve S.A., ocorrida logo depois de ele ter ajuizado ação na VT de Itajubá (MG) contra seu empregador. Insatisfeita com a atitude do empregado, a empresa demitiu-o. O juiz local entendeu que a Lei nº 9.029/95, que autoriza a reintegração de empregado demitido por motivo de sexo, origem, raça, cor, idade, estado civil ou situação familiar não poderia ter interpretação estendida à demissão por exercício regular de direito. O TRT-3ª Região (MG) manteve a sentença, entendendo que o art. 4º da referida lei se aplicaria apenas aos casos citados no *caput* da lei, mas o TST, segundo referido acórdão (ARR nº 11240-03.2014.5.03.0061), usou interpretação analógica (comparativa) da Lei nº 9.029/95, para considerar discriminatória a dispensa do trabalhador.

Assim como entendeu a 3ª Turma, nos dois acórdãos antes descritos, a 8ª Turma, ao julgar em 22 de junho de 2016, o Recurso de Revista-RR 143600-92.2009.5.04.0401, considerou discriminatória demissão de um consultor comercial um

mês após ter ajuizado outra ação trabalhista contra a RR Donnelley Editora e Gráfica Ltda., de Caxias do Sul (RS).

Em 18 de maio de 2016, ao julgar o ARR nº 68600-05.2010.5.21.0005, a 7ª Turma manteve, por unanimidade, condenação do Banco do Brasil ao pagamento de R\$ 600 mil a uma advogada, demitida após 26 anos de trabalho, porque a empregada figurou como substituída em ação ajuizada pelo Sindicato dos Bancários do Rio Grande do Norte.

O abuso do direito potestativo, configurado na prática de dispensa discriminatória, também foi reconhecido pela 2ª Turma, em 4 de novembro de 2015, no julgamento do RR nº 54300-88.2012.5.17.0131, por meio do qual, por unanimidade, manteve-se a decisão do TRT-17ª Região (ES) pela reintegração e pagamento de indenização a empregado do Banco do Estado do Espírito Santo-Banestes. Ele havia sido novamente dispensado dez meses após reintegrado em ação anterior e ter trabalhado, como concursado, por 20 anos.

Nesta mesma linha, seguiu a decisão da 2ª Turma, em 29 de junho de 2016, ao julgar o RR nº 86400-53.2002.5.15.0115. Por unanimidade, os ministros rejeitaram apelo da Companhia Agrícola e Pecuária Lincoln Junqueira e afastaram justa causa de cortador de cana que participou de paralisação de um dia para aumento de salário. No episódio, mais de 46 empregados integraram movimento paredista de um dia e foram dispensados. A ministra relatora Maria Helena Mallmann ressaltou que o Supremo Tribunal Federal (STF), na Súmula 316, consagrou o entendimento de que a simples adesão à greve não constitui falta grave.

Nesta direção, a 8ª Turma, embora tenha reduzido indenização de R\$ 50 mil para R\$ 10 mil, manteve condenação à Supersul Comércio Varejista de Alimentos Ltda. (Grupo Yamada) por ter punido empregados que participaram de reuniões no Sindicato dos Empregados no Comércio de Marabá (PA), entre eles o autor da ação (demitido). Ao julgar o RR nº 1506-46.2014.5.08.0107, em 16 de dezembro de 2015, os ministros validaram entendimento do TRT-8ª Região (PA/AP) de que a empresa não comprovou demissão por redução de custos.

Dificuldade econômica não foi aceita pela 6ª Turma, em 31 de agosto de 2016, como justificativa para a dispensa de duas trabalhadoras que tinham assegurada estabilidade no emprego por serem integrantes da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes-CIPA. Aquele colegiado decidiu, ao julgar o RR 376-24.2014.5.15.0140, que a Homeplay Industrial Eireli deve pagar indenização às duas empregadas. A garantia do

emprego do cipeiro é prevista no art.10, inciso II, a, do ADCT-Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3.2 Trabalho, saúde e avanços na genética: encontros e desencontros

Em 29 de junho de 2016, a 4ª Turma do TST determinou a reintegração de um ferroviário da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos-CPTM, que sofria de síndrome de dependência alcoólica. Ao julgarem o Recurso de Revista-RR 3340-05.2013.5. 02.0037, os magistrados consideraram, seguindo entendimento da ministra relatora, Maria de Assis Calsing, que a dispensa teve nítido caráter discriminatório ante a ausência de provas de outro fator que a justificasse. Para a doutrina e a jurisprudência modernas, por ser doença (exclui culpa do paciente), o alcoolismo não mais constitui falta grave a motivar a rescisão. Calsing, em seu voto, aplicou a súmula 443, do TST, que considera discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que gere estigma ou preconceito.

A mesma súmula embasou decisão unânime da 2ª Turma de condenar a Fiação de Seda Bratac S.A. a reintegrar fiandeira dispensada sem justa causa um dia após retornar de licença concedida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social-INSS para tratamento de câncer de útero. Ao julgarem o Recurso de Revista-RR 1269-50.2011.5.09.0863, os ministros acolheram, em 16 de novembro de 2015, o voto do relator Renato de Lacerda Paiva, frisando que a rescisão do contrato, além de discriminatória, afrontou os princípios da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da proteção ao trabalhador. Ele frisou o contexto em que ganham força políticas afirmativas de inclusão de grupos minoritários, como o de pessoas com doenças graves, e considerou evidente que a razão da dispensa foi a intenção de não contar com trabalhadora submetida a severo tratamento médico, pois cabia à empresa provar motivo econômico (inversão do ônus da prova) para afastar presunção de discriminação.

A 5ª Turma manteve condenação ao HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo a indenizar em R\$ 100 mil gerente rebaixado de função ao voltar de licença por síndrome do pânico. O caso, divulgado no site do TST em 21 de julho de 2016, omitiu o número do processo para preservar a intimidade do trabalhador, que tem mais de 27 anos de serviços prestados e foi gerente de agência por mais de onze anos. Ao voltar de licença, foi posto numa sala onde cabia apenas uma pessoa, sem ar condicionado e monitorado por câmera de vídeo.

Já a Volkswagen teve mantida pela 7ª Turma condenação a indenizar em R\$ 15 mil um reparador de veículos posto numa sala envidraçada, sem nada para fazer, por três meses, logo que retornou de licença médica, em vez de ser readaptado. No local, ele ficou exposto a comentários vexatórios como “pé de frango” (que ninguém quer), “enrolador, sequelado, zero à esquerda e vagabundo”. No Agravo de Instrumento em Recurso de Revista-AIRR nº 23100-90.2008.5.02.0464, o ministro relator Luiz Philippe Vieira de Mello Filho entendeu ter restado comprovado pelas testemunhas que o ocorrido era prática comum da empresa em relação a empregados que retornavam de licença, o que configura abuso do poder diretivo com poder de lesar a dignidade da pessoa humana. Os demais integrantes da 7ª Turma seguiram o relator em 24 de fevereiro de 2016.

Por situação semelhante, a 5ª Turma rejeitou embargos da Petrobras S.A (AIRR nº 698-91.2013.5.05.0161), em 4 de maio de 2016, contra decisão que a condenou a pagar indenização por danos morais de R\$ 50 mil a um técnico de operação alvo de condutas discriminatórias e abusivas de superiores. Licenciado em 2007 em razão de quadro depressivo, ele alegou, na ação, que seu retorno ao trabalho foi dificultado e, quando voltou, em 2011, foi obrigado a trabalhar sozinho em uma sala sem acesso à internet e recebeu nota zero de um gerente em avaliação funcional, enquanto colegas o atribuíram nota 9,2.

Outra situação relativa à discriminação por motivo de saúde e cometida durante a relação de trabalho foi rechaçada, em 16 de dezembro de 2015, pela 6ª Turma do TST, no julgamento do RR nº 766-58.2014.5.20.0009. Por ter feito anotações dos atestados médicos na Carteira de Trabalho e Previdência Social-CTPS de uma balconista, a rede Cenconsud Brasil Comercial Ltda. foi condenada a pagar R\$ 6 mil de indenização (danos morais). A prática foi considerada danosa à imagem da profissional pelo risco de dificultar a reinserção no mercado de trabalho. Segundo o voto do ministro-relator, Aloysio Corrêa da Veiga, a jurisprudência pacificada pelo TST é de que esse dano não é só evidente, mas também presumido.

Se, em regra, as decisões mencionadas mostraram-se favoráveis aos trabalhadores, com o reconhecimento de práticas discriminatórias, a 4ª Turma decidiu não aplicar a Súmula 443 à dispensa de trabalhador com cardiopatia grave (arteriosclerose das carótidas). Ao julgar, em 2 de março de 2016, o RR nº 2551-38.2012.5.02.0070, a ministra-relatora Maria de Assis Calsing justificou, no voto que gerou o acórdão, que a presunção de que tenha havido discriminação se volta apenas a doenças graves que suscitem preconceito ou estigma.

3.3 Assédio (moral e sexual): discriminação, humilhação e constrangimento

Do latim *obsidere*, o termo assédio significa por-se adiante, sitiado, atacar e tem relação com insistência inoportuna ou abordagem (pergunta, proposta) forçada. A Diretiva 200/78/CE, produzida pelo Conselho da União Europeia entre os anos 2000 e 2002 e citada por Francisco das Chagas Lima Filho (2009, p.30), afirma que:

O assédio é considerado discriminação sempre que ocorrer um comportamento indesejado relativo à religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual com o objetivo ou efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. No mesmo sentido, o assédio sexual será considerado discriminação em razão do sexo no local de trabalho sempre que ocorrer um comportamento indesejado, de caráter sexual, que tenha o objetivo ou efeito de afetar a dignidade das pessoas e/ou criar um ambiente intimidativo, hostil, ofensivo ou desestabilizador, em especial se a rejeição ou submissão a comportamentos deste tipo forem utilizadas como fundamento de decisões que afetem essas pessoas.

Em 21 de setembro de 2016, a 2ª Turma do TST deixou de conhecer recurso do Condomínio Shopping Itaipara, condenado a pagar R\$ 50 mil a uma porteira por dano moral. A indenização havia sido arbitrada pelo Juízo da 13ª VT-Salvador em R\$ 5 mil, mas o TRT-5ª Região (BA) elevou o valor em dez vezes, o que foi validado pelo TST. Por unanimidade, os ministros reconheceram como graves as ofensas praticadas pela síndica do condomínio, segundo o acórdão no Agravo em Recurso de Revista-ARR nº 957-16.2011.5.05.0013.

Situações parecidas foram julgadas no RR nº 18500-56.2006.5.04.0006, que tratou, em 3 de agosto de 2016, de uma assistente terceirizada à Telefônica Brasil S.A. (Vivo), chamada de “burra, preguiçosa e ignorante” por um supervisor que chegava a bater com um chicote na sua mesa; e em 9 de dezembro de 2015, no RR 1660-21.2012.5.01.0013, relativo a um gerente regional do Bradesco, que chamava sua subordinada de “gerente Gabriela”, se referindo à música tema de abertura da novela “Gabriela” (“Eu nasci assim, eu cresci assim e sou mesmo assim, vou ser sempre assim”), para afirmar a incompetência da empregada para cumprir metas. Ambas as empresas foram condenadas a pagar indenizações.

Em 14 de setembro de 2016, a 6ª Turma do TST manteve condenação aplicada pelo TRT-9ª Região (PR) contra a Legião da Boa Vontade-LBV por exagerar na cobrança de metas de operadora que pedia contribuições por telefone. Ao julgar o RR nº 797-16.2011.5. 09.0001, a Turma decidiu que a LBV terá de pagar R\$ 5 mil por assédio moral. A operadora chegou a ser afastada em 2007, recebendo auxílio-doença por transtornos

esquizoafetivo depressivo e de pânico e por lesões de esforço repetitivo. Quem não atingisse a meta era submetido a “castigo” como cantar música, fazer exercício físico ou imitar animais.

Caso semelhante levou a 2ª Turma a reconhecer a rescisão indireta do contrato de uma arrecadadora de pedágio. Por unanimidade, o RR 407-91.2011.5.09.0665, julgado em 17 de agosto de 2016 e interposto pela concessionária da rodovia Caminhos do Paraná S.A., foi rejeitado, mantendo decisão que converteu a demissão “a pedido” para rescisão indireta porque ficou comprovado que a superior da empregada a tratava com rigor excessivo, perseguições e humilhações, tendo chamado-a inclusive de “biscate”.

Já o assédio sexual foi objeto de dois acórdãos recentes. Em 20 de setembro de 2016, a 8ª Turma não conheceu recurso da Bombril S.A. (RR nº 835-65.2015.5.20.0006) contra decisão do TRT-20ª Região (SE), que manteve condenação imposta pelo juízo da 6ª VT de Aracaju ao pagamento de indenização de R\$ 100 mil a uma promotora de vendas. O outro caso, divulgado no site do TST em 15 de agosto de 2016, diz respeito a um repositor de perfumaria da área infantil da rede Formosa Supermercados e Magazine Ltda. e foi decidido pela 2ª Turma (número do processo não veiculado), que condenou a empresa a pagar R\$ 15 mil de indenização pelo comportamento impróprio do representante do empregador.

3.4 Deficiência, antecedentes criminais e discriminação racial

Curiosamente, dois casos similares foram apreciados pelo TST no período de um ano. Em 8 de agosto de 2016, o Órgão Especial do TST confirmou decisão do TRT-15ª Região (sediado em Campinas-SP), reconhecendo o direito de ser classificado em vagas reservadas a pessoas com deficiência a um portador de perda auditiva unilateral grave. Ele tinha sido excluído da lista especial no concurso do próprio TRT, em 2013, mas ingressou com mandado de segurança e o TRT-15ª concedeu-lhe o direito de compor a lista especial. O TST manteve a decisão, ao analisar o caso por meio da remessa necessário (ReeNec nº 5857-63.2015.5.15.0000). O outro caso, idêntico, só chegou ao Órgão Especial da Corte Superior Trabalhista mediante Recurso Ordinário, após o TRT-4ª Região (RS) ter rejeitado mandado de segurança interposto por um estudante com surdez unilateral contra o indeferimento de sua inscrição no concurso daquele Tribunal gaúcho. Por unanimidade, o TST decidiu, no RO 22013-35.2015.5.04.0000, em 3 de outubro de 2016, que o candidato pode participar do concurso como portador de necessidade especial.

A dúvida surgida nos dois Tribunais Regionais do Trabalho (4ª e 15ª Regiões), no entanto, tem razão de existir na súmula 552 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual, “o portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos”.

Em 9 de dezembro de 2015, ao julgar o RR nº 779-16.2012.5.03.0069, a 6ª Turma, por unanimidade, absolveu a Samarco Mineração S.A. da obrigação de reintegrar ex-empregada com deficiência física (portadora da doença degenerativa identificada como osteogênese imperfeita), substituída por outra com deficiência auditiva. O entendimento da Turma foi de que a dispensa não foi discriminatória porque a Lei nº 8.213/1991, que fixa as cotas, não exige a substituição por trabalhador com a “mesma” deficiência.

A exigência de apresentação de antecedentes criminais por candidatos a emprego gera dano moral? A 6ª Turma decidiu, unanimemente, em 17 de fevereiro de 2016, que a Construtora B. Santos Ltda. deve indenizar em R\$ 2 mil por danos morais um servente de obras por ter exigido para sua contratação, segundo o voto que gerou o acórdão, a apresentação de atestado de antecedentes criminais. Ao apreciar o RR nº 94800-12.2013.5.13.0023, os ministros reafirmaram entendimento do TST de que a exigência, quando a atividade do empregado não justifica, constitui conduta discriminatória.

No TST, o ministro relator Augusto César Leite de Carvalho explicou, em seu já mencionado voto, que a exigência da certidão, por si só, não é motivo para reparação, mas que duas situações autorizam o reconhecimento do dano moral, conforme entende a SDI-1: a) a demonstração de que o candidato não foi contratado devido a uma certidão positiva de antecedente que não tenha relação com a função a ser exercida; ou b) a demonstração de que a atividade a ser exercida não justificaria a exigência da certidão.

Em 15 de junho de 2016, a 2ª Turma decidiu, por unanimidade, que a Marinha do Brasil deve pagar indenização de R\$ 30 mil por danos morais a um pedreiro demitido de construção de armazém após a revelação de que ele é ex-presidiário. Empregado da Luxor Engenharia Construções e Pavimentações Ltda., ele prestava serviço em obra para o Centro Tecnológico da Marinha (Aramar). A instituição alegou a natureza militar da obra e sua função de preservar a segurança nacional, para justificar a demissão determinada. A ministra relatora do AIRR nº 563-55.2010.5.15.0016, Maria Helena Mallmann, destacou, no seu voto, que se depreende do caso “total descompasso com os valores humanos e sociais do trabalho e da reinserção na sociedade e no mercado de trabalho do ex-presidiário”.

No dia 5 de outubro de 2016, a 8ª Turma manteve, ao julgar o RR 1630-63.2013.5.09.0001, condenação do Victor Al Mare Restaurantes Ltda., de Curitiba-PR, ao pagamento de indenização de R\$ 20 mil por dano moral a um cozinheiro porque o *chef* o tratava com insultos racistas, que motivaram seu pedido de rescisão indireta (demissão por falta grave do empregador, com direito às verbas rescisórias devidas na dispensa imotivada). O cozinheiro embasou o pedido na violação ao Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010).

Em 11 de novembro de 2015, a 1ª Turma havia condenado o WMS Supermercado do Brasil Ltda. (Walmart) a indenizar em R\$ 7 mil uma ex-empregada, alvo de atitudes preconceituosas de sua chefe, que prometia tirar “todos os pretinhos da frente do caixa”. Ao julgar o Agravo de Instrumento em RR nº 118440-28.2006.5.04.0221, os ministros, por unanimidade, mantiveram decisão do TRT-4ª Região (RS).

3.5 Idade, peso, gênero e condição social

Dois casos de discriminação por idade estiveram em pauta e com traços similares. Em 15 de junho de 2016, a 8ª Turma manteve, por unanimidade, a nulidade da dispensa de empregado do Banco do Estado do Espírito Santo-Banestes, prestes a se aposentar (RR 50100-72.2010.5.17.0013). Em 17 de agosto, também, por unanimidade, a 2ª Turma manteve condenação ao pagamento de R\$ 150 mil de indenização por dano moral a uma professora demitida na fase pré-aposentadoria pelo Colégio Catarinense (RR 2112-83.2012.5.12.0026).

Os dois acórdãos identificados no período deste estudo relativos à discriminação por motivo de peso tiveram como parte ré a entidade Vigilantes do Peso Marketing Ltda. e decisões unânimes, mas antagônicas. Em 24 de agosto de 2016, a 4ª Turma seguiu o voto da desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, de que a conduta da empresa de exigir a manutenção do peso corporal de uma orientadora durante o período do contrato de trabalho não foi abusiva. A relatora do RR nº 149-51.2012.5.02.0371 alegou que o controle do peso é preciso para garantir credibilidade ao programa e a suas representantes.

Em 4 de novembro de 2015, porém, ao apreciar o RR nº 148500-63.2006.5.01.0060, a 2ª Turma afastou justa causa de outra orientadora do Vigilantes do Peso Marketing Ltda., demitida por não conseguir manter o peso previsto em cláusula contratual. Ao não conhecer do recurso da empresa, o TST manteve decisão segundo a

qual o sobrepeso da empregada não pode ser considerado falta funcional prevista no art.482 da CLT.

Por meio do AIRR nº 45541-08.2006.5.05.0511, a Setal Engenharia Construções e Perfurações S.A. tentou reverter condenação sofrida por ter demitido um operário em razão de ele não ter condições adequadas de moradia (falta de móveis). A 1ª Turma, em 11 de novembro de 2015, manteve a condenação ao pagamento de indenização de R\$ 41,5 mil por entender que a demissão foi discriminatória (pela condição social do trabalhador).

Já em 31 de agosto de 2016, a 5ª Turma assegurou a uma gestante dispensada pela empresa indenização integral pelo período de estabilidade provisória a que teria direito. A Rios Unidos Logística e Transportes de Aço Ltda. terá de indenizar, inclusive, período em que a trabalhadora tomou posse em cargo público, logo após ter sido demitida. No julgamento do Agravo em RR 774-34.2014.5.03.0033, os ministros reformaram acórdão do TRT-3ª Região (MG), que limitara o pagamento da indenização substitutiva dos salários até o dia imediatamente anterior à entrada em exercício no cargo público. A 5ª Turma alegou que, segundo o item II da súmula 244 do TST, “a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”.

4 CONCLUSÃO

A partir dos 35 acórdãos mencionados no presente trabalho, um dado relevante e merecedor de lamento é a presença intensa (25,7%), de entes públicos, em especial empresas públicas e sociedades de economia mista como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e até mesmo a Marinha do Brasil no polo passivo dos processos. Em relação aos setores de atividade, predominaram o industrial (sete ocorrências), bancário (seis casos), serviços diversos -shopping, educação, saúde/estética, restaurante e gráfica (seis registros), supermercados (quatro acórdãos), construção civil (três decisões), transporte e logística (três casos), tribunais (dois), telecomunicações e agropecuária (um, cada).

O panorama geral demonstra que a discriminação ainda é um problema com grave repercussão no mercado de trabalho. A persistência deste mal e sua recorrência no âmbito dos processos judiciais fazem crer que, apesar de combatida e rechaçada, na grande maioria das decisões dos magistrados de todas as instâncias, as punições aplicadas não têm

sido suficientes, em regra, para cumprir a finalidade pedagógica desejada e necessária. Na maioria dos casos analisados, as decisões ou não fixaram indenizações por dano moral (14), limitando-se a absolver as reclamadas, determinar reintegrações ou reverter demissões por justa causa em dispensa imotivada (com determinação de liquidação das verbas rescisórias) ou a estabelecerem em valores abaixo de R\$ 50 mil (apenas quatro acima disso).

Resta a certeza de que a complexidade das práticas discriminatórias no mercado de trabalho ainda requer muito mais estudos e ações múltiplas para o seu combate. Espera-se ter sido alcançada a proposta de oferecer subsídios à compreensão do panorama mais atual e globalizante do problema visando, quem sabe, a estimular outros estudos e, principalmente, contribuir para orientar aqueles(as) que vivenciam alguma das situações aqui mencionadas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eduardo M. Vieira. **O Direito do Trabalho Pós-Positivista**. São Paulo: LTr, 2014.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. **Igualdade, não discriminação e direitos humanos: São legítimos os tratamentos diferenciados?** In: Revista de Informação Legislativa. Ano 51. Número 204. Out/Dez.2014. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1>> Acesso em 30.10.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTRO, Raimundo Amorim de. Inclusão com sensibilidade para as diferenças: Responsabilidade e solidariedade – A luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta (Org). **Constituição, Minorias e Inclusão Social**. São Paulo: Rideel, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**. Dignidade da Pessoa Humana. Justiça Social e Direito do Trabalho. 2.ed. São Paulo: LTr, 2013.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Discriminação no mercado de trabalho: consciência e ações de resistência. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. Belo Horizonte: v.48, n.78, p.231-251, jul/dez 2008.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **O Assédio Moral nas Relações Laborais e a Tutela da Dignidade Humana do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2009.

MALLET, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. In: **Revista do TST**. Brasília: v.76. n.3, jul/set 2010. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312893/1.++Igualdade,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o+e+Direito+do+Trabalho>> Acesso em 25.10.2016.

MARQUES, Felipe Meira. **A redefinição da noção de cidadania no supercapitalismo: De cidadão a consumidor**. 2014. 114 f. Dissertação. Mestrado em Direito. Programa de Pós-Graduação da UFC. Faculdade de Direito. UFC. Fortaleza, 2014. Disponível em <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12822/1/2014_dis_fmmarques.pdf> Acesso em 31.10.2016.

MONTANHANA, Beatriz Cardoso. **A dinâmica do poder nas relações de trabalho e os impactos sobre a dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2014.

ROMITA, Arion Sayão. O princípio de não discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro. 2012. 8f. In: **Revista nº 25 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ)**. Disponível em <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista25.asp>> Acesso em 12.10.2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.