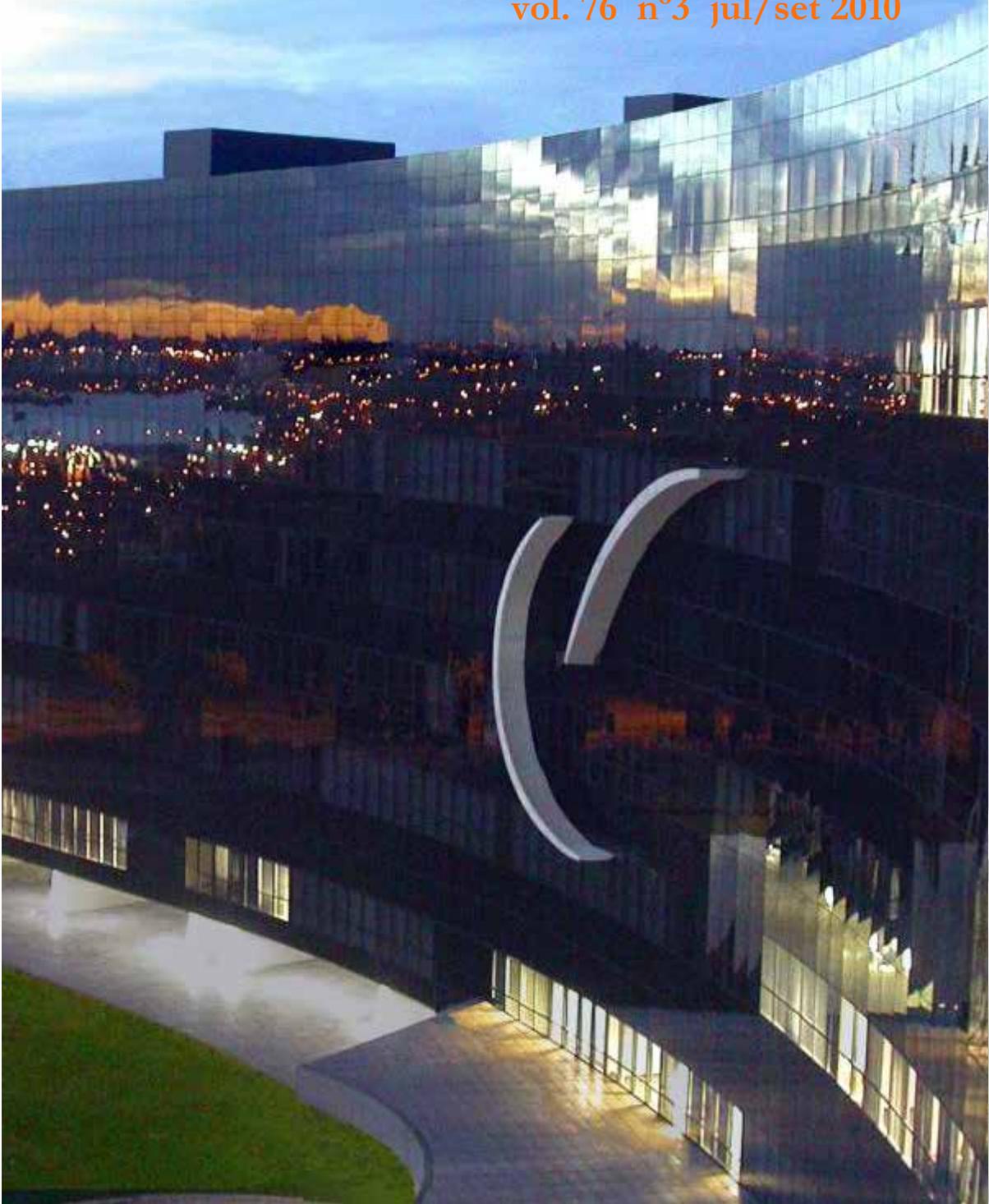


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 76 n°3 jul/set 2010



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Milton de Moura França
Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Vice-Presidente

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Comissão de Documentação

Ano 76 – nº 3 – jul. a set. – 2010



Legal e Regulatória

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Sector de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora

Rua da Consolação, 77

01301-000 – São Paulo – SP

Fone: (11) 2126-9232

Assinaturas:

livraria@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta

Órgão Especial

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Desembargador Federal Flavio Portinho Sirangelo (Convocado)

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Desembargadora Federal Maria Doralice Novaes (Convocada)

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro José Roberto Freire Pimenta

Terceira Turma

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente (Licenciado – Membro do CNJ)
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Desembargadora Federal Maria Doralice Novaes (Convocada)
Desembargador Federal Flavio Portinho Sirangelo (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



MILTON DE MOURA FRANÇA
Presidente



JOÃO ORESTE DALAZEN
Vice-Presidente



CARLOS A. R. DE PAULA
Corregedor-Geral



ANTONIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MÁRIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO



ROBERTO PIMENTA

Sumário

TEMA ESPECIAL: PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

1. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho
Estêvão Mallet 17
2. O princípio da não discriminação e o ônus da prova
Gustavo Carvalho Chehab 52
3. Políticas públicas de promoção da igualdade racial, mercado de trabalho e Justiça Trabalhista
Sales Augusto dos Santos 72
4. Políticas públicas de ação afirmativa e seus mecanismos para população negra no Brasil: perspectivas atuais
Luiz Fernando Martins da Silva 106

TEMÁTICA ATUAL

1. A prescrição trabalhista: a possível superação da prescrição total
Augusto César Leite de Carvalho 147

NOTAS E COMENTÁRIOS

1. TST empossa ministro José Roberto Freire Pimenta 175
2. TST promove Fórum Internacional sobre Direitos Sociais 176
3. Manifestação do ministro Horácio de Senna Pires sobre o livro
O advogado dos escravos 176
4. Ministros aposentados Rider de Brito e Luciano de Castilho recebem
“Medalha Prêmio Comemorativo de 50 Anos de Serviço Público” 178

JURISPRUDÊNCIA

- Jurisprudência temática 183
- Jurisprudência atual 265

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST 277

Tema Especial: Princípio da Não Discriminação

IGUALDADE, DISCRIMINAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO

Estêvão Mallet*

“Dans l'état de nature les homes naissent bien dans l'égalité, mais ils n'y sauroient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennet égaux que par les lois.” (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livro VIII, Capítulo III)

1 – INTRODUÇÃO

É certo que há vários conceitos de igualdade. Pode-se pensar em igualdade formal ou em igualdade material, bem como em igualdade absoluta ou igualdade relativa. Um dado, porém, é seguro: se não há uma certa igualdade, algum tipo de igualdade pelo menos, não há como falar em justiça. Existe, pois, profunda relação entre a ideia de justiça e a ideia de igualdade. Como anota Friedman, “equality is a postulate of justice”¹. Tanto a ideia de justiça está associada à de igualdade que Aristóteles assinalou: “O injusto é desigual, o justo é igual”², o que levou Alf Ross a escrever, de modo um tanto excessivo: “A justiça é igualdade”³. Não por acaso, no dístico inscrito no frontão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América lê-se: *equal justice under law*.

Daí a importância do princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, a repulsa provocada pela discriminação. 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

* *Doutor e livre-docente em Direito; professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo; advogado.*

1 *Legal theory*. London: Stevens & Sons Limited, 1960. p. 385.

2 *Ética a Nicômaco*, V, 6, 1131a.

3 *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000. p. 313, par. 62. Cf., ainda, CURCIO, Carlo. Eguaglianza (dottrine generali). In: *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1965. p. 513, XIV.

e dos padrões então vigentes. Por isso que, se a justiça se relaciona com a igualdade e a igualdade repele a discriminação, a discriminação é também a negação da justiça.

2 – A IGUALDADE ENTRE AS PESSOAS AO LONGO DO TEMPO

A evolução da humanidade se processa no sentido de redução das desigualdades entre as pessoas. Dá-se tal evolução, portanto, com a gradativa eliminação das discriminações. É evidente que isso ocorre com alguns sobressaltos, com marchas e contramarchas, como tão frequente se vê ao longo da história. Mas o sentido é nítido.

Primeiramente há a divisão entre senhores e escravos; entre os que são pessoas e os que nem pessoas são, recebendo o tratamento de objeto de direito⁴. O passar do tempo faz com que o elemento humano, comum a todos, prepondere e sejam as pessoas reconhecidas, indistintamente, como sujeitos de direito. Permanecem, todavia, outras distinções, como, em particular, a estabelecida entre nobres e servos, aqueles com mais direitos, os últimos com menos direitos⁵. As Ordenações Filipinas, por exemplo, diferenciavam, no tocante ao procedimento para a realização da penhora, as pessoas comuns dos escudeiros, cavaleiros, fidalgos “ou dahi para cima”⁶.

Com as revoluções liberais do século XVIII e do século XIX, o elemento humano, o traço comum já mencionado, ocupa o espaço e as distinções desaparecem. É a consagração da igualdade formal; a abolição de qualquer discriminação em face da lei. Expressiva, a propósito, a referência contida no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”.

No Brasil, o princípio da igualdade manifesta-se, de início, no art. 179, § 13, da Constituição de 1824: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue...”. Adquire maior amplitude com a Constituição de 1891, conforme art. 72, § 2º: “Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. Manteve-se o princípio em todas as Constituições

4 Por todos, JHERING. *L'esprit du droit romain*. Paris: Marescq, 1886. *tome deuxième*. p. 101 e segs.

5 A propósito, FOIGNET, René. *Manuel élémentaire d'histoire du droit français*. Paris: Rousseau, 1932. p. 158 e segs.

6 *Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LXXXVI, § 12.

subsequentes, com modificações de redação apenas. Na Constituição de 1988 encontra-se logo no *caput* do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Para o legislador constituinte, como todas as pessoas naturais são seres humanos, não há mais distinções aceitáveis em face da lei, embora algumas poucas, resquícios de tempos pretéritos, tenham permanecido mais do que deveriam, chegando até a Constituição de 1988. Somente foram em definitivo revogadas com a edição de outra regra específica, ao lado do princípio geral enunciado pelo *caput* do art. 5º. É o caso da distinção entre filhos, que remontava às Ordenações Filipinas⁷, abolida com o art. 227, § 6º, da vigente Constituição: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Aqui não cabe tratar exaustivamente dessa caminhada no sentido da maior igualdade. É um universo muito vasto, quase inesgotável. O que cabe é considerar como ela se processou no campo do Direito do Trabalho e quais as dificuldades que surgiram e surgem no seu curso.

3 – A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A LUTA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO CAMPO TRABALHISTA

A luta contra a discriminação figura como um dos objetivos fundamentais da Organização Internacional do Trabalho. Entre os princípios que norteiam sua atuação, inscreve-se, conforme enunciado na Declaração de Filadélfia, a assertiva de que “all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”⁸.

A primeira Convenção a tratar da discriminação é a de nº 100, editada em 1951, relativa à igualdade de remuneração. Ratificada pelo Brasil desde 1957, a Convenção, a que corresponde a Recomendação nº 90, do mesmo ano, funda-se no princípio da “equal remuneration for men and women workers for work of equal value”⁹. Segue-se a Convenção nº 111, de 1958 – ratificada pelo Brasil em 1965 – mais abrangente, que trata da discriminação em geral e preconiza a adoção de política nacional voltada a promover, “by methods

7 Livro IV, Título 93.

8 *Declaração de Filadélfia*, II, a.

9 Art. 2º.

appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof¹⁰.

Outras Convenções referem-se incidentalmente à promoção da igualdade entre homens e mulheres, como as de ns. 117, sobre política social, que deve ter por objetivo “to abolish all discrimination among workers on grounds of race, colour, sex, belief, tribal association or trade union affiliation”¹¹, e a de nº 122, sobre política de emprego, que deve propiciar, a cada trabalhador, “freedom of choice of employment and the fullest possible opportunity for each worker to qualify for, and to use his skills and endowments in, a job for which he is well suited, irrespective of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin”¹².

É digna de nota, ainda, a Declaração sobre igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras, aprovada em 1975, pela 60ª Conferência Internacional do Trabalho. A Declaração sublinha que “toutes formes de discrimination fondées sur le sexe qui dévient ou limitent (l'égalité de chances et de traitement) son inacceptables et doivent être abolies”¹³.

4 – A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO

Em 1979, a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. O texto entrou em vigor, no plano internacional, após a sua vigésima ratificação, em 3 de setembro de 1981. No Brasil, a Convenção foi promulgada inicialmente pelo Decreto Legislativo nº 93, de 1983, e, posteriormente, pelo Decreto nº 4.377, de 2002.

A Convenção, resultado de mais de trinta anos de trabalho da “United Nations Commission on the Status of Women”, enfrenta a discriminação contra a mulher nos 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 a mulher no trabalho ocupa-se o art. 11. Nele se determina a adoção,

10 Art. 2º.

11 Art. 14, *caput*.

12 Art. 2º, *c*.

13 *Apud Les normes internationales du travail*, BIT, Genève, 2001, p. 82, nota 4.

pelos Estados-Partes, de todas as medidas apropriadas para “eliminar a discriminação contra a 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 oportunidades 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 serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa 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”.

5 – DIREITO DO TRABALHO E DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO

No plano do direito interno, o preceito que em primeiro lugar chama a atenção, em matéria de igualdade, no campo trabalhista, e do qual se podem extrair algumas considerações ricas e interessantes, é o art. 5º da CLT, introduzido na parte geral, com o claro objetivo de ressaltar a importância da regra posta. Estatui o dispositivo: “Para trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo”. Ao lado das diferentes implicações da regra, há nela pelo menos dois pontos dignos de nota.

De uma parte, é significativa a referência do legislador à igualdade apenas no plano remuneratório. Importante parece ser tão só a igualdade de remuneração. Os outros aspectos do contrato de trabalho, inclusive o tratamento dispensado a cada empregado, são deixados de lado, em clara mostra da concepção patrimonialista que inspirou a CLT e que ainda impregna o Direito do Trabalho brasileiro. Leva-se quase sempre em conta apenas o aspecto pecuniário da relação de trabalho, como se fosse o único decisivo. Vários exemplos haveria para mencionar, mas basta a alusão à monetarização do risco à saúde do trabalhador, com pagamento de adicionais pelo trabalho realizado em condições insalubres ou perigosas, já sublinhada pela doutrina¹⁴.

14 Cf., mais extensamente, OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2002. p. 138 e segs.

De outra parte – eis o segundo ponto a notar no art. 5º da CLT – é significativa a referência apenas à discriminação fundada em motivo de sexo, como se aí estivesse a única hipótese de discriminação. A explicação para a referência restrita do legislador – quando muito mais acertada seria previsão ampla, excludente de qualquer forma de discriminação – resulta do peso histórico da discriminação por motivo de sexo, mesmo em países com maior tendência à igualdade. É, aliás, o que também justifica e explica a regra expressa do inciso I, art. 5º, da vigente Constituição, que se poderia ter por desnecessária, ante os termos gerais do *caput*, do mesmo dispositivo¹⁵. Há passagens, em matéria de discriminação por motivo de sexo, muito expressivas, a demonstrar claramente como esteve ela entranhada na cultura ocidental, mesmo recente. Vale a pena dedicar algumas linhas ao problema.

Eloquente, em primeiro lugar, trecho do voto apresentado na Suprema Corte norte-americana, pelo juiz Bradley, que, ao julgar caso envolvendo lei do Estado de Illinois, proibitiva do exercício da advocacia por mulheres, afirmou textualmente, em 1873: “The civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman. Man is, or should be, woman’s protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood. The harmony, not to say identity, of interest and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband... The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of civil society must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases”¹⁶. Com tais fundamentos, a Suprema Corte considerou constitucional e não ofensiva às garantias conferidas aos cidadãos americanos a proibição estabelecida pelo legislador estadual, com apenas um voto contrário e embora já estivesse em pleno vigor a XIV Emenda à Constituição, com a garantia de “equal protection”¹⁷.

15 A propósito, cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 708.

16 *Bradwell v. State of Illinois*, 83 US 130. As passagens transcritas encontram-se nas pp. 141 e 142. A decisão, hoje considerada aberrante, contou apenas com o voto vencido do *Chief Justice* Samuel Chase.

17 Consta da secção 1 da referida emenda, cuja vigência foi certificada em 1868: “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States

DOCTRINA

Passadas sete décadas, em 1948, o assunto voltou à Suprema Corte. Discutiu-se a validade de lei que vedava o trabalho de mulheres em bares. Questionou-se a constitucionalidade dessa proibição. Agora com margem mais estreita, por 6 votos contra 3, conclui o tribunal que a lei era constitucional, porque bar não era lugar para uma mulher exercer sua atividade¹⁸.

Já em 1961 – as datas são muito expressivas para que se perceba como a discriminação por motivo de sexo esteve mesmo muito entranhada na cultura ocidental – outra vez se reconheceu a legitimidade do tratamento discriminatório em face da mulher. Tratava-se de lei do Estado da Flórida que excluía a participação das mulheres da composição dos júris, instituição que, como todos sabem, tem papel importantíssimo no processo penal e também no processo civil norte-americano. Pois bem, a Corte Suprema concluiu que o tratamento diferenciado entre homens e mulheres, no que toca ao serviço no júri, não era inconstitucional. Como assinalou a Corte, em decisão redigida pelo Juiz Harlan: “Woman is still regarded as the center of home and family life”, o que permitiria legitimamente dispensa legal de servir em tribunal do júri, “unless she herself determines that such service is consistent with her own special responsibilities”¹⁹.

Oito anos antes do julgamento envolvendo a lei do Estado da Flórida, ou seja, em 1953, a mesma Suprema Corte dos Estados Unidos havia destruído, ao menos em termos formais, os pilares jurídicos da discriminação racial, com o famoso julgamento proferido no caso *Brown v. Board of Education*, que eliminou a segregação racial nos colégios²⁰. Permaneceriam, contudo, por quase uma década, os pilares jurídicos da discriminação contra a mulher.

Em outros países, talvez mais próximos da cultura e realidade brasileiras, o quadro não se desenhou de forma diversa. Tenha-se em mente o que se deu na Itália, após a Constituição democrática e social de 1947, que é categórica ao proibir discriminação entre homem e mulher, ao dispor, no art. 3º: “Tutti i

and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

18 *Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464. Ficaram vencidos os juízes Rutledge, Douglas e Murphy. Coube ao juiz Frankfurter redigir a decisão tomada pela maioria, na qual registrou: “Michigan could, beyond question, forbid all women from working behind a bar. This is so despite the vast changes in the social and legal position of women. The fact that women may now have achieved the virtues that men have long claimed as their prerogatives and now indulge in vices that men have long practiced, does not preclude the States from drawing a sharp line between the sexes, certainly, in such matters as the regulation of the liquor traffic” (p. 465-466).

19 *Hoyt v. Florida* (368 U.S. 57).

20 347 U.S. 483.

cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opiniões políticas, di condições pessoais e sociais”. Em 1961, a Corte Constitucional italiana teve de se defrontar com um caso muito marcante. O art. 559 do Código Penal italiano pune o adultério. Mas o faz tão somente a propósito do adultério cometido pela mulher. O texto dizia o seguinte: “*La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno*”. Não há dúvida quanto ao significado da norma. A punição é dirigida, no tocante aos cônjuges, apenas à mulher, não ao homem. Discutiu-se, em consequência, a constitucionalidade da punição unicamente do adultério feminino. Em 1961, a Corte Constitucional, na Sentença nº 64, chegou à conclusão de que a diferença de tratamento refletiria legítima valoração estabelecida pelo legislador, insuscetível de controle pela jurisdição constitucional. São surpreendentes os termos da decisão: “Il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 della Costituzione, diretto ad impedire che a danno dei cittadini siano dalle leggi disposte discriminazioni arbitrarie, non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse. Pertanto con l’art. 559 c.p. che punisce soltanto l’adulterio della moglie e non pone condições alla punibilità della relazione adulterina della moglie, non è stata creata a carico di questa una posizione di inferiorità, ma soltanto è stata diversamente disciplinata una situazione che il legislatore ha ritenuta diversa. Spetta al legislatore, non alla Corte Costituzionale, lo stabilire se la norma in questione risponda alla attuale valutazione sociale dei rapporti fra i coniugi e se i meriti oppure no di essere modificata”. Rejeitou-se, assim, a alegação de inconstitucionalidade e manteve-se o tratamento discriminatório.

Felizmente, porém, não existe, no sistema italiano, a descabida e indesejável regra incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual a decisão que afirma a constitucionalidade da lei é imutável²¹. Por isso, a

21 Nos termos do art. 26, da Lei nº 9.868, “a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”. Para exame do problema, no sistema italiano, com expressa afirmação do caráter não definitivo da decisão que afirma a constitucionalidade de certa lei, cf. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1974. p. 151, II, 2.. A mesma solução prevalece no direito português, como mostra MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 483. A razão para a revisibilidade da decisão declaratória de constitucionalidade é simples. A interpretação constitucional é necessariamente evolutiva. A Constituição não é um texto apenas jurídico, mas também um texto político. O significado dado à norma em certa altura poderá não ser o mesmo depois de passado algum tempo. Nas palavras de Giorgio Berti: “L’interpretazione si denota per la continuità e l’adattabilità all’evoluzione della vita sociale e dei rapporti giuridici e non c’è mai

afirmação da constitucionalidade do art. 559, do Código Penal italiano, pôde ser novamente reexaminada sete anos depois, em 1968. Em ambiente distinto, sob a presidência de um dos maiores administrativistas italianos, Aldo Sandulli, afirmou a Corte, com sua Sentença nº 126, a inconstitucionalidade da norma penal questionada, porque discriminatória a distinção estabelecida. A sentença tem a seguinte ementa: “Per l’unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo sia l’adulterio del marito sia quello della moglie; ma quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti. Pertanto, i commi primo e secondo dell’art. 559 del codice penale sono viziati di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, in quanto sanciscono una deroga al principio di eguaglianza dei coniugi non essenziale per la garanzia dell’unità familiare, ma risolvendosi, piuttosto, per il marito, in un privilegio; e questo, come tutti i privilegi, viola il principio di parità”. O art. 559, do Código Penal italiano, deixou, em consequência, de vigor.

No Brasil, após a Constituição de 1988, ainda prevalece em jurisprudência a afirmação da necessidade de tratamento diferenciado da mulher, com proibição de elastecimento, por meio de negociação coletiva, de intervalo intrajornada, prevista no art. 383, da CLT, diversamente do quanto estabelecido para o homem²², conclusão que oferece alguma dificuldade para

una definitività assoluta, una forza di giudicato dell’atto interpretativo che non consenta di rivederne i presupposti, quando questi mutino” (*Interpretazione costituzionale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 619).

- 22 A questão veio a ser resolvida pela seguinte decisão do Tribunal Superior do Trabalho: “... A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias

harmonizar-se com a ideia mais ampla de igualdade entre homens e mulheres²³.

Em síntese, a persistência, ao longo do tempo, da discriminação por motivo de sexo, discriminação por vezes referendada pelo próprio legislador, como no caso do art. 383 da CLT, é que explica a regra do art. 5º da CLT. É também o que explica o fato de a norma geral contra a discriminação, inserida no texto da CLT em data recente, figurar exatamente no Capítulo que cuida do trabalho da mulher. Trata-se do art. 373-A, introduzido pela Lei nº 9.799, que, embora integrado a seguimento específico do diploma legal, enuncia regra geral contrária à discriminação, abrangendo não apenas a discriminação por motivo de sexo como, igualmente, por outros motivos²⁴.

6 – DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE RAÇA

Menção particularizada deve ser feita à discriminação racial.

Há uma ideia generalizada de que no Brasil a discriminação racial é muito menos intensa e muito menos acentuada do que a encontrada em outros países. Isso se deveria, segundo a conhecida concepção de Gilberto Freyre, à colonização portuguesa, tida como menos segregacionista no tratamento dispensado aos escravos, permitindo mais facilmente a miscigenação. Afirmou ele que a escravidão portuguesa não seria a escravidão violenta que existiu, por exemplo, nos Estados Unidos, mas uma escravidão adaptada aos trópicos, fazendo com que a discriminação racial fosse muito menos intensa²⁵, a gerar, inclusive, o mito da assim chamada democracia racial. Esse julgamento não retrata bem a realidade.

próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT” (TST, Pleno, IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 17.11.08, DJe 12.02.09).

- 23 Por isso afirma a doutrina a incompatibilidade do art. 384, da CLT – que exige intervalo de 15 minutos antes da prestação de horas extras por mulheres, previsão sem correspondente para os homens – com a igualdade constitucional entre homens e mulheres. Cf., entre outros autores, BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1.029; SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2001. p. 241; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *CLT comentada*. São Paulo: RT, 2000. p. 257; e ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O trabalho feminino no Direito brasileiro. In: *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, Saraiva, jun. 1996, n. 9, p. 63).
- 24 Sobre o tema da discriminação por motivo de sexo, com o seu exame por diferentes autores, tendo em conta vários sistemas jurídicos, cf. *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*, obra coletiva (coord. Laís de Oliveira Penido), Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, *passim*.
- 25 *Casa-Grande & Senzala*. Brasília: Universidade de Brasília, 1963. *Passim*.

Não se deve perder de vista, em primeiro lugar, que o Brasil foi um dos últimos países do mundo em que eliminada a escravidão, após quase 400 anos da prática. E os efeitos de tão longo período de tempo não se apagam, de nenhuma forma, do dia para noite ou em curto espaço de tempo. Em segundo lugar, os sinais de discriminação contra negros na sociedade são inegáveis. Dispensam até mesmo exemplificação detalhada²⁶. Não existe aqui, com certeza, a discriminação explícita e violenta, encontrada nos Estados Unidos da América, país em que, até 1953, com a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, já mencionada, ainda prevalecia a tese da legitimidade do tratamento diferenciado entre brancos e negros, firmada no final do século XIX, quando do julgamento *Plessy v. Ferguson*²⁷, seguramente um dos mais infelizes pronunciamentos da Suprema Corte norte-americana²⁸, a partir do qual se formou a doutrina do *equal but separate*. No Brasil, porém, a discriminação, se não é ostensiva, costuma apresentar-se de forma mais dissimulada, oculta, disfarçada. Com isso o problema não desaparece. Pelo contrário. Torna-se ainda mais grave, dado mais difícil de identificar e de combater. Daí a reação firme do legislador, não só com o repúdio formal ao racismo²⁹, como, igualmente, com a tipificação de sua prática como crime “inafiançável e imprescritível”, punível com pena de reclusão³⁰, e, mais recentemente, com a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial³¹.

7 – OUTRAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO

Além da discriminação por motivo de sexo ou de raça, mencionadas nos itens anteriores, existem muitas outras formas de discriminação, várias delas previstas em diferentes dispositivos da Constituição, da CLT, de leis esparsas ou de normas existentes em outros sistemas jurídicos.

26 Cf., mais amplamente sobre o tema, TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume, 2003. *Passim*; bem como ROLAND, Edna Maria Santos. *The economics of racism: people of african descent in Brazil*. Seminar on the economics of racism, The International Council on Human Rights Policy, Geneva, 2001, *passim*.

27 163 U.S. 537. Na decisão, que soa hoje como bárbara e inacreditável, afirma-se: “A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races, and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or re-establish a state of involuntary servitude” (p. 543).

28 Jeffrey Rosen diz tratar-se de decisão tão criticada como a tomada no caso *Dred Scott*, que declarou a obrigação do Congresso norte-americano de proteger os direitos dos senhores de escravo (cf. *The Supreme Court: the personalities and rivalries that defined America*. New York: Times Books, 2006. p. 100).

29 Constituição, art. 4º, inciso VIII.

30 Constituição, art. 5º, XLII.

31 Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

No art. 7º, inciso XXX, da Constituição, encontra-se, por exemplo, a referência à discriminação por motivo de idade e por motivo de estado civil, no tocante ao salário, exercício de função e critério de admissão.

A discriminação por motivo de idade já estava proibida pelo menos desde a Lei nº 5.473, de 1968, cujo art. 1º estatui: “São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público”. Adquiriu mais evidência a discriminação por idade a partir de julgamento do Tribunal Superior do Trabalho, proferido no âmbito da 5ª Turma, de que foi relator o Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira. O caso envolvia empresa que dispensava sistematicamente trabalhadores com mais de 60 anos. O Tribunal Superior do Trabalho, antes mesmo de que estivesse em vigor a Lei nº 10.741, que expressamente proibiu a fixação de limite máximo de idade para o exercício de trabalho, ressalvados os casos em que a natureza da atividade justifique a exigência³², reconheceu que o caso era de discriminação e acolheu o pedido de reintegração do trabalhador no emprego³³.

32 Trata-se da regra editada pelo art. 27, do Estatuto do Idoso, de seguinte teor: “Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.”

33 O acórdão tem a seguinte ementa: “RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do ‘poder potestativo’, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse, à época de sua ocorrência, previsão legal especial (a Lei nº 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.95 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso ou o vazio de que se ressente, mas, sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no

DOCTRINA

Sem embargo das hipóteses mencionadas, o certo é que esse art. 7º, inciso XXX, da Constituição, traça apenas parâmetros exemplificativos. A Constituição – pode-se claramente inferir isso do seu sistema e, especialmente, da parte final do seu art. 3º, inciso IV – proíbe genericamente qualquer forma de discriminação. Aliás, outras formas de discriminação acham-se mencionadas em dispositivos diversos, mas que têm toda a pertinência no campo do Direito do Trabalho. O art. 7º, inciso XXX, não se refere à discriminação por motivo de crença religiosa. Mas o art. 5º, inciso VIII, da mesma Constituição, alude à proibição de discriminação por esse motivo, solução que se estende, sem dúvida nenhuma, ao campo do Direito do Trabalho.

O mesmo se pode dizer à propósito da situação familiar, que é mencionada no art. 373, da CLT, e na Lei nº 9.029. A filiação, como causa de discriminação, é completamente repudiada. Não se pode, por conta da filiação do trabalhador, negar-lhe certo direito. A *Cour de Cassation* francesa acertadamente considerou nula a dispensa do empregado decorrente do “le lien de filiation l’unissant à un autre salarié de l’entreprise”³⁴. A recíproca é igualmente verdadeira. Tampouco se pode favorecer alguém em virtude de sua filiação. A conclusão a que chegou a Suprema Corte norte-americana em *Kotch v. Board of River Port Pilot Com’rs for Port of New Orleans*, ao validar a seleção de novos pilotos de navio feita de modo a favorecer sempre “relatives and friends”³⁵, não é correta. Tinha toda razão o juiz Rutledge ao anotar, na sua *dissenting opinion*: “the result of the decision therefore is to approve as constitutional state regulation which makes admission to the ranks of pilots turn finally on consanguinity. Blood is, in effect, made the crux of selection. That, in my opinion, is forbidden by the fourteenth amendment’s guaranty against denial of the equal protection of the laws”³⁶. É muito pouco provável que hoje prevalecesse, na Suprema Corte, a decisão da maioria.

Tampouco a discriminação por convicção filosófica ou política é aceitável. Como notou a *United States Court of Appeals for the First Circuit*, em proposição passível de generalização, “... as a general rule, a government

caput do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido relativamente ao tema.” (TST, 5ª T., RR nº 462.888, Rel. Juiz Convocado André Luís Moraes de Oliveira, j. 10.09.03, DJU 26.09.03). Sobre o tema, amplamente, cf. FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004. *Passim*.

34 *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, Processo nº 96-43617, julgamento de 01.06.99, publicado no *Bulletin* 1999, V, n. 249, p. 180.

35 330 U.S. 552.

36 330 U.S. 552, 565.

employer cannot discharge public employees merely because they are not sponsored by or affiliated with a particular political party...³⁷. **ACHISTER** Admitir a rescisão de contrato de trabalho, por o empregado, condutor de trens de metrô ou professor em escola pública, recusar-se a responder se é ou não filiado a determinado partido político, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Lerner v. Casey*³⁸ e, de novo, em *Beilan v. Board of Education*³⁹, não é de nenhuma forma aceitável. A pergunta nem pode ter lugar⁴⁰. Como realçado no Código do Trabalho de Portugal, o direito à reserva sobre a intimidade no âmbito da relação de emprego compreende a preservação de informações relacionadas com “a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”⁴¹.

É igualmente proscrita a discriminação decorrente da procedência da pessoa, como referido, a propósito da procedência nacional, pelo art. 20, da Lei nº 7.716⁴². Impor tratamento diferenciado a trabalhadores, por conta de sua origem geográfica, é ilícito, conquanto se cuide de prática não de todo rara no país.

Há ainda mais formas de discriminação a referir, como, entre outras, as indicadas pela Lei belga de 10 de maio de 2007, a saber, fortuna, língua e origem social⁴³. **A Carta** dos direitos fundamentais da União Europeia também menciona a discriminação por motivo de “riqueza”⁴⁴. O Código do Trabalho francês alude à discriminação fundada em hábitos ou costumes⁴⁵. Também a opção sexual da pessoa não pode ser causa de discriminação, como deixa expresso, aliás, a Lei belga há pouco referida. A Lei nº 9.029 não abrange a hipótese, pois trata de discriminação por motivo de sexo, o que é diverso. Não importa. Nenhuma dessas formas de discriminação se admite, ainda que não exista previsão expressa no Direito brasileiro. De se mencionar a decisão da *Cour de Cassation* francesa, que considerou nula a dispensa de sacristão, por

37 *Benito Galloza et al., v. Norman E. Foy et al.*, nº 03-2658.

38 357 U.S. 468.

39 357 U.S. 399.

40 LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque; ROSA, Manuel Alvarez de la. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios, 2001. p. 707.

41 Art. 16º, nº 2.

42 O dispositivo tipifica como crime o seguinte: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

43 Art. 4º, nº 4.

44 Art. 21º, nº 1.

45 Art. L1132-1.

motivo de homossexualidade⁴⁶. Importa, no fundo, o princípio geral de proibição de discriminação, enunciado em julgado do Tribunal Superior do Trabalho, em caso em que se examinou prática discriminatória contra empregado infectado pelo vírus HIV. “EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o *caput* do art. 5º da CF/88. Precedentes: ERR 439.041/1998, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido”⁴⁷.

8 – NOVAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO

Novas formas de discriminação têm surgido em decorrência de avanços científicos e de transformações dos costumes ou dos hábitos. É particularmente expressiva, no particular, a discriminação genética, propiciada pelo progresso da biotecnologia, a permitir, a partir de exame do DNA, antecipar a tendência de certas pessoas para o desenvolvimento de algumas doenças, o que possibilitaria – como já se noticia⁴⁸ – preteri-las não somente no campo do trabalho como, outrossim, em outros setores, inclusive em matéria de acesso a serviços de saúde, especialmente aqueles propiciados por planos de assistência médica⁴⁹. O risco de discriminação, no caso, levou a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada em Paris, no ano de 2004, a dispor, no art. 14º, sob a rubrica “Vida privada e confidencialidade”: “(a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável. (b) Os dados genéticos humanos, os dados proteômicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em

46 *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, Processo nº 90-42636, decisão de 17.04.91, publicada no *Bulletin* 1991, V, n. 201, p. 122.

47 TST, 5ª T., RR nº 726.101/2001, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, j. 26.11.03, DJU 06.02.04.

48 Cf. O artigo Clandestinidadade genética, *Folha de São Paulo*, mar., Mais!, p. 9, 2008. Na França, desde 2004 a doutrina considera o problema. Cf. o artigo de MATHIEU, Bertrand. Le recours aux testes génétiques en matière d’emploi: un droit en construction. In: *Droit Social*, mars, n. 3, p. 257 e segs., 2004.

49 Cf. DIAS, Rodrigo Bernardes. *Privacidade genética*. São Paulo: SRS, 2008. p. 204 e segs.

particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteómicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais”. Daí a importância da regra do art. 22º, nº 2, do Código do Trabalho de Portugal, que oportunamente se ocupou do problema e dispôs, entre outras coisas: “Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever, em razão, nomeadamente, de ... património genético...”. Igual referência merece o *Genetic Information Nondiscrimination Act* de 2008, que estabelece ser ilegal um empregador “(1) to fail or refuse to hire, or to discharge, any employee, or otherwise to discriminate against any employee with respect to the compensation, terms, conditions, or privileges of employment of the employee, because of genetic information with respect to the employee; or (2) to limit, segregate, or classify the employees of the employer in any way that would deprive or tend to deprive any employee of employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the employee as an employee, because of genetic information with respect to the employee”⁵⁰.

Há também a discriminação relacionada com submissão de trabalhadora a tratamento para superar a infertilidade. O assunto veio à tona no julgamento do caso *Hall v. Nalco Company*, decidido, em 2008, pela *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*. Ao reformar a decisão proferida em primeiro grau, que havia acolhido pedido de extinção liminar do processo, a Corte de Apelação considerou haver, no caso, indevida discriminação por motivo de sexo, proibida pelo Título VII, do *Civil Rights Act*, de 1964, diante da política adotada pela empresa, de dispensar as trabalhadoras que se afastam da atividade para realizar tratamento voltado a superar infertilidade. Registra a decisão: “Employees terminated for taking time off to undergo IVF – just like those terminated for taking time off to give birth or receive other pregnancy-related care – will always be women. This is necessarily so; IVF is one of several assisted reproductive technologies that involves a surgical impregnation procedure... Thus, contrary to the district court’s conclusion, Hall was terminated

50 *Title II, Sec. 202, (a)*, sob a rubrica *Discrimination Based on Genetic Information*.

not for the gender-neutral condition of infertility, but rather for the gender-specific quality of childbearing capacity. Because adverse employment action based on childbearing capacity will always result in “treatment of a person in a manner which but for that person’s sex would be different,” *Manhart*, 435 U.S. at 711, Hall’s allegations present a cognizable claim of sex discrimination under Title VII⁵¹.

Fala-se hoje também, cada vez com mais frequência, em discriminação por excesso de peso ou obesidade. Segundo a imprensa norte-americana – país em que notoriamente é mais intenso o problema de excesso de peso⁵² – tal forma de discriminação pode ser “as common as racial bias”⁵³. Deixar de admitir empregado por conta de seu peso excessivo, se o fato é irrelevante para a atividade a ser exercida, certamente não se amolda à regra geral de proibição de práticas discriminatórias, ainda que não haja, no sistema jurídico brasileiro, nenhuma proibição expressa da prática. Os tribunais norte-americanos já consideraram discriminatória, por exemplo, a prática, adotada por companhia aérea, de estabelecer limites de peso proporcionalmente mais estritos para mulheres do que para homens⁵⁴.

No passado, não era incomum exigir-se, para o exercício de certas atividades ou profissões, atestado de bons antecedentes ou até mesmo certidão negativa do distribuidor criminal. A Lei nº 6.242, de 1975, por exemplo, condiciona o exercício da profissão de guardador ou lavador autônomo de veículos à apresentação da mencionada certidão⁵⁵. A Lei nº 5.859, de 1972, impõe ao doméstico, para sua admissão, a apresentação de “atestado de boa conduta”⁵⁶. Exigências do gênero criam dificuldades para a admissão ou contratação de trabalhadores com antecedentes criminais. Em alguns sistemas jurídicos, proíbe-se discriminação fundada em antecedentes criminais, tal como se vê na Província canadense de Ontario, onde o *Human Rights Code* estatui:

51 534 F.3d 644 (7th Cir. 2008).

52 Disponível em: <<http://www.legalworkplace.com/weight-discrimination-in-workplace-pla.aspx>>. Acesso em: 25 jul. 2010. Conforme texto de 9 de junho de 2008, lê-se que “americans are getting heavier and heavier. Statistics from the Centers for Disease Control show that, in 1996, no state had a prevalence of obesity equal to or great than 20%. Just 10 years later, only four states had a prevalence of obesity under 20%, while two states had a prevalence equal to or greater than 30%. Today, 34% of adults in the U.S. are considered obese, defined as having a body mass index (BMI) of 30 or higher”.

53 Veja-se a notícia divulgada em: <http://www.usatoday.com/news/health/weightloss/2008-05-20-overweight-bias_N.htm>. Acesso em: 25 jul. 2010. Indica-se na matéria que “reported discrimination based on weight has increased 66% in the past decade, up from about 7% to 12% of U.S. adults”.

54 *Frank v. United Airlines, Inc.*, 9th Cir., n. 98-15638.

55 Art. 3º, III.

56 Art. 2º, II. Cf., ainda, art. 4º, II, do Decreto nº 71.885.

DOCTRINA

“Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because... Record of offences...”⁵⁷. Como regra geral, a proibição pode ser transposta para o direito brasileiro. Com ela se busca assegurar, o que se convencionou chamar, no direito português, de “direito ao esquecimento”, necessário para evitar estigmatização ou discriminação de certas pessoas⁵⁸. Afinal, fosse sempre possível a investigação, sem nenhum limite temporal e sem que esteja presente uma particular e relevante justificação, o risco de marginalização de certas pessoas seria muito grande, o que não é desejável. Assim, somente diante de ponderosas circunstâncias, em casos bastante limitados, é que se deve admitir investigação de antecedentes criminais ou mesmo creditícios do próprio empregado⁵⁹.

Por fim, sem a pretensão de oferecer rol exaustivo, vale citar a discriminação provocada pelo exercício de direitos, hipótese que não é nova, mas torna-se mais nítida nos dias de hoje. Caso típico, em matéria trabalhista, é a discriminação pelo exercício do direito de ação. Deixar de admitir o trabalhador, em virtude de ter ele ajuizado reclamação em face de seu antigo empregador, é prática ilícita, já sancionada pelos tribunais brasileiros, com deferimento de indenização, como mostra decisão assim ementada: “... O direito de ação é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV) e as chamadas ‘listas negras’ são de há muito repudiadas pelo ordenamento jurídico, por impedir, injustamente, a admissão de trabalhadores que exerceram direito legitimamente assegurado. Assim, demonstrado que a atitude da reclamada foi lesiva à honra e à intimidade do reclamante, causando-lhe frustração pela oportunidade perdida injustamente, indubitável o dano moral ocasionado e a relação de causalidade entre o ato e o efeito, pelo que deve ser deferida a indenização específica, ressaltando ainda o caráter pedagógico da pena, que visa a coibir a prática discriminatória, pela reclamada”⁶⁰. Também é discriminatória a dispensa de empregados pelo exercício de direito de greve ou por participação em associação, sindical, mutualista ou cooperativa. A previsão do Código do Trabalho da França é significativa ao proibir discriminação de empregado por sua participação em atividade “syndicales ou mutualistes”⁶¹. A *Cour de Cassation* já decidiu, com razão, que “le licenciement d’un salarié en raison de

57 Art. 5, (1).

58 GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 70.

59 Em termos conformes, cf. GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*, cit., p. 87.

60 TRT, 3ª Reg., RO nº 00951-2005-015-03-00-4, Rel. Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, j. 05.07.06, DJMG 15.07.06, p. 13.

61 Art. L. 1.132-1.

ses activités syndicales étant nul de plein droit, le juge doit ordonner, si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu"⁶². A conclusão vale não somente para dispensa ou punição do empregado como, igualmente, para sua admissão. Haver participado de greve em emprego anterior não constitui motivo para recusar admissão do trabalhador em nova empresa.

9 – DISCRIMINAÇÃO E DIFERENÇA DE TRATAMENTO

Na presente altura, depois do que já se disse sobre as diferentes formas de discriminação, há uma observação a fazer. A proibição de discriminação – que, como se procurou mostrar, é muito ampla, a compreender, inclusive, situações não previstas expressamente pelo legislador, como nas hipóteses de discriminação por excesso de peso ou obesidade – não significa imposição de igualdade absoluta entre as pessoas.

Seria, no fundo, erro evidente compreender o princípio da igualdade ou a proibição de discriminação como imposição de igualdade absoluta, linear e completa entre todos. Como notou Duguit, querer tirar da garantia de isonomia exigência de identidade matemática seria o paradoxo da igualdade, que levaria muito mais à desigualdade⁶³. E decidiu bem o Tribunal Superior do Trabalho ao admitir a diferenciação de empregados que exerciam atividades diversas, com concessão a uns de vantagens não estendidas a outros⁶⁴.

O que se proíbe, o que todos os dispositivos legais antes citados vedam, o que a evolução da sociedade proscreeve, é a discriminação desarrazoada ou descabida. Em outros termos, o que o princípio da igualdade tolhe são “differenziazioni arbitrarie”⁶⁵. Não impede que se estabeleçam distinções, até porque o papel da lei é, em grande medida, fazer distinções. Proíbe-se, com a regra da igualdade, como assentou o Tribunal Constitucional de Portugal, apenas

62 *Chambre Sociale*, Processo nº 97-45555, decisão de 17.03.99, publicado no *Bulletin* 1999, V, n. 126, p. 92.

63 *Traité de droit constitutionnel. Tome troisième*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923. p. 585.

64 Cuida-se de julgado assim ementado: “ADICIONAL DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO. Se instituído o adicional de nível universitário apenas para os advogados, não há amparo legal para a extensão da vantagem aos economistas, sob o fundamento de que deve ser aplicado o princípio isonômico, mesmo porque este não pode se sobrepor ao poder diretivo e de administração do empregador, respeitados os princípios básicos de proteção ao trabalho. Revista parcialmente conhecida e provida.” (TST, 1ª T., RR nº 298.012, Rel. Juiz Convocado Domingos Spina, j. 17.11.99, DJU 11.02.00, p. 50)

65 PALLIERI, Balladore. *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963. n. 122, p. 366. Na mesma linha, com indicação de precedente da Corte Constitucional alemã, cf. CURRIE, David P. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 322.

que se estabeleçam distinções “arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante. Dizer *igualdade*” – prossegue a decisão – “é afirmar a proibição do arbítrio, do irrazoável, do injustificado”⁶⁶. Para repetir a observação de Guilherme Machado Dray, “sendo admissíveis as diferenciações, o que se pede e exige é que estas sejam materialmente fundadas e se baseiem numa distinção objectiva de situações”⁶⁷. Em resumo, diante da conotação que a palavra já adquiriu, pode-se afirmar que proibida é, tão somente, a discriminação e não a mera diferenciação, que é algo diverso e que se pode admitir.

É interessante, no particular, voltar a atenção para o Código do Trabalho de Portugal, já antes mencionado. O legislador português tratou com bastante acerto do assunto, porque foi muito mais abrangente do que a limitada regra do art. 373-A, da CLT. Preceitua o art. 23, n.º 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”. Embora o rol seja bastante amplo, não perde o seu carácter exemplificativo, realçado pela doutrina⁶⁸. O legislador apenas procurou, com a menção a grande número de situações, dar máxima abrangência ao enunciado, tudo para mostrar que qualquer forma de diferenciação desarrazoada ou discriminação está afastada do ponto de vista legal.

Mas – daí a importância da referência ao dispositivo do Código do Trabalho de Portugal – proibição de discriminação não é sinónimo de proibição de diferenciação. Certas diferenças precisam ser estabelecidas. E o legislador português tinha isso em mente quando, logo na alínea n.º 2, do mesmo art. 23, dispôs: “Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos fatores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto de sua execução, esse fator constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. Retoma-se a ideia que havia sido esboçada acima. O que se proscreeve é

66 Processo n.º 249/91, Rel. Messias Bento, Acórdão n.º 226/92, decisão de 17.06.92. A passagem transcrita acha-se no n.º 7 da decisão.

67 *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. n. 125. p. 109.

68 GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 423 e QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder. *Código do Trabalho*: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2004. p. 136.

simplesmente a discriminação, ou seja, a diferenciação abusiva, que não tem causa justa⁶⁹. Não toda e qualquer diferenciação.

É claro que o problema, assim colocado, não se resolve por inteiro. A dificuldade que remanesce está exatamente em determinar aquilo que é justificável ou não no campo da diferenciação. Para a Suprema Corte norte-americana o sexo era, no exercício da advocacia, em 1873, um elemento de diferenciação justificável, como se infere do exemplo já dado no presente texto. O passar do tempo deixou patente o erro da conclusão, que ninguém mais hoje subscreveria.

No direito, porém, as linhas nem sempre são nítidas, nem sempre cortam com precisão. O que atualmente se vê, com toda clareza e transparência, como um erro grave, inaceitável mesmo, ontem parecia normal e inevitável⁷⁰. E o que hoje se admite talvez amanhã venha a revelar-se intolerável. Há zonas cinzentas, em que as soluções se mostram mais difíceis⁷¹. Basta pensar no caso, que não é hipotético, da discriminação, no trabalho, por motivo de crença religiosa. Se levantada a dúvida sobre a legitimidade de se condicionar o acesso ao emprego ou a permanência nele ao fato de o trabalhador professar determinada religião, o impulso inicial é claramente no sentido de repelir-se o critério, por inaceitável. Mas, caminhando na direção da zona cinzenta lembrada, a assertiva torna-se mais complexa. Caso o empregador seja, por exemplo, uma escola confessional, com todo o seu ensino a determinada religião, mantém-se o caráter inaceitável do critério? Continuará a ser arbitrária a não admissão de todos aqueles trabalhadores que não professam essa mesma religião? A jurisprudência italiana deu à questão resposta negativa. Concluiu que o critério é legítimo. Considerou a religião, em escola confessional, aspecto validamente determinante para a admissão do trabalhador, conforme Sentença nº 195, proferida em 1972, na qual se afirma: “La libertà della scuola intesa come attuazione del principio del pluralismo scolastico ai sensi dell’art. 33 Cost., si estende indubbiamente alle università, per cui è ammissibile la creazione di

69 A propósito, RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma por desvendar. In: *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Lais de Oliveira Penido (coord.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. p. 169-171.

70 O defloramento da mulher, ignorado pelo marido, como erro suficiente à anulação de casamento, nos termos do art. 219, inciso IV, do Código Civil de 1916, é exemplo bastante expressivo de algo considerado normal no passado e hoje visto como clara aberração. Torna-se ainda mais eloquente o exemplo quando considerada a assertiva de João Luiz Alves, para quem a regra do inciso IV seria, em rigor, desnecessária, pois o defloramento estaria compreendido implicitamente na previsão do inciso III, ante a referência, neste último, a “defeito físico irremediável”! (*Código Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1935. p. 249).

71 Em termos semelhantes, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2006. n. 34. p. 39.

università libere, che possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate, e ne deriva necessariamente che la libertà di insegnamento da parte di singoli docenti che sono liberi di aderire all'indirizzo della scuola come di recedere dal relativo rapporto, incontra nel particolare ordinamento di siffatte università i limiti necessari a realizzarne le finalità. Ciò vale in particolare per l'Università cattolica la cui pretesa natura di persona giuridica pubblica non ne attenuerebbe comunque l'originaria destinazione finalistica e la caratterizzazione confessionale. Negando ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza la titolarità di quei poteri, e pertanto l'art. 38 del Concordato non contrasta con l'art. 33 Cost., che subordina al nulla osta della S. Sede la nomina dei professori dell'Università cattolica del Sacro Cuore. La legittima esistenza di libere università caratterizzate dalla finalità di diffondere un credo religioso è uno strumento di libertà, e la libertà religiosa dei cattolici sarebbe gravemente compromessa ove l'Università cattolica non potesse recedere dal rapporto con un docente che più non ne condivida le fondamentali e caratterizzanti finalità. È pertanto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del Concordato che subordina la nomina e la permanenza dei professori dell'Università cattolica al nulla osta della S. Sede, sollevata in relazione all'art. 19 Cost.”.

Em outros países, a diferença de tratamento, na situação mencionada, conta com a expressa permissão legislativa. É o que se dá, por exemplo, na Alemanha, em que a Lei geral sobre igualdade de tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*) admite distinção fundada em crença religiosa ou secularismo, no caso de emprego oferecido por comunidades religiosas, instituições associadas a elas ou, ainda, associações que tenham por finalidade cultivar determinada crença religiosa ou o secularismo⁷². Também nos Estados Unidos da América o famoso *Civil Rights Act* de 1964 contém previsão semelhante e não considera ilegal a “employment practice for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is, in whole or in substantial part, owned, supported, controlled, or managed by a particular

72 Cf. § 9, (1), do *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, na tradução para o inglês encontrada em *Employment & Labor Law in Germany*, C. H. Beck e Ant. N. Sakkoulas: München, 2008. p. 128.

religion or by a particular religious corporation, association, or society, or if the curriculum of such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion”⁷³.

Nem mesmo na situação extrema figurada e tida em conta pelas legislações alemã e norte-americana, contudo, a distinção fundada em motivo religioso pode ser aceita. O decisivo é o conhecimento que se tem para o exercício do trabalho, não importando necessariamente a adesão a uma ou a outra religião ou a rejeição de todas elas. A decisão da Corte Constitucional italiana, antes referida e transcrita em parte, não levou em conta que a liberdade individual do empregador não se pode sobrepor ao interesse público de que não haja discriminação por motivo religioso⁷⁴.

Outro exemplo das tantas dificuldades colocadas pelo exame da razoabilidade da distinção posta manifesta-se no plano político. É certo – como já exposto, aliás – não se admitir diferenciação de tratamento por motivo de convicção política. Mas – considere-se agora o problema – como julgar a escolha feita para ocupar cargo de confiança na administração pública, a partir de critérios políticos, com exclusão de pessoas vinculadas a outros partidos? Haveria, no caso, discriminação, ou, ao contrário, simples diferenciação, aceitável ante o contexto em que realizada? A Suprema Corte americana, em *Branti v. Finkel*, disse que não havia discriminação, diante do caráter eminentemente político do cargo, que, na hipótese examinada, era de assessor de defensor público. Assinalou: “Party affiliation is an appropriate requirement for the effective performance of the public office involved”⁷⁵. Teve de admitir, porém: “It is not always easy to determine whether a position is one in which political affiliation is a legitimate factor to be considered”⁷⁶. De modo semelhante, o Supremo Tribunal Federal do Brasil excluiu, do âmbito de incidência da vedação decorrente da Súmula Vinculante nº 13, proibitiva de

73 *Sec. 703, (e), 2.*

74 Sobre o tema, com conclusão divergente, porém, cf. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalho e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 507 e segs. Note-se que, a despeito da data de publicação, o texto é anterior ao Código do Trabalho de Portugal.

75 445 U.S. 507. Do mesmo modo, em John A. Uphoff Figueroa v. Hector Alejandro and Nitza Vazquez Rodriguez a *United States Court of Appeals for the First Circuit* decidiu: “The First Amendment does not bar public employers from considering political affiliation for positions for which political affiliation is an ‘appropriate requirement for... effective performance... ‘Trust’ employees participate in policymaking and can be hired and fired on political grounds... ‘Career’ employees must be selected and terminated based on merit, not politics” (processo nº 08-1921).

76 *Idem*, 445 U.S. 507.

DOCTRINA

nepotismo, os ocupantes de cargo de secretário de estado, exatamente “por se tratar de cargo de natureza política”⁷⁷.

Pode-se referir, por fim, a diferença de tratamento decorrente da idade. Embora não se trate, em regra e normalmente, de critério legítimo para o estabelecimento de distinções ou para restringir o exercício de direitos – conforme já exposto acima – em certos casos não há como deixá-lo de lado. Sempre que o vigor físico ou a acuidade dos sentidos seja importante para o exercício do emprego ou da função, é legítimo diferenciar-se a partir da idade. Nada tem de ilegal, por exemplo, o estabelecimento de limite de idade para o exercício do emprego de piloto de avião. São evidentes a relevância e o interesse público, relacionado com a segurança de passageiros e de terceiros, de que tenha o piloto adequada acuidade visual. Daí a previsão da Súmula nº 683 do Supremo Tribunal Federal: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

10 – IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

A discriminação, como visto até aqui, está claramente proibida e não é tolerada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A realidade, no entanto, nem sempre condiz com tal ideia. A distância entre o dever ser – a norma legal – e o ser – aquilo que se passa no mundo dos fatos – é enorme. Por isso mesmo é que fica evidente como não basta proscrever, por meio da lei, a discriminação. É preciso eliminá-la da realidade. Eis o grande problema dos dias de hoje. A ilegalidade da discriminação já não está mais em causa. Não é aceita pelo ordenamento jurídico. Não é tolerada. O problema é que ela continua a ocorrer na prática. Como eliminá-la? Como fazer com que a igualdade de tratamento, enunciada pela lei, transforme-se cada vez mais em realidade? Eis a questão hoje mais importante. Nesse campo há pelo menos dois aspectos fundamentais.

O primeiro envolve as chamadas ações afirmativas, caracterizadas, em linhas muito gerais, pelo tratamento desigual imposto pela lei, para compensar

77 "STF, Pleno, AgReg MC Rcl nº 6.650-PR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16.10.08, DJe 21.11.08, com a seguinte ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política”.

DOCTRINA

a desigualdade existente na realidade. O tema da ação afirmativa está atualmente em bastante evidência por conta de alteração legislativa ocorrida em alguns Estados da Federação, consistente na criação de cotas para ingresso, em universidades públicas, de estudantes vinculados a grupos minoritários ou desfavorecidos. Houve enorme polêmica sobre a legitimidade da previsão, com discussão em torno da própria constitucionalidade dessa reserva de cotas.

O que se alega, em oposição à ação afirmativa, é que a política no fundo viola a regra de tratamento igual de todos perante a lei. Afinal, se não pode haver discriminação, como privilegiar certa minoria ou certo grupo – nem sempre minoritário – com cotas reservadas, fazendo, por exemplo, com que aqueles que obtenham uma nota inferior possam ser admitidos na universidade em detrimento de outros, que não pertencem ao grupo e obtiveram notas superiores?

Ao enfrentar a questão lançada, prontamente vem à tona o julgamento da Suprema Corte americana que envolveu, mais uma vez, o problema da discriminação racial. A Universidade da Califórnia estabeleceu cotas reservadas para negros, hispânicos e outros grupos desfavorecidos na sociedade norte-americana. Questionou-se a legitimidade da providência e a Suprema Corte, em 1978, afirmou que as cotas eram inconstitucionais⁷⁸. Invoca-se esse precedente para justificar a mesma solução no direito brasileiro. A forma como se conduz o debate é, todavia, incorreta, até porque a mesma Suprema Corte, em junho de 2003, reviu, em parte, sua posição⁷⁹. Afirmou, agora em relação ao sistema de cotas instituído pela Universidade de Michigan, que ele era legítimo, desde que o critério racial não fosse o único e convivesse com outros critérios. O resultado, de todo modo, é que, com o critério adotado, ingressarão na universidade integrantes de grupos desfavorecidos, mesmo que tenham obtido nota inferior à exigida de outros alunos. Como se vê, a Suprema Corte validou, em grande medida, a ação afirmativa. E mesmo antes, em 1970, no julgamento do caso *Steelworkers v. Weber*, reformou decisão da *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, ao reconhecer a validade de norma coletiva celebrada com sindicato, em que prevista a promoção preferencial de trabalhadores negros, anteriormente preteridos no setor⁸⁰.

Aliás, o resultado a que se chegou no direito norte-americano está em linha com um dos dispositivos mais elegantes da Constituição italiana de 1947.

78 *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* (438 U. S. 265).

79 *Grutter v. Bollinger* (000 U.S. 02-241).

80 443 U.S. 193. Igualmente admitindo ações afirmativas, agora no campo da contratação de prestadores de serviços, veja-se a decisão tomada em *Adarand Constructors, Inc. v. Peña, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit* n. 93-1841, de 1995.

O art. 3º, que estabelece a regra geral de igualdade, dispõe, como já visto: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni pessoais e sociais”. Esse é o enunciado geral que, tal como na Constituição italiana, aparece em muitas outras constituições. Mas o preceito verdadeiramente importante é o parágrafo único, que estabelece: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Posteriormente, a União Europeia, no âmbito do combate à discriminação por motivo racial ou étnico, ressaltou, na Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que a proibição de discriminação não obsta “a que os Estados-Membros mantenham ou aprovem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com a origem racial ou étnica”⁸¹. Em termos semelhantes, a Constituição da Índia, estatui, no art. 15, sob a rubrica “prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth”: “(1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public”. Sem embargo, logo no nº 3, do mesmo artigo, preceitua-se: “Nothing in this article or in clause (2) of art. 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes”.

A vigente Constituição brasileira, a despeito da consagração da igualdade formal, como se vê do *caput* do art. 5º, segue a linha da Constituição italiana e da Constituição da Índia, ainda que não de maneira tão clara ou em termos tão expressos. Em seu art. 3º, inciso III, porém, inclui, entre os objetivos fundamentais da República, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Compreende-se, em tal contexto, faça a

81 Art. 5º, sob a rubrica de ação positiva. Na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, encontra-se, no art. 23º, disposição semelhante, relativamente à discriminação por motivo de sexo: “O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado”.

Constituição referência à proteção do mercado de trabalho da mulher, considerando não apenas a proibição passiva de discriminações (art. 7º, inciso XXX), como, ainda, a adoção de “incentivos específicos” (art. 7º, inciso XX)⁸². Não há, por conseguinte, contraste entre o princípio constitucional da igualdade e as ações afirmativas, como reconheceu, inclusive, o Tribunal Federal da 4ª Região, ao enunciar a validade do sistema de cotas, na Universidade Federal do Paraná⁸³.

Na verdade, as ações afirmativas estão plenamente amparadas pela ideia de igualdade substancial, até porque só se remove a desigualdade com uma desigualdade compensatória, com o tratamento favorecido, por meio do qual se possa reequilibrar a desigualdade de fato. Não há, na adoção de medidas promocionais ou de favorecimento de grupos ou pessoas desfavorecidas, ofensa ao princípio da igualdade. Como explicitou o Tribunal Constitucional espanhol, “no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación”⁸⁴.

Aqui bem se pode invocar, outra vez, a jurisprudência norte-americana. Teve a Suprema Corte de defrontar-se, certa feita, com o problema da aposentadoria com prazos diferenciados para homens e mulheres, cuja legitimidade se questionou, em face do princípio constitucional da igualdade. Por que o tratamento discriminatório? A Suprema Corte, em julgamento que não teve tanta repercussão como outros, assentou: “The challenged statute

82 Analogamente, a Constituição portuguesa de 1976 estabelece, no art. 81: “Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal...”. A Constituição da Venezuela, por sua vez, dispõe, no art. 21: “Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:... 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

83 TRF, 4ª Reg., 3ª T., Ap. MS nº 2005.70.00.008336-7, Relª Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, j. 25.03.08.

84 Sentença nº 19/89, julgamento em 31.01.89, publicada em 28.02.89. Para outros pronunciamentos, de tribunais de diferentes países europeus, cf. FAVOREU, Louis et alli. *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000. p. 343 e segs, par. 436 e segs.

operated directly to compensate women for past economic discrimination. Retirement benefits under the act are based on past earnings. But as we have recognized: ‘Whether from overt discrimination or from the socialization process of a male-dominated culture, the job market is inhospitable to the woman seeking any but the lowest paid jobs’. *Kahn v. Shevin*, 416 U.S., at 353... Thus, allowing women, who as such have been unfairly hindered from earning as much as men, to eliminate additional low-earning years from the calculation of their retirement benefits works directly to remedy some part of the effect of past discrimination”⁸⁵. E a jurisprudência nacional usou argumento muito semelhante para rejeitar a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 11.340, conforme julgado com a seguinte ementa: “APELAÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. BUSCA DA IGUALDADE SUBSTANTIVA. COERÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis socioculturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional, já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero – deságuem ou não em Leis – buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. O tratamento diferenciado que existe – e isto é fato – na Lei nº 11.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso – a origem é múltipla. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada”⁸⁶.

85 *Califano v. Webster* (430 U.S. 313). De idêntico modo, na *dissenting opinion* apresentada no já citado caso *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* (438 U.S. 265), o juiz Harry Blackmun assentou: “... in order to treat some people equally we must first treat them differently”.

86 TJ-MG, 5ª Câm. Crim., Ap. Crim. nº 1.0672.07.245992-4/001(1), Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. 06.11.07, DJMG de 01.12.07. Em sentido oposto, todavia, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “MANDADO DE SEGURANÇA. UERJ. SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS, PARDOS E EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. LEIS ESTADUAIS ns. 3708/01 e 3524/2000. Consta que o Apelante obteve o 14º lugar no vestibular para o Curso de Engenharia e Produção de Petróleo do ano de 2004, sendo 20 (vinte) as vagas então disponíveis. Em razão da aplicação do sistema de reserva de vagas para negros e pardos e para alunos egressos de escolas públicas, previstos nas Leis ns. 3.708/01 e 3.524/2000, acabou ficando fora do limite. O presente *mandamus* foi impetrado quando ainda vigiam as mencionadas Leis. Acontece que a Lei nº 3.708/01 foi declarada inconstitucional pelo Egrégio Órgão Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 15/05 e, quanto a Lei nº 3.524/00, não mereceu apreciação pelo Órgão Especial. Sua revogação posterior não retira do Judiciário o controle difuso ou incidental acerca dos seus efeitos concretos enquanto vigia. As chamadas ações afirmativas visam dar efetividade ao princípio constitucional da igualdade no plano material. Sem dúvida que essas ações são

A afirmação adquire especial significado no campo das cotas nas universidades. É preciso ter em conta que a discriminação existente para o ingresso nas universidades decorre já da deficiência no ensino para certas pessoas. Os grupos desfavorecidos têm, em regra, um ensino de menor qualidade. Com isso, não ingressam em universidades de melhor qualidade. Em consequência, exercerão atividades ou funções com menor remuneração, fazendo com que a desigualdade se multiplique e, na verdade, se perpetue.

Portanto, as ações afirmativas são mesmo indispensáveis quando se pretende eliminar de fato – e não apenas de direito – a discriminação. Como assinalou em famoso voto vencido o juiz Tanaka, da Corte Internacional de Justiça: “To treat unequal matters differently according to their inequality is not only permitted but required”⁸⁷. Em 1984, o Conselho das Comunidades Europeias assinalava, ao tratar da discriminação contra a mulher – com enunciado passível, de todo modo, de generalização – que “as normas jurídicas existentes sobre a igualdade de tratamento, que têm por objectivo conceder direitos aos indivíduos, são insuficientes para eliminar qualquer forma de desigualdade de facto se, simultaneamente, não forem empreendidas, por parte dos governos, dos parceiros sociais e de outros organismos competentes, ações com vista a compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres na vida activa, resultam de atitudes, de comportamentos e de estruturas da sociedade”⁸⁸. Daí ter razão E. W. Vierdag ao concluir: “It is only after compensatory unequal treatment has been accorded in compliance with the non-discrimination rule that legal equality, i.e. formal equal treatment, will also constitute material equal treatment, will produce ‘genuine equality’”⁸⁹. Não por outra razão a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, depois de estabelecer, na subsecção

louváveis na medida em que se almeja um Estado mais equânime, em que as oportunidades surjam igualmente para todos. Acontece que discriminar não é privilegiar, e o que se vê pela conjugação das leis acima apontadas é nada menos do que 70% das vagas destinadas a uma minoria. Sim, porque considerado o universo de estudantes no Estado, aqueles que estudam em escolas públicas acabam se constituindo uma minoria. E mais ainda, pois verifico que a tal lei veio atender aqueles alunos de escolas públicas tendo por pressuposto que a qualidade do ensino fornecido não estava no mesmo patamar das escolas particulares. Pois muito bem, no fundo o Estado criou um paliativo para compensar a sua ausência, a sua falha, seu desleixo na área de ensino. Não é razoável privilegiar um grupo de estudantes porque o ensino que o Estado ministra não é de boa qualidade. Aí não estaremos privilegiando, mas, quiçá, criando uma discriminação ao inverso. Ao agir assim, o Estado afrontou princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da igualdade, pois afrontou tanto a Constituição Federal, como a Lei Federal nº 9.394/96” (TJRJ, 7ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 2004.001.04268, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, j. 21.11.07).

87 *South-West Africa-Case*, Reports 1966, p. 248.

88 Recomendação do Conselho 84/635/CEE, de 13 de dezembro de 1984.

89 *The concept of discrimination in international law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1973. p. 165.

1, de seu art. 15, a regra geral da igualdade⁹⁰, na subsecção seguinte estatui: “(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”⁹¹. Disse muito bem, aliás, o Ministro Carlos Ayres de Britto ao assinalar: “Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade”⁹².

É exatamente o que faz, embora de modo imperfeito, o art. 93, da Lei nº 8.213/91, ao impor aos empregadores a obrigação de contratação de certo número de trabalhadores deficientes⁹³. A disciplina legal, em tal hipótese – como em outras em que se criam medidas promocionais em favor de pessoas desfavorecidas – apenas procura “riammettere al lavoro a condizione normali coloro che, per le minorazioni subite, difficilmente potrebbero affrontare la concorrenza con i lavoratori sani”, como evidenciado por Valente Simi⁹⁴. Não é outro o fundamento

90 O texto está assim redigido: “(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”.

91 Para indicação da admissibilidade de medidas de ação afirmativa na legislação britânica (*positive discrimination*), em matéria trabalhista, em favor de idosos, cf. UPEX, Robert; BENNY, Richard; HARDY, Stephen. *Labor Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. n. 4.140. p. 188.

92 Item 30, do voto proferido na ADIn nº 3.330-1 DF.

93 Imperfeição evidente da norma indicada resulta de nela não se levarem em conta dificuldades decorrentes de impossibilidades técnicas ou de situações em que a liberdade de escolha do empregador não pode se sujeitar a parâmetros mais rigorosos, como no caso dos cargos de confiança (art. 62, inciso II, da CLT). O direito italiano, com a experiência acumulada ao longo de mais tempo de aplicação de medidas promocionais, considerou as hipóteses, ainda que em termos, também algo imperfeitos e suscetíveis de aprimoramento. Dispensou, de todo modo, certas empresas do cumprimento, em relação a determinadas funções, da obrigação de admissão de deficientes, por conta de obstáculos técnicos. Trata-se do art. 13, da Lei nº 482, de 1968, em que se estatui: “Le imprese di navigazione marittima ed aerea, le ferrovie dello Stato e le imprese esercenti pubblici servizi di trasporto in concessione non sono tenute, per quanto concerne il solo personale navigante e viaggiante, all’osservanza dell’obbligo di cui al precedente articolo”. Admitiu, em relação a outras empresas, a substituição, em situações excepcionais e mediante prévia autorização administrativa, da contratação de deficientes por outras medidas promocionais. A possibilidade está no art. 13, nº 5, da mesma Lei nº 482, nos seguintes termos: “Con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentita la commissione provinciale di cui all’art. 16, le aziende private che, per le speciali condizioni della loro attività non possono occupare l’intera percentuale di invalidi prescritta, potranno essere parzialmente esonerate dall’obbligo dell’assunzione, alla condizione che, in sostituzione degli invalidi, provvedano ad assumere orfani e vedove delle varie categorie. La mancata assunzione di orfani e vedove comporta la decadenza dell’esonerato”. Dessa forma, sem se comprometer a busca de mais igualdade substancial, deixa-se espaço para o estabelecimento de disciplina diferenciada em casos que mal se acomodam à disciplina legal de caráter geral.

94 Disposizioni di legislazione sociale particolari ad alcune categorie di lavoratori. In: *Tratato di diritto del lavoro*. v. 3. Padova: CEDAM, 1959. p. 446.

DOCTRINA

da regra do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504, que, ao estabelecer as normas para as eleições, dispõe: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”.

No campo trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a validade de cláusula de convenção coletiva com previsão de admissão preferencial de trabalhadores locais, normalmente preteridos em relação a trabalhadores de outras regiões, como forma de distribuir, de modo mais equânime, os resultados do desenvolvimento econômico. A ementa do julgado tem a seguinte redação: “RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. RECRUTAMENTO. PREFERÊNCIA. MÃO-DE-OBRA LOCAL. VALIDADE. É válida a cláusula que prevê preferência na contratação de mão-de-obra local, como critério de desempate, sem consubstanciar restrição absoluta, a fim de diminuir desigualdades sociais evidentes em uma situação específica, revelando-se como verdadeira discriminação positiva, garantidora da concretização do princípio constitucional da igualdade jurídica”⁹⁵.

11 – DISCRIMINAÇÃO E PROCESSO

Outra providência relevante para a eliminação da discriminação está relacionada com o direito processual.

Na verdade, já existem as mais importantes normas legais substanciais para combater a discriminação, ressalvada a utilização das chamadas ações afirmativas. Não são necessárias muitas outras, especialmente quando bem e corretamente interpretadas as existentes. Mas é ainda muito difícil discutir judicialmente o problema da discriminação. Por quê? Ora, por um motivo muito simples: a discriminação normalmente não se dá de modo ostensivo, declarado, manifesto. Ela é quase sempre dissimulada, disfarçada. Mostra-se “unusual to find direct evidence of racial discrimination”, como registrou a *House of Lords*⁹⁶. Isso se torna ainda mais delicado no campo do Direito do Trabalho, em que muitos atos se praticam fundados no exercício de direitos potestativos. A dispensa, por exemplo, não precisa, como regra geral, ser motivada. Não está

95 TST, SDC, Proc ROAA nº 78/2004-000-08-00, Relª Minª Kátia Magalhães Arruda, j. 10.04.08, DJU 25.04.08.

96 *House of Lords* [1991] IRLR 513, *King v. Great Britain-China Centre apud* DEAKIN, Simon; MORRIS, Gillian S. *Labor Law*. London: Butterworths, 2003. p. 562. A Divisão Civil de Corte de Apelação da Inglaterra assinalou, a seu turno, que a produção da prova em “discrimination claims may pose great difficulties for claimants” (*Igen Ltd. and Kay Wong* [2005] EWCA Civ. 142).

o empregador obrigado a declinar o motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Se pretende dispensar por motivo discriminatório, simplesmente silencia. Não indica o motivo. O mesmo vale para a admissão do trabalhador. Ninguém dirá que não admite o trabalhador por conta de seu sexo, de sua raça, de sua idade ou de outro fator discriminatório de qualquer natureza. Em consequência, consoante anota Jacques Le Goff, “en matière de discrimination, l’effectivité du droit butte sur l’écueil de la preuve de pratiques illicites”⁹⁷. Pois bem, como isso pode ser resolvido? Só há uma forma, que envolve o segundo aspecto do combate à discriminação.

Mais uma vez o legislador português foi muito feliz. No mesmo art. 23, do Código do Trabalho, já mencionado, há uma terceira alínea, em que se lê o seguinte: “Cabe a quem alegar discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se consideram discriminados.” Em consequência de tal preceito, aquele que se considera discriminado por conta de sua raça, religião ou convicção ou outra circunstância, deve apenas apontar outros trabalhadores que tiveram tratamento diferenciado. Aí termina o seu encargo, que consiste em estabelecer o que os tribunais norte-americanos chamam de *prima facie case*⁹⁸. Prossegue o mesmo dispositivo estabelecendo que incumbe “ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no nº 1”.

A regra mencionada encontra paralelo em vários outros sistemas jurídicos. O art. 96, da Ley de Procedimiento Laboral espanhola, por exemplo, prevê: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. E a Lei belga de 10 de maio de 2007 dispõe, em seu art. 28, § 1º: “Lorsqu’une personne qui s’estime victime d’une discrimination, le Centre ou l’un des groupements d’intérêts invoque devant la

97 *Droit du travail et société*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2001. 1 – Les relations individuelles de travail. p. 444.

98 A propósito, no campo da discriminação em matéria trabalhista, cf. *McDonnell Douglas Corp. v. Green* (411 U.S. 802). Os elementos do *prima facie case*, indicados no citado julgamento da Suprema Corte, são os seguintes: “(i) that he (o autor do pedido) belongs to a racial minority; (ii) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (iii) that, despite his qualifications, he was rejected; and (iv) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant’s qualifications”.

juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination"⁹⁹.

Evidencia-se, desse modo, que, quando se busca realmente tratar judicialmente de casos de discriminação, é impostergável permitir, em certos casos e preenchidas determinadas condições, a inversão do ônus da prova¹⁰⁰, ou, como preferem outros, é preciso aliviar o ônus da prova atribuído normalmente ao autor¹⁰¹. Quem estabelece a diferenciação é que fica obrigado a demonstrar a razoabilidade do critério de distinção. Deve demonstrar que a prática justifica-se por conta da natureza da atividade ou de qualquer outro fator legítimo de diferenciação. Tome-se um exemplo. Não admite a empresa – imagine-se – pessoas com mais de 60 anos de idade, para utilizar exatamente o caso julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, a que se fez menção anteriormente. Ora, se se trata de contratação para atividade que exija alta capacidade física, o critério distintivo não será arbitrário, como assinalado anteriormente. É, pelo contrário, legítimo. Mas – e esse é o ponto importante – deve ser ainda assim sempre ônus de quem diferencia demonstrar a razoabilidade da diferenciação.

A inversão do ônus da prova, que não se há de verificar gratuitamente, mediante mera alegação do autor¹⁰², é um elemento essencial para o combate à discriminação. Precisa, portanto, ser tomada em conta pelo legislador, a fim de modificar o quadro hoje vigente, mediante norma clara, conhecida antecipa-

99 Em termos muito próximos, ainda, estatui o Código do Trabalho da França: “Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination” (Art. L1134-1).

Para exame do assunto no direito holandês, cf. JACOBS, Antoine T. J. M. *Labor law in the Netherlands*. The Hague: Kluwer Law Internacional, 2004. n. 68. p. 60.

100 Foi o que assinalou o Tribunal Constitucional espanhol, ao examinar caso envolvendo alegação de discriminação por motivo sindical: “Cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración del art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y de derechos fundamentales comprendidos en artículos como el 14, el 16 o el 28.1 de la Constitución, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario ‘la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido’...” (Sentença n° 114/89, de 22.06.89).

101 GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*, cit.

102 A propósito, AROCA, Juan Montero et alli. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Madrid: Civitas, 1993. p. 658.

damente pelas partes envolvidas na relação material¹⁰³. A aplicação da regra do art. 818 da CLT, aos pleitos relacionados com impugnação de práticas discriminatórias, dominante na jurisprudência¹⁰⁴, cria problemas práticos evidentes, frustrando a tutela efetiva do direito à igualdade.

12 – CONCLUSÃO

A consolidação da democracia, sem dúvida nenhuma, é um passo que se dá no campo da eliminação da discriminação, porque todos passam a ser iguais no plano da participação política. Mas, há o reverso da medalha, que nem sempre é considerado. As sociedades divididas em castas, em grupos, em que há discriminação, são menos inclinadas a aceitar soluções democráticas e tendem a seguir caminhos autoritários. Daí porque, se a democracia contribui para uma maior igualdade, a maior igualdade também fortalece enormemente a democracia. Como lembra Carmen Lúcia Antunes Rocha, “democracia não combina com discriminação”¹⁰⁵. Por isso, no fundo, o combate à discriminação não é uma questão limitada. É questão muito mais ampla, que permite recuperar e atualizar os ideais que, no já distante ano de 1789, levaram à Revolução Francesa.

É preciso pensar na liberdade não mais como aquela mera faculdade de exercer determinada atividade ou como mera liberdade econômica. A liberdade

103 A modificação do ônus da prova há de ser feita pelo legislador, não podendo ficar a cargo do arbítrio judicial, sob pena de, como mostra Antonio Vallebona, comprometer a certeza do direito (*L'onere della prova nel diritto del lavoro*. Padova: CEDAM, 1988. n. 1. p. 8) e, até mesmo, a garantia do contraditório, por conta da incerteza sobre o interesse no desenvolvimento da atividade instrutória.

104 “No processo originário, o ônus da prova da existência de discriminação no trabalho era da reclamante, uma vez que referente ao fato constitutivo do seu direito à indenização por dano moral”. (TST, SBDI II, ROAR nº 677.277, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 05.02.02, DJU 15.03.02); “... dispensa discriminatória ... Ônus da prova que incumbe ao empregado (arts. 818, da CLT, e 333, I, do CPC).” (TRT, 4ª Reg., 6ª T., Processo nº 01520.202/97-0 (RO), Rel. Juiz João Ghisleni Filho, j. 04.06.98, DJ de 29.06.98) e, ainda: “DANO MORAL. ATO DISCRIMINATÓRIO. GRAVIDEZ. ÔNUS DA PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO. REGULARIDADE DE DISPENSA EM SEDE DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. As alegações de dano moral e de atitude discriminatória em razão de gravidez, causadores da rescisão contratual, devem ser robustamente comprovadas, não deixando margem para dúvidas, sob pena de ofensa à reputação da empresa, que também merece proteção legal. Deve ser comprovada a conduta do empregador, o dano sofrido e o nexo causal entre a conduta e o dano, como fatos constitutivos do direito à reparação, na forma dos arts. 818, da CLT, e 333, inciso I, do CPC. Não sendo realizada essa prova e verificando-se que a dispensa ocorreu em sede de contrato de experiência, não há nenhuma irregularidade que invalide o ato do empregador”. (TRT, 2ª Reg., 4ª T., RO nº 01656200631602002, Rel. Juiz Paulo Augusto Camara, Ac. nº 20080337710, DOE 02.05.08).

105 Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1999, 33, n. 131, p. 33 *apud* BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Discriminação por sobrequalificação*. São Paulo, s. e. p. (dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 7.

DOUTRINA

é muito mais do que isso. É a efetiva possibilidade de exercício de direitos. Já a igualdade – segundo postulado da Revolução Francesa – é a igualdade de oportunidades e de chances. Diferenças sempre haverá na sociedade. O que não pode haver é uma desigualdade de oportunidades. As diferenças devem resultar da diversidade de aptidão de cada um e não da dessemelhança de fortuna, de nascimento ou de outros aspectos acidentais. Com tudo isso, talvez se consiga atingir o terceiro mote da Revolução Francesa, o mais ambicioso de todos e o que está mais ausente da sociedade nos dias de hoje: a fraternidade.

O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E O ÔNUS DA PROVA

Gustavo Carvalho Chehab*

INTRODUÇÃO

O princípio fundamental e universal da não discriminação é assegurado por diversas normas internacionais e pela Constituição Federal brasileira e incide sobre todos os campos do Direito, em especial na seara trabalhista, em razão do grau de sujeição e de subordinação de uma das partes desta relação.

Todavia, as vítimas da discriminação têm encontrado grandes dificuldades na efetiva proteção do direito fundamental violado. Em muitos processos judiciais, a proteção internacional e constitucional não é assegurada em concreto. Um dos principais fatores para isso é a dificuldade de provar a discriminação em juízo. A discriminação, muitas vezes, é ocultada ou velada pelo agressor e a vítima não tem como demonstrar em juízo o preconceito contra si.

Há “dificuldade do magistrado trabalhista em lidar satisfatoriamente com a questão da discriminação nas relações laborais, diante de sua adstrição à dogmática ditada pela distribuição do ônus probatório, com esteio nos parâmetros do processo civil”¹. A persistir essa corrente, “continuará o processo do trabalho, ainda preso à ideia da igualdade formal dos litigantes, a discriminar a parte menos favorecida da relação litigiosa”².

Na realidade, o próprio sistema normativo brasileiro possui soluções quanto ao ônus da prova que melhor atendem as diretrizes da Constituição e os seus princípios. Elas têm especial aplicação nos casos de extrema dificuldade

* *Juiz do Trabalho Substituto na 10ª Região (DF e TO); especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.*

1 VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais, *Revista do TST*, Brasília, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005, p. 102.

2 MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho, *Revista do TST*, Brasília, v. 65, n. 1, out./dez. 1999, p. 157.

DOCTRINA

da prova, como os que ocorrem, comumente, nas diversas e variadas formas de discriminação nas relações de trabalho. Também a doutrina, a moderna jurisprudência e o direito comparado fornecem resultados mais adequados à tutela dos direitos fundamentais.

PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo os mesmos direitos, sem qualquer discriminação (art. 7º). O art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) estabelece o princípio da igualdade entre as pessoas e veda a prática de discriminação. No campo das relações trabalhistas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) trata especialmente na Convenção nº 111, entre outras, da não discriminação no emprego. Diversas convenções internacionais sobre a eliminação das várias formas de discriminação foram celebradas nas últimas décadas.

O princípio universal que proíbe qualquer prática discriminatória constitui direito fundamental da pessoa humana e é um dos objetivos fundamentais da República do Brasil. Ele está presente em diversos dispositivos da Constituição Federal (CF), em especial os arts. 3º, IV, 5º, *caput*, XLI e XLII, e 7º, XX, XXX, XXXI e XXXII; e em vários diplomas legais brasileiros, como na Lei nº 9.029/95, que se aplicam, em especial, às relações de emprego por causa da típica sujeição que lhe é inerente.

Discriminação, expressão do princípio da igualdade, “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 ele vivenciada”³. Para a Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1965 e adotada por outros 157 países até 01.01.03, discriminação é “toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão”⁴.

Por não ter justificativa razoável, a discriminação é arbitrária, é contrária ao Direito, e tem muitas causas. A origem mais comum está no preconceito,

3 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 767.

4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 111. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inf/download/conv_111.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2010.

normalmente produzem determinados efeitos jurídicos”⁸, e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, que demonstrem que “das afirmações do autor não decorrem os efeitos por ele pretendidos”⁹.

Para a discriminação direta e indireta, normalmente, aplicam-se as regras dos arts. 818, da CLT, e 333, do CPC. Em casos como o de discriminação na remuneração, o empregado deve comprovar o fato constitutivo do direito à equiparação salarial (igualdade de tarefas) e o empregador os fatos que a obstam (quadro de carreiras organizado, diferença de produtividade/perfeição técnica e de tempo na função não superior a dois anos, localidade distinta ou ausência de diferença salarial), conforme exegese da Súmula nº 6, VIII, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do art. 461 da CLT.

Por ser velada, a discriminação oculta, que é a mais comum no âmbito trabalhista, é de difícil prova. Para José Fernando Arochena¹⁰, as “reglas generales de distribución de la carga de la prueba, aun con la atemperación, se muestran insuficientes cuando se trata de acreditar una discriminación o una lesión de derechos fundamentales”¹¹, que é mascarada e tem aparência de legitimidade.

Felizmente, o sistema jurídico oferece outras soluções para a distribuição do encargo probatório nos casos de discriminação, especialmente a realizada de forma oculta.

MÁXIMA DA EXPERIÊNCIA E PROVA *PRIMA FACIE* DA DISCRIMINAÇÃO

O art. 335 do CPC estabelece que, na falta de norma específica, “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”. A regra ou máxima de experiência “decorre do que normalmente acontece, fazendo parte da cultura normal do juiz”¹². Ela gera uma “presunção natural que tem por fonte uma norma da experiência”¹³.

8 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 379.

9 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. p. 443.

10 AROCHENA, José Fernando Lousada. *La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral*. Disponível em: <<http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/395219.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

11 Tradução livre: “As regras gerais de distribuição do ônus da prova, ainda que temperadas, mostram-se insuficientes quando se trata de creditar uma discriminação ou lesão a direitos fundamentais”.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 316.

13 DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. A prova pela verossimilhança e o Direito do Trabalho. *Revista do TRT da 3ª Região*. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, 1974, n. 22, p. 35.

DOCTRINA

As máximas da experiência, “ideias que prevalecem no seio da sociedade a propósito do que costuma suceder em determinadas situações”¹⁴, têm, dentre outras, a função de: a) apuração dos fatos, a partir dos indícios; b) valorização da prova, confrontando as provas produzidas; c) limite ao livre convencimento motivado, não podendo o juiz apreciar as provas em desconformidade com as regras da experiência¹⁵.

“(…) As regras de experiência geram a chamada prova *prima facie*. (….) A prova *prima facie*, também chamada de prova de primeira aparência ou prova por verossimilhança, é o resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência.”¹⁶

Para Moacyr Amaral Santos a aparência da verdade apresenta-se ao juiz quando submete os fatos aduzidos em cotejo com as máximas de experiência, produzindo prova *prima facie*. O julgador infere das máximas de experiência a verossimilhança dos fatos de tal modo “que os considera *prima facie* provados”¹⁷.

É ampla a aplicação das máximas da experiência ao Processo do Trabalho, de forma supletiva. A especialização permite ao juízo trabalhista “uma efetiva observação dos fatos que ordinariamente acontecem nos sucessivos casos que lhe são submetidos ao conhecimento”¹⁸. O art. 652-D da CLT prevê, no rito sumaríssimo, a adoção de regras de experiência comum ou técnica. Carlos Henrique Bezerra Leite considera aplicável analogicamente referido dispositivo também para os demais ritos processuais, em face da dificuldade natural do empregado reclamante nas diversas lides trabalhistas¹⁹.

Estando o juiz do trabalho diante de uma situação em que comumente aparece a discriminação, poderá fazer uso do disposto no art. 335 do CPC, considerando-a provada *prima facie*.

14 MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 29. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 480-481.

15 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2. p. 41.

16 DIDIER Jr. et al. Op. cit., p. 50.

17 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 5. p. 441.

18 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 2. p. 966.

19 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: LTr, 2004. p. 367.

DOCTRINA

Em periódico do Conselho Federal de Psicologia e seus conselhos regionais consta entrevista com profissional de uma das maiores consultorias de transição de carreiras do mundo, no seguinte teor:

“Um exemplo prático. Em uma seleção para vendedores de loja em *shopping center*, a recrutadora recebeu três currículos de três amigos, que vendiam consórcios. Dois foram aprovados e o terceiro, recusado, com a resposta ‘não tem o perfil’. Por contrato com a empresa, ela não podia revelar o motivo verdadeiro: uma cárie em dente da frente.

Essa cena é recorrente no processo de seleção: ‘não tem o perfil’ é a desculpa para evitar processos por discriminação. E há critérios realmente preconceituosos: idade, sexo, estado civil. As regras vêm das empresas – e quem faz o filtro são os psicólogos. Que sabem – mas não podem transmitir – as questões desumanas que estão presentes nos processos seletivos. ‘É uma saia-justa. É preciso tato com os candidatos e há a ética com a empresa, que não podemos abrir (...)’, conta Dario. É uma questão de sobrevivência e, em geral, a solução é acatar o que o cliente solicita.”

Como se vê da reportagem elaborada por revista técnica do próprio órgão de classe dos profissionais da área de recursos humanos, o ordinário é a utilização de desculpas como “não tem o perfil” para mascarar critério discriminatório de seleção de candidato ao emprego. Esta é a máxima da experiência, amplamente divulgada entre os profissionais de recursos humanos, a qual a Justiça do Trabalho não pode ignorar. Diante do art. 335 do CPC e considerando a máxima da experiência, o juiz pode considerar provada, *prima facie*, a discriminação na seleção ao emprego quando o candidato for recusado por motivo vago, abstrato ou indeterminado. Compete ao empregador, nesse particular, elidir a máxima da experiência demonstrando que não discriminou o candidato ao emprego e que a preterição decorreu de critérios objetivos de seleção.

A máxima da experiência também é útil em outras situações de discriminação oculta, ainda que não tenha sido invocada pelas partes e não exista prova em contrário²⁰.

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NA DISCRIMINAÇÃO

A teoria estática do ônus da prova, anteriormente exposta, não leva em consideração “o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva

20 PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 84-85.

DOCTRINA

(art. 5º, XXXV, CF), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estão em paridade de armas e, por isto, têm iguais condições de produzir a prova”²¹. Ela “atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. ‘Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos que a vida apresenta’”²².

Por isso, alguns estudiosos defendem a distribuição do ônus probatório segundo uma perspectiva dinâmica. Reza a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode”²³.

Para aplicação dessa teoria dinâmica, não há necessidade de integração ou reforma legislativa. Sua incidência no Processo Civil (e no Processo do Trabalho) decorre da aplicação dos princípios insertos no ordenamento: a) igualdade (arts. 5º, *caput*, da Constituição, e 125, I, CPC) – deve haver uma paridade real, e não apenas formal, de **ACHISTER** armas das partes, promovendo-se o equilíbrio entre elas com a atribuição do ônus da prova a quem tem meios para satisfazê-lo; b) lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16 a 18, e 125, III, CPC) – a parte não pode agir ou se omitir de forma ardilosa para prejudicar o ex-adverso; c) colaboração com a Justiça (arts. 339, 340, 342, 345 e 355, CPC) – todos têm o dever de ajudar o magistrado a descobrir a verdade dos fatos; d) devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição) – o processo devido é que produz resultados justos e equânimes; e) acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, Constituição) – a distribuição do ônus da prova não pode ser impossível a uma das partes, sob pena de negar-lhe o acesso a tutela do Estado.

Com a teoria dinâmica é possível dirimir o problema da chamada prova diabólica, que é “aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida”²⁴. É apropriada a lição de Alexandre Câmara²⁵:

“Não se trata, porém, de se fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode

21 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 353.

22 DIDIER Jr. et al. Op. cit., p. 61.

23 ID., p. 62.

24 ID., p. 60.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005, p. 15.

funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas.”

Eduardo Cambi²⁶ ressalta que:

“Presente a desigualdade entre as partes e verificado que o demandado tem melhores condições de produzi-la [a prova], para não deixar perecer o direito material controvertido, o magistrado tem o *dever* de inverter o ônus da prova, sob pena de sua omissão ser *inconstitucional*, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere prevista no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF.”

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil que tramita no Senado Federal já incorpora a teoria dinâmica do ônus da prova, seja como princípio de isonomia entre as partes (art. 7º), seja como diretriz a temperar a teoria estática (art. 262)²⁷.

Guilherme Feliciano defende a inversão do ônus da prova, em face da teoria dinâmica, nos processos trabalhistas em que se discute a prática discriminatória no ambiente de trabalho. Para ele prevalece essa teoria por “levar em conta aspectos como a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão”²⁸.

PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA E DISCRIMINAÇÃO

Pelo princípio da aptidão para a prova, que ampara a teoria dinâmica, o ônus *probandi* pertence ao litigante que tem melhor condição para fazê-lo. O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078/90) consagrou referido princípio:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...) *omissis* (...)

26 CAMBI, Op. cit., p. 361, grifos do original.

27 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010, pp. 50, 105, 337 e 347. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

28 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, n. 32, 2008, p. 111.

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

Para Kazuo Watanabe, o art. 6º, VIII, do CDC “não trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”, mas de aplicação da máxima da experiência, onde o juiz considera produzida a prova que incumbe a uma das partes²⁹. Eduardo Cambi entende que o dispositivo trata de inversão do ônus da prova, cujo desequilíbrio entre as partes não é exclusiva do direito do consumidor, nem se limita a casos de desigualdade econômica ou financeira. Para ele basta que uma das partes tenha melhores condições para provar o fato controvertido do que a outra para ocorrer a inversão do encargo probatório³⁰.

Para compensar o desequilíbrio entre as partes na relação material de consumo, o legislador optou por inserir referido dispositivo no campo do processo civil. Este descompasso também está presente na relação de emprego, o que, aliada a omissão da CLT, justifica a aplicação deste dispositivo no Direito Processual do Trabalho, a teor do art. 769 da CLT. “A inversão do ônus da prova (prevista no CDC) é técnica que prestigia o princípio da igualdade e não pode ter sua utilização restrita às causas de consumo”³¹. O art. 6, VIII, do CDC é aplicável quando houver hipossuficiência técnica ou econômica³².

Armando Porras López³³ sustenta que um dos princípios da prova no processo do trabalho é que “debe probar (...) el que esté en aptitud de hacerlo, independientemente de que sea el actor o el demandado”³⁴. Márcio Túlio Viana sustenta que se deve quase sempre inverter o ônus da prova em benefício do empregado, pois é o empregador quem detém, em geral, os meios de prova³⁵. Tem incidência no processo do trabalho, o princípio da aptidão para a prova, em face da aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, quando presentes a hipossuficiência ou a verossimilhança.

29 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 617.

30 CAMBI, Op. cit., p. 365.

31 DIDIER Jr. et al. Op. cit., p. 58.

32 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003. p. 210-211.

33 LÓPEZ, Armando Porras. *Derecho Procesal del Trabajo*. Puebla, México: José Cajica Jr, 1956. p. 251.

34 Tradução livre: “Deve provar (...), o que tem aptidão para fazer-lo, independentemente de que seja autor ou demandado”.

DOCTRINA

A verossimilhança decorre de um juízo de probabilidade, de que os fatos aduzidos são provavelmente verdadeiros, se analisados com base em indícios e no que ordinariamente ocorre (máxima de experiência). Será hipossuficiente no CDC a parte que tiver grande dificuldade para a produção da prova em relação à outra parte, que tem maiores meios de produzi-la. Parte da doutrina entende que a hipossuficiência natural do empregado basta para ensejar a aplicação do art. 6º, VIII, do CDC no processo do trabalho.

No caso de discriminação, o empregador, normalmente, tem maiores condições de produzir a prova, por isso é razoável exigir-lhe que a produza, mesmo que, comodamente, tenha optado por negar o fato constitutivo do direito. Ele pode demonstrar em juízo o tratamento igual dispensado entre seus empregados, candidatos a empregos, demitidos ou promovidos.

Assim consta de publicação da OIT³⁶:

“Probar en un procedimiento judicial que ha habido discriminación resulta difícil, aunque no se requiera demostrar la intencionalidad del imputado. En la mayoría de los casos que versan sobre decisiones de contratación, despido, remuneración y promoción, es el empleador quien dispone de la información pertinente. En los casos de acoso sexual no suele haber testigos. Así, a fin de ayudar a los demandantes y propiciar la celebración de juicios justos, cada vez son más los países que trasladan al empleador la carga de la prueba en la refutación de los alegatos una vez que el demandante ha manifestado los primeros indicios de discriminación.”³⁷

DADOS ESTATÍSTICOS E OUTROS INDÍCIOS DA DISCRIMINAÇÃO

Prova estatística é aquela que exprime pela frequência “os dados científicos considerados relevantes ou idôneos para revelar a probabilidade da

35 VIANA, Márcio Túlio. Critério para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho. *Revista do TRT da 3ª Região*. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, jul. 1993/jun. 1994, n. 53, CD-ROM.

36 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *La hora de la igualdad en el trabajo*. ISSN 0251-3226. Genebra-Suíça: Oficina Internacional do Trabalho, 2003. par. 196. p. 70.

37 Tradução livre: “Provar em um processo judicial que tem havido discriminação é difícil, ainda que não se pretenda demonstrar a intenção do imputado. Na maioria dos casos que versam sobre opções de contratação, demissão, remuneração e promoção, é o empregador que tem a informação pertinente. Nos casos de assédio sexual, não costuma haver testemunhas. Assim, a fim de ajudar aos demandantes e proporcionar a realização de justo juízo, cada vez são mais os países que transferem ao empregador o ônus da prova para refutar as alegações, uma vez que o demandante apresentou os primeiros indícios de discriminação”.

aplicação de um enunciado relativo a fatos específicos que precisam ser provados”³⁸.

Para Maurício de Mello, não há orientação que “impede que a estatística também seja usada (...) como meio de prova, pois, evidentemente, as estatísticas produzidas pelos órgãos oficiais são idôneas e não há ilicitude na sua utilização”³⁹. Em que pese o respeitável entendimento, a prova estatística, no máximo, pode ensejar um indício acerca de uma situação existente⁴⁰. O indício é “mera probabilidade de ser verdadeiro o fato”⁴¹. Ele parte de um fato, para inferir outro fato, por meio do raciocínio indutivo.

A força do indício decorrente da prova estatística depende, em grande parte, do suporte científico que embasa os dados, da amostragem, bem como da metodologia e dos fatores de comparação utilizados em relação ao caso concreto⁴². Eduardo Cambi⁴³ assinala que dados estatísticos podem ser importantes para a implantação de técnicas de inversão do ônus da prova. Para José Fernando Arochena⁴⁴:

“Los datos estadísticos aportados son un punto de partida en la aplicación de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba a los casos de discriminación sexista indirecta. (...) Cada caso obligará a determinar si los datos estadísticos aportados, unidos a otras pruebas y al conocimiento judicial, nos permiten configurar el panorama indiciario determinante de la inversión de la carga de la prueba.”⁴⁵

Havendo dados estatísticos aliados a outros indícios da discriminação, caberá ao demandado o ônus de comprovar a inexistência do tratamento diferenciado. Oportuno é o ensino de Elaine Vasconcelos:

38 CAMBI, Op. cit., p. 349. Há grifos no original.

39 MELLO, Maurício Correia de. A prova da discriminação por meio da estatística. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília: ANPT e LTr, ano XVIII, n. 36, set. 2008, p. 64.

40 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 2ª Turma. Recurso Ordinário 00943-2005-015-10-00-0. Rel. Des. Alexandre Nery de Oliveira, DJU 04.03.08. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

41 TEIXEIRA FILHO, Op. cit., v. 2, p. 1.162.

42 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus da prova a requerimento do Ministério Público do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 2, fev. 2009, p. 190.

43 CAMBI, Op. cit., p. 365.

44 AROCHENA, Op. cit.

45 Tradução livre: “Os dados estatísticos invocados são um ponto de partida na aplicação da teoria da flexibilização do ônus da prova nos casos de discriminação indireta por sexo. [...] Cada caso obrigará a determinar se os dados estatísticos invocados, unidos a outras provas e ao conhecimento judicial [máximas de experiências], permite-nos configurar o panorama indiciário determinante da inversão do ônus da prova”.

“Por meio de interpretação judicial, o encargo de provar a inexistência da conduta discriminatória ficaria com os acusados de praticarem a discriminação no âmbito do contrato de trabalho, quando o reclamante (empregado) tiver apresentado elementos de presunção acerca da veracidade dos fatos narrados na petição inicial.”⁴⁶

A JURISPRUDÊNCIA, O DIREITO COMPARADO E A DISCRIMINAÇÃO

O TST, através da Orientação Jurisprudencial nº 142 da Subseção 2 de Dissídios Individuais (OJ 142/SDI-2), pacificou o entendimento de que não há direito líquido e certo a amparar mandado de segurança contra decisão que determina a reintegração ao emprego de empregado portador do vírus HIV. Referida tese parte de pressuposto lógico de que, em princípio, a demissão sem justa causa de aidético é discriminatória.

María Laura Vallejo e Camila Soto Mourraille⁴⁷ assinalam que, no âmbito de uma relação empregatícia, “la Corte Suprema de los Estados Unidos fue pionera en la creación de un mecanismo para invertir la carga de la prueba en casos de discriminación denominado el McDonnell Douglas Test”⁴⁸. Citam as autoras práticas semelhantes adotadas no Canadá, Argentina, Colômbia, Reino Unido e África do Sul.

No âmbito da União Europeia, adotou-se a Diretiva nº 97/80/CE, de 15.12.97⁴⁹, relativa ao ônus da prova nos casos de discriminação por sexo, que estabelece em seu art. 4º:

“Article 4. Burden of proof. 1. Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination,

46 VASCONCELOS, Op. cit., p. 104.

47 VALLEJO, María Laura Rojas; MOURRAILLE, Camila Soto. *La carga de la prueba en casos de discriminación*. Bogotá-Colômbia: Universidad de Los Andes. p. 14.

48 Tradução livre: “A Corte Suprema dos Estados Unidos foi pioneira na criação de um mecanismo para inverter o ônus da prova em casos de discriminação, denominado o Teste da McDonell Douglas”.

49 UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Diretiva nº 97/80/CE de 15.12.97. In: *Official Journal of the European Communities*. ISSN 0378-6978. Edição em inglês. 20.01.98. v. 41. Legislação n. 14. p. 8. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.”⁵⁰

O Tribunal Constitucional Espanhol, segundo José Fernando Arochena, desde a Sentença nº 38, de 23.11.81, tem flexibilizado o ônus da prova em casos de discriminação⁵¹. O Código do Trabalho de Portugal, instituído pela Lei nº 99/03, estabelece que o empregado apenas deva fundamentar a alegação de discriminação, indicando o paradigma do tratamento diferenciado, cabendo ao empregador demonstrar o tratamento não-distintivo:

“Art. 23. *Proibição de discriminação.*

1 – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, 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.

(...) *omissis* (...)

3 – Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no nº 1.”⁵²

A evolução da jurisprudência nacional, sintetizada na OJ 142/SDI-2, e a aplicação do direito comparado na falta de normas específicas sobre o ônus da prova da discriminação no trabalho permitem impor ao empregador o ônus de comprovar o tratamento igualitário de empregados e candidatos ao emprego.

50 Tradução livre: “Art. 4º. Ônus da Prova. 1. Os Estados-membros deverão tomar as medidas necessárias, de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não-aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento, apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos dos fatos constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento”.

51 AROCHENA, Op. cit.

52 PORTUGAL. Assembleia da República. Lei nº 99/03, *Diário da República*. Seção I, série A, n. 197, 27 ago. 1993, p. 5.564. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docsdoc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c58526c6548524263484a76646938794d44417a4c3078664f546c664d6a41774d7935775a47593d&fich=L_99_2003.pdf&Inline=true>. Acesso em: 27 ago. 2010, *sic*.

A EXIGÊNCIA DE PROVA DIRETA DA DISCRIMINAÇÃO E A CONDENAÇÃO INTERNACIONAL IMPOSTA AO BRASIL

Em outubro de 2006, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em face da negativa de acesso à justiça em crime de discriminação racial, justamente pela adoção de rígida regra de ônus da prova (em matéria penal).

O caso teve origem em março de 1997 na cidade de São Paulo. Simone André Diniz, candidata a um emprego de doméstica, diante de um anúncio publicado em um grande jornal com a informação “Pref. Branca”, declarou que, após ligar para o número indicado, não obteve o emprego por ser negra. Aberto o inquérito policial em face do ilícito do art. 20 da Lei nº 7.716/89, o juiz criminal, atendendo a solicitação do Ministério Público, arquivou o processo por falta de provas⁵³. Inconformada, a vítima levou o caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁴, que citando estudioso asseverou:

“79. (Segundo Racusen), los jueces brasileiros requirieron prueba directa de tratamiento desigual en el que el acto discriminatorio, no solamente ofende a alguien en base a su raza, sino que también demuestra la motivación discriminatoria. Por consiguiente, en una eventual acción penal, la mayoría de los jueces requerían la comprobación de tres elementos 1) prueba directa del acto discriminatorio, 2) prueba directa de la discriminación del ofensor al ofendido, y 3) prueba de la relación de causalidad entre aquellas.

80. Para el autor, la exigencia de todos estos elementos para la comprobación del acto racista, representa una norma ‘probatoria’ muy rigurosa, difícil de alcanzar. (...) Al contrario de inferir la causalidad del orden cronológico en que ocurrieron los hechos o la lógica, los jueces brasileiros generalmente examinan el comentario discriminatorio del ofensor de manera restringida y requieren prueba directa de la causalidad.”⁵⁵

53 ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC-RJ, jul-dez/2007, n. 31, p. 128-129.

54 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 66/2006. Caso 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil. 21 de Outubro de 2006. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_infinteresante/informe%20n%2066-06.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010, *sic*.

55 Tradução livre: 79. [Segundo Racusen], os juízes brasileiros exigem provas diretas da desigualdade de tratamento em que o ato discriminatório, não só ofende alguém com base em sua raça, mas também demonstra motivação discriminatória. Portanto, em um eventual processo penal, a maioria dos juízes

DOCTRINA

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁶, essa exigência de prova direta pela Justiça brasileira constitui discriminação indireta por impedir “el ejercicio o goce del derecho de ese mismo ciudadano a acceder a la justicia para que se repare la violación”⁵⁷.

O COMPROMISSO INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E A SUA REPERCUSSÃO NA ATUAÇÃO PROCESSUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Brasil, ao incorporar no direito interno os Tratados e convenções internacionais que vedam a discriminação, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção nº 111 da OIT, entre outras, assumiu o compromisso internacional de combater as práticas injustificadas de tratamento diferenciado.

Segundo a Declaração de 1998 da OIT, sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho, pelo simples fato de ser membro dessa organização, os países membros, entre os quais o Brasil, têm como compromisso internacional respeitar, promover e tornar real, dentre outros, “a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”⁵⁸. Da mesma forma, o art. 1º do Pacto de São José prevê o compromisso dos países signatários de respeitar e garantir os direitos e liberdades aí previstos a todas as pessoas, sem discriminação alguma. A aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem na 3ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10.12.1948 considerou, entre outros, o compromisso dos Estados membros com o respeito e a observância dos direitos humanos.

Também a ordem constitucional vigente impõe o dever ao Estado, da qual o Poder Judiciário faz parte, de assegurar a não discriminação dos cidadãos (nacionais ou estrangeiros).

requerem a verificação de três elementos 1) evidência direta do ato discriminatório, 2) a evidência direta de discriminação do ofensor à vítima, e 3) a prova da relação de causalidade entre as mesmas. 80. Para o autor, a exigência de todos esses elementos para a verificação do ato racista, representa uma regra probatória muito rigorosa, difícil de alcançar. Ao invés de inferir a causalidade na ordem cronológica dos acontecimentos ou da lógica, os juízes brasileiros geralmente examinam os comentários discriminatórios do agressor de maneira restritiva e requerem prova direta de causalidade.

56 ID., *Ibidem*, § 87.

57 Tradução livre: “O exercício ou gozo do direito desse mesmo cidadão a acessar a justiça para que se repare a violação”.

58 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho. *International Labour Standards Eletronic Library 2010* (Ilse 2010). ISSN 1020-9972. Genebra-Suíça: OIT, 2010. CD-ROM.

DOUTRINA

Deve o magistrado trabalhista dar plena vigência à Constituição e aos Tratados de direitos humanos que integram a ordem jurídica nacional em matéria de não discriminação, impondo ao demandado o encargo de comprovar a não discriminação nos casos de prova diabólica, sob pena de negar vigência aos tratados internacionais firmados pelo Brasil e de ignorar a Constituição que jurou respeitar.

OPORTUNIDADE PARA A PRODUÇÃO DA PROVA DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Utilizando o magistrado de máximas da experiência, da teoria dinâmica do ônus da prova, do princípio da aptidão da prova ou de outros indícios, ainda que por dados estatísticos, deverá oportunizar à parte o direito de produzir a prova da não discriminação, a fim de evitar cerceamento de defesa. Nesse caso, deve consignar de quem é o encargo probatório, antes da oitiva das testemunhas, podendo, inclusive, inverter a ordem dos depoimentos.

CONCLUSÃO

O princípio universal e fundamental da não discriminação está presente e permeia a ordem jurídica nacional, por força da Constituição Federal, dos Tratados e das convenções internacionais firmadas pelo Brasil e de leis ordinárias. O Brasil tem o dever de combater e de eliminar todas as formas de discriminação.

Apesar disso, nos processos judiciais, as vítimas da discriminação têm encontrado dificuldades para reunir provas suficientes para fundamentar sua pretensão⁵⁹. O Estado nessas demandas deve facilitar a tutela processual⁶⁰, inclusive com a transferência do encargo probatório. Especialmente no Processo do Trabalho, é indispensável que seja assegurado ao empregado litigante “o acesso ao órgão judicial, como também a igualdade de condições com a outra parte”⁶¹, inclusive mediante a inversão do ônus da prova.

A teoria estática do ônus da prova, inserta nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, não atende adequadamente as situações de discriminação na seara trabalhista.

59 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *La hora de la igualdad en el trabajo*. Op. cit., p. 68, § 188.

60 ID., *Ibidem*, § 189.

61 PAULA, Op. cit., p. 138.

“As regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão judicial do ônus da prova.”⁶²

Em situações como na discriminação oculta ou velada é possível utilizar-se da máxima de experiência e da prova *prima facie*, nos termos do art. 335 do CPC. Indícios e dados estatísticos também podem ser importantes nesse sentido. A distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem amparo constitucional, e o princípio da aptidão da prova, previsto no art. 6º, VIII, do CDC, consideram a efetiva capacidade probatória das partes e permitem temperar a regra dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, especialmente nos casos de prova diabólica da discriminação. Também o direito comparado e a evolução da jurisprudência constituem importante fonte do direito nesse sentido.

O princípio da isonomia, do qual decorre o da não discriminação, impõe a realização da igualdade perante a justiça, que “exige a busca da igualização de condições dos desiguais”⁶³. Deve o Judiciário assegurar às partes a paridade de armas, o efetivo acesso à Justiça, inclusive aos meios de prova que as partes podem produzir.

A exigência de demonstração direta da discriminação, em casos de prova extremamente difícil, constitui, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, negativa de efetivo acesso à justiça e caracteriza discriminação indireta feita pelo Poder Judiciário, fato que, inclusive, já ocasionou a condenação do Brasil naquela corte.

A ordem jurídica constitucional e o compromisso internacional assumido pelo Brasil impõem ao magistrado o dever de atribuir ao demandado o encargo de comprovar a não discriminação nos casos de prova diabólica, dando-lhe oportunidade para tanto.

“O juiz não pode ser *mero expectador do drama processual*, mas (deve) assegurar concretamente os direitos dos cidadãos, os quais não podem ficar entregues à sua própria sorte e risco. O magistrado não se

62 MALLETT, Op. cit., p. 153.

63 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 220.

DOCTRINA

pode contentar com uma *igualdade puramente formal* entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125, I e III, CPC). (...) Não se pode exigir de alguém provas além do que esteja ao seu alcance demonstrar, porque isso gera um *ônus probatório diabólico*. (...) Os direitos fundamentais, especialmente os de caráter social (art. 6º da CF), não podem ficar desprotegidos pela aplicação desmedida do art. 333 do Código de Processo Civil, a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos materiais.⁷⁶⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil, *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC-RJ, jul./dez. 2007.

AROCHENA, José Fernando Lousada. *La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral*. Disponível em: <<http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/395219.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus da prova a requerimento do Ministério Público do Trabalho, *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 2, fev. 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 2ª T.. Recurso Ordinário nº 00943-2005-015-10-00-0. Rel. Des. Alexandre Nery de Oliveira. DJU 04.03.08. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 31, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA & CONSELHOS REGIONAIS DE PSICOLOGIA. *Psicologia, ciência e profissão: diálogos*. ISSN 1981-2418. O psicólogo da empresa. Seção Recursos Humanos. Brasília, ano 4, n. 5, dez. 2007.

64 CAMBI, Op. cit., pp. 364-366. Os grifos são do original.

DOCTRINA

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe nº 66/06. Caso nº 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil. 21 out. 2006. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_ininteresante/informe%20n%2066-06.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. A prova pela verossimilhança e o Direito do Trabalho. *Revista do TRT da 3ª Região*. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, 1974, n. 22.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho. *Revista do TRT da 15ª Região*. Campinas, n. 32, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: LTr, 2004.

LÓPEZ, Armando Porras. *Derecho Procesal del Trabajo*. Puebla, México: José Cajica Jr., 1956.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho, *Revista do TST*, Brasília, v. 65, n. 1, out./dez. 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Maurício Correia de. A prova da discriminação por meio da estatística, *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ANPT e LTr, ano XVIII, n. 36, set. 2008.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. *O princípio da não discriminação e sua aplicação às relações de trabalho*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8950>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 111. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasilvia/info/download/conv_111.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2010.

_____. Declaração sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho, *International Labour Standards Eletronic library 2010* (Ilse 2010). ISSN 1020-9972. Genebra-Suíça: OIT, 2010. CD-ROM.

_____. Nota de Imprensa. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasilvia/info/download/presskit.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

_____. *La hora de la igualdad en el trabajo*. ISSN 0251-3226. Genebra-Suíça: Oficina Internacional do Trabalho, 2003.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PORTUGAL. Assembleia da República. Lei nº 99/2003. *Diário da República*. Seção I, série A, n. 197, 27 ago. 1993. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c3252763342734c58526c6548524263484a76646938794d44417a4c3078664f546c664d6a41774d7935775a473d&fich=L_99_2003.pdf&InLine=true>. Acesso em: 27 ago. 2010.

DOCTRINA

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 2.
- MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do Processo Trabalhista*. 29. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Diretiva 97/80/CE de 15.12.97. *Official Journal of the European Communities*. ISSN 0378-6978. v. 41. Edição em inglês. Legislação nº 14, 20.01.98. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- VALLEJO, María Laura Rojas; MOURRAILLE, Camila Soto. *La carga de la prueba en casos de discriminación*. Bogotá-Colômbia: Universidad de Los Andes, maio/2009.
- VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do TST*, Brasília, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005.
- VIANA, Márcio Túlio. Critério para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho, *Revista do TRT da 3ª Região*, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, jul. 1993/jun. 1994, n. 53., 1 CD-ROM.
- WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL, QUESTÃO RACIAL, MERCADO DE TRABALHO E JUSTIÇA TRABALHISTA

Sales Augusto dos Santos*

“Diz muito sobre o grau de desenvolvimento de um país a maneira como ele integra grupos sociais com longo histórico de exclusão. Refiro-me principalmente aos povos indígenas, aos descendentes dos africanos e às populações pobres que ainda sofrem discriminação e são exploradas em vários países. Encontrar uma forma de incorporar mais satisfatoriamente esses grupos é um desafio para os países que os têm em grande contingente populacional.” (Lowenthal, 2009: 24)

INTRODUÇÃO

A questão racial entrou definitivamente na agenda política nacional no início deste século XXI¹. Após isso, muito se tem falado sobre políticas de promoção da igualdade racial e políticas de ação afirmativa para a população negra. Contudo, ao que parece, está havendo um uso indiscriminado desses termos (especialmente do termo “ação afirmativa”), visto que os jornalistas² geralmente os tratam como sinônimos e tendem a induzir os leitores de suas reportagens a entender que todas as políticas de promoção da igualdade racial são políticas de ação afirmativa. Por exemplo, ao divulgar no portal do

* *Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB); organizou, entre outros, o livro Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas (2005); autor de diversos artigos sobre as relações raciais brasileiras, entre os quais, um em parceria com o pesquisador Nelson Olokafá Inocêncio da Silva: “Brazilian indifference to racial inequality in the labor market”, Latin American Perspectives, v. 33, p. 13-29; servidor do Tribunal Superior do Trabalho.*

1 Sobre os motivos dessa inserção veja Santos (2007).

2 Alguns acadêmicos também fazem uso confuso desse termo. Como o nosso espaço é curto para a presente discussão, nos limitamos a citar como exemplo um texto de um jornalista. De qualquer forma vale ressaltar que alguns intelectuais e/ou acadêmicos têm afirmado que a Lei nº 10.639/03, alterada pela Lei nº 11.645/08, é uma política de ação afirmativa. Como se verá neste artigo, essas leis estão no campo das ações valorizativas, um dos três campos que compõem as políticas de promoção da igualdade racial.

Ministério da Educação (MEC) uma informação sobre o *Seminário Internacional Promovendo a Igualdade Racial: um diálogo sobre políticas*, que foi realizado em Brasília, entre 11 a 14 de abril de 2005. Um dos jornalistas desse Ministério afirmou que

“especialistas de diversos órgãos e entidades estarão reunidos em Brasília, na próxima semana, entre os dias 11 e 14, no *Seminário Internacional Promovendo a Igualdade Racial: um diálogo sobre políticas*. O evento tem o objetivo de debater *políticas para a promoção da igualdade racial* e compartilhar experiências internacionais de *implementação de políticas afirmativas*. O seminário vai discutir os aspectos gerais da *ação afirmativa* e outros temas, como o papel dos movimentos sociais e do contexto político; o papel da informação, das evidências e dos indicadores; implementação e garantias das *políticas de ações afirmativas* e o papel dos agentes do Estado; *ações afirmativas no mundo do trabalho* (...)”³ (grifo nosso)

Embora na citação acima não haja a afirmação explícita de que o termo “políticas de promoção da igualdade racial” seja sinônimo do termo “ação afirmativa”, o texto foi construído de tal maneira que ao lê-lo o leitor é induzido a reduzir as primeiras a essa última. Sem nos estendermos em uma análise de discurso e até mesmo de conteúdo, percebe-se que o seminário supracitado é sobre políticas de promoção da igualdade racial, mas o texto do jornalista destaca demasiadamente um tipo de política: a de ação afirmativa.

O exemplo citado acima é importante porque mostra que até mesmo no portal de uma instituição do governo brasileiro se induz o leitor a reduzir as políticas de promoção da igualdade racial à ação afirmativa. E por que é importante chamar atenção para esse equívoco? Porque não devemos confundir informações jornalísticas, mesmo de órgãos oficiais, com conhecimento acadêmico-científico. A construção e obtenção desse conhecimento requerem pesquisas e estudos profundos, diferentemente das, geralmente, rasas informações jornalísticas.

Assim sendo, um dos objetivos deste artigo é discutir brevemente a ideia de políticas de promoção da igualdade racial e o conceito de ação afirmativa, para que não façamos a redução indicada anteriormente, pois a compreensão ou uso errado desses termos podem implicar diagnósticos errados, elaboração e implementação de políticas de combate ao racismo ineficientes e, conse-

3 Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2427&catid=202>. Acesso em: 11 ago. 2010.

quentemente, sem resultados positivos concretos. Mais ainda, esse artigo não tem a pretensão de fazer uma discussão estrita sobre mercado de trabalho, discriminação, desigualdade e políticas de promoção da igualdade racial no mundo do trabalho. Ao contrário, visa-se aqui a fazer uma discussão ampla, não focada em um assunto específico, para que a Justiça Trabalhista possa, num futuro próximo, aprofundar os vários temas que serão aqui tocados.

POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Embora haja relação mútua entre as políticas de promoção da igualdade racial e as políticas de ação afirmativa, esses termos não são sinônimos. Então, o que vem a ser cada um deles? Em realidade, podem-se encontrar várias definições de ação afirmativa, assim como de políticas de promoção da igualdade racial. Mas para uma discussão inicial é preciso saber que há pelos menos três tipos de políticas ou ações de combate ao racismo e às desigualdades raciais: a) ações repressivas; b) ações valorizativas; e c) ações afirmativas, conforme designaram as pesquisadoras Luciana de Barros Jaccoud e Nathalie Beghin (2002). Segundo elas,

“as ações afirmativas e as políticas repressivas são entendidas (...) como aquelas que se orientam contra comportamento e conduta. As políticas repressivas visam combater o ato discriminatório – a discriminação direta usando a legislação criminal existente. Note-se que as ações afirmativas procuram combater a discriminação indireta, ou seja, aquela discriminação que não se manifesta explicitamente por atos discriminatórios, mas sim por meio de formas veladas de comportamento cujo resultado provoca a exclusão de caráter racial. As ações afirmativas têm como objetivo, assim, não o combate ao ato discriminatório (...), mas sim o combate ao resultado da discriminação, ou seja, o combate ao processo de alijamento de grupos raciais dos espaços valorizados da vida social. As políticas de ações afirmativas são medidas que buscam garantir a oportunidade de acesso dos grupos discriminados, ampliando sua participação em diferentes setores da vida econômica, política, institucional, cultural e social. Elas se caracterizam por serem medidas temporárias e (...) por dispensarem um tratamento diferenciado e favorável com vistas a reverter um quadro histórico de discriminação e exclusão. As ações valorizativas, por sua vez, são (...) entendidas como aquelas que têm por meta combater estereótipos negativos, historicamente construídos e consolidados na forma de preconceitos e racismo. Tais ações têm como objetivo reconhecer e valorizar a pluralidade étni-

ca que marca a sociedade brasileira e valorizar a comunidade afro-brasileira, destacando tanto seu papel histórico como sua contribuição contemporânea à construção nacional. Nesse sentido, as políticas e as ações valorizativas possuem caráter permanente e não focalizado. Seu objetivo é atingir não somente a população racialmente discriminada – contribuindo para que ela possa reconhecer-se na história e na nação – mas toda a população, permitindo-lhe identificar-se em sua diversidade étnica e cultural. As políticas de informação também serão aqui identificadas com ações valorizativas” (Jaccoud e Beghin, 2002: 55-56).

Embora a citação seja longa, ela nos mostra uma classificação das ações contra o racismo extremamente importante para construirmos uma definição sintética do que entendemos por políticas de promoção da igualdade racial. Para nós, essas podem ser obtidas e até mesmo definidas por meio de todas as ações ou políticas públicas e/ou privadas, como as citadas acima, que visam a combater o racismo, o preconceito, a discriminação e as desigualdades raciais em todas as esferas da vida social, quer por meio de políticas universais, direcionadas a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, quer por meio de políticas específicas, direcionadas aos grupos que são discriminados racialmente em nossa sociedade.

Assim sendo, e considerando que o Brasil é um país multirracial, esse combate deve ser feito não somente por meio de ações repressivas – isto é, da proibição do racismo, conforme estabelece a nossa Constituição – e da punição de sua prática, de acordo com a legislação vigente, mas também por meio de ações valorizativas, ou seja, da valorização dos grupos raciais e étnicos que são discriminados. Assim, se faz necessário ter também ações contra os preconceitos, estereótipos e estigmas de caráter racista, visando à valorização de todos os grupos sociorraciais e étnicos brasileiros, especialmente negros e indígenas, como determina a Lei nº 10.639/03, alterada pela Lei nº 11.645/08⁴ Segundo a Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008: “Art. 1

4 Segundo a Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008: “Art. 1 O art. 26-A da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 26-A Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1 O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§ 2 Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras. Da Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003, em virtude da sua alteração

DOCTRINA

O art. 26-A da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 26-A

Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

Portanto, na busca da promoção da igualdade racial não se podem propagar somente ações e imagens positivas da população branca, como historicamente fez e faz a visão de mundo eurocêntrica e hegemônica no ensino formal brasileiro em todos os seus níveis, do fundamental ao universitário.

Além disso, as políticas de promoção da igualdade racial também têm como objetivo promover a igualdade de oportunidade, de tratamento, assim como promover a inclusão (por meio de acesso e permanência diferenciados) dos grupos discriminados racialmente em áreas onde eles são sub-representados em função da discriminação que sofreram e sofrem em face da sua cor, raça e etnia. Ou seja, se faz necessário também a implementação de ações afirmativas.

Deve-se acrescentar também, apesar de estarmos discutindo especificamente a questão racial brasileira, que o combate ao racismo, para ser eficaz, não deve e não pode se limitar a políticas específicas direcionadas aos grupos discriminados racialmente. Pensamos que é imprescindível haver políticas universais associadas e complementadas por políticas específicas, umas dando suporte às outras, visando a uma ressocialização coletiva da sociedade brasileira, onde não somente os grupos discriminados sejam protegidos contra a discriminação racial, mas os indivíduos que pertençam aos grupos raciais⁵ que historicamente discriminam sejam reeducados para não discriminar. Ou seja, provavelmente não haverá promoção da igualdade racial em sentido amplo se, simultaneamente, não houver políticas universalistas de boa qualidade, especialmente nas áreas de educação, saúde, previdência e assistência sociais, emprego/trabalho, habitação, entre outras áreas.

Portanto, para que as políticas de promoção da igualdade racial (quer sejam elas ações repressivas, ações valorizativas e/ou ações afirmativas) tenham

pela lei supracitada, restou o seguinte artigo: ‘Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como ‘Dia Nacional da Consciência Negra’”.

5 O termo “raça” não deve ser compreendido como um conceito biológico, pois a raça não existe cientificamente, bem como não é uma realidade natural. Raça é uma construção social e somente nesse sentido a usamos. Desse modo, enfatizamos que, embora a raça não exista cientificamente, ela existe socialmente.

DOCTRINA

potencial transformador contra a prática do racismo, não se pode abrir mão de políticas universais associadas a elas, uma vez que todas elas são fundamentais para o desenvolvimento do potencial humano de cada indivíduo, visto que todas essas políticas em interação possibilitam, de fato, a construção de sociedades mais igualitárias, baseadas na igualdade de oportunidade/acesso e de tratamento, onde os indivíduos possam escolher e ser donos dos seus próprios destinos.

Como se vê, as políticas de promoção da igualdade racial não se confundem nem se limitam às políticas de ações afirmativas. As primeiras são algo mais amplo (e quiçá mais complexo) que essas últimas, até porque as ações afirmativas são um tipo de política de promoção da igualdade racial. Em outras palavras, são necessários vários tipos de políticas públicas e/ou privadas articuladas e em interação, e sem prescindir das políticas universais, para se promover a igualdade racial e se combater a prática do racismo. Portanto, considerando tudo o que foi visto anteriormente, para nós a definição de políticas de promoção da igualdade racial é abrangente, visto que requer a articulação e interação de várias ações e/ou políticas, tais como ações repressivas, ações valorizativas, ações afirmativas, políticas universais e focalizadas. Isso se deve, entre outros fatores, porque, de um lado, o racismo é dinâmico, se renova e se reestrutura de acordo com a evolução da sociedade e das conjunturas históricas (Munanga, 1994: 178) e, de outro lado, a luta contra o racismo também não é estática e, desse modo, as formas de reação e combate a ele são múltiplas, requerendo não apenas uma, mas várias ações e políticas públicas e/ou privadas.

AÇÕES AFIRMATIVAS

Outra confusão que jornalistas e os críticos das políticas de ação afirmativa fazem é reduzir essas políticas ao sistema de cotas. Para os críticos os dois termos são não somente sinônimos, mas a tradução deles em políticas públicas para estudantes negros são inconstitucionais e extremamente maléficos para a sociedade. Por exemplo, para a antropóloga Yvonne Maggie, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), a implementação do sistema de cotas para estudantes negros vai racializar o Brasil e “produzir a divisão do povo e dos estudantes em brancos e negros”⁶, implicando, segundo ela, conflitos raciais no futuro. Ora, por um lado, como teoriza o professor de Direito Constitucional e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim B. Barbosa Gomes, as ações afirmativas não se limitam às cotas. Segundo ele, “no pertinente às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser

6 Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/reporterbrasil/video/599/>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas” (Gomes, 2002: 142). Por outro lado, outro professor de Direito Constitucional e também Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, não só afirma que as políticas de ação afirmativa são constitucionais, como dá exemplos concretos das suas técnicas de implementação agasalhadas na Constituição brasileira. Segundo o Ministro Marco Aurélio de Mello,

“Falta-nos, então, para *afastarmos do cenário as discriminações, uma mudança cultural*, uma conscientização maior dos brasileiros; urge a compreensão de que *não se pode falar em Constituição sem levar em conta a igualdade, sem assumir o dever cívico de buscar o tratamento igualitário, de modo a saldar dívidas históricas para com as impropriamente chamadas minorias*, ônus que é de toda a sociedade. (...) *É preciso buscar a ação afirmativa.* (...) Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição não pode ser acusada de inconstitucional. Entendimento divergente resulta em subestimar ditames maiores da *Carta da República, que agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no art. 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e da introdução de incentivos; no art. 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vagas – e, portanto, a existência de quotas – nos concursos públicos, para os deficientes; nos arts. 170 e 227, ao emprestar tratamento preferencial às empresas de pequeno porte, bem assim à criança e ao adolescente.*” (Mello, 2001a: 5; grifo nosso)⁷.

Como se vê, segundo juristas renomados, o sistema de cotas não é sinônimo de ação afirmativa, mas uma técnica de implementação dessa ação. Além disso, políticas públicas e/ou privadas de ação afirmativa são não somente constitucionais, mas estão explicitamente abrigadas em nossa Constituição, como demonstrou o Ministro Marco Aurélio de Mello, do STF.

Contudo, vale destacar também que a maior resistência que se tem às políticas de ação afirmativa recai sobre o sistema de cotas para estudantes negros ingressarem nas universidades públicas brasileiras. Mas o que caracteriza a cota fixa? Segundo Santos (2007), ela é uma técnica de implementação das ações afirmativas, em que se reserva, num processo de competição por bens sociais (por exemplo, ingresso na universidade), uma porcentagem das vagas para um ou mais grupos sociais discriminados competirem somente com os

7 Vide também Mello *apud* TST, 2001: 19-28.

membros do seu grupo que pertença. Portanto, num processo seletivo, um determinado número de vagas fica garantido antecipadamente para competição entre os membros de um ou mais grupos discriminados ante as suas características reais ou atribuídas e estigmatizadas, mas que, por isso, foi contemplado por esse tipo de ação afirmativa.

Se o sistema de cotas é uma das técnicas de implementação das ações afirmativas, afinal o que essas últimas são? Quais são os seus objetivos? Qual(ais) é(são) o(s) seu(s) público(s)-alvo? Resumidamente, pode-se dizer que o denominador comum de todos os conceitos de ações afirmativas é o fato de essas políticas serem direcionadas e implementadas para grupos que sofreram ou ainda sofrem discriminação(ões) em uma determinada sociedade, com o objetivo de incluir esses grupos em espaços onde eles são sub-representados em função da(s) discriminação(ões) que sofrem. Tais políticas não são permanentes, mas temporárias, conforme afirmaram Jaccoud e Beghin (2002) anteriormente.

Ante o pouco espaço que temos para escrever este artigo, aqui citaremos somente dois conceitos de ações afirmativas, pois há vários, em várias áreas ou esferas sociais, de vários autores⁸. Mas antes de irmos diretamente para eles, vale destacar que, conceitualmente, o termo “ação afirmativa” é novo nas ciências sociais e humanas brasileiras⁹. Conforme o Ministro Joaquim B. Barbosa Gomes, “trata-se, com efeito, de tema quase desconhecido entre nós, tanto em sua concepção quanto nas suas múltiplas formas de implementação” (Gomes, 2002: 125). Mas esse autor faz uma ressalva importante: embora a teoria sobre esse tema seja “praticamente desconhecida no Brasil, a sua prática, no entanto, não é de toda estranha à nossa vida administrativa” (Gomes, 2002: 125). Como neste artigo estamos focando o mundo do trabalho brasileiro, daremos um exemplo dessa prática nessa área e que foi citado pelo sociólogo Antônio Sérgio A. Guimarães. Segundo ele,

“A chamada lei dos dois terços, assinada por Vargas, que exigia a contratação de pelo menos dois terços de trabalhadores nacionais por qualquer empresa instalada no país; e a legislação de incentivos fiscais para aplicações industriais no Nordeste, depois expandida para o Norte, que propiciou a criação de uma burguesia industrial e uma moderna classe média nordestinas. Ambas as políticas foram amplamente

8 Sobre uma discussão mais ampla a respeito do conceito de ação afirmativa vide Santos (2007), especialmente o capítulo 7.

9 Conforme Gomes (2002 e 2001), a discussão desse tipo de política pública na sociedade brasileira também é muito recente no campo político, bem como no jurídico.

DOCTRINA

justificadas, aceitas, quando não implementadas pelas mesmas pessoas, ou grupos sociais, que hoje resistem a uma discriminação positiva dos negros. Ou seja, esse país já conheceu antes correntes de solidariedade, baseadas em causas nacionais ou regionais, que permitiram a aplicação de ação afirmativa.” (Guimarães, 1997: 236)

Ou seja, nós, brasileiros, não temos tradição em discutir esse tema, embora já tenhamos implementado algumas políticas de ação afirmativa, conforme nos demonstra Guimarães (1997). Mesmo assim alguns intelectuais brasileiros começaram a teorizar ou a construir conceitos sobre o que é ação afirmativa e, além disso, o debate sobre esse tema tem crescido sobremaneira nos últimos dez anos. Vale ressaltar que o próprio governo brasileiro foi um dos pioneiros nessa elaboração teórica, quando elaborou um conceito de ação afirmativa por meio do seu Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra (GTI)¹⁰. Segundo o GTI,

“As ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado.” (GTI, 1997).

Outro conceito que gostaríamos de destacar é o do Ministro Joaquim B. Barbosa Gomes, o único ministro negro do STF no presente momento. Segundo Gomes,

“as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. *Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados* e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações

10 Mais à frente discorreremos sobre o GTI.

culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. *Constituem, por assim dizer, a mais eloquente manifestação da moderna ideia de Estado promotiva, atuante; eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí incluindo-se o Poder Judiciário*, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. *Construção intelectual destinada a viabilizar a harmonia e a paz social, as ações afirmativas, por óbvio, não prescindem da colaboração e da adesão das forças sociais ativas, o que equivale dizer que, para o seu sucesso, é indispensável a ampla conscientização da própria sociedade acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias.*” (Gomes, 2001: 06-07; grifo nosso).

Como se percebe, Gomes (2002 e 2001) usa tanto o fundamento filosófico da compensação ou reparação quanto o postulado da justiça distributiva¹¹ na formulação do seu conceito de ação afirmativa. Ao formular este, Gomes (2002 e 2001) o fundamenta não só por meio de uma argumentação que leva em consideração os efeitos da discriminação racial sofrida pelos ascendentes dos indivíduos pertencentes a grupos socialmente discriminados no passado (discriminação essa que precisa ser reparada – fundamento filosófico da compensação), mas também por meio de argumentos que sustentam que um indivíduo ou grupo social têm direito de receber, no presente, parcelas equitativas dos benefícios e ônus da sociedade em que vivem (postulado da justiça distributiva).

Nos dois conceitos citados acima, quando o público-alvo a ser beneficiado por algum tipo de ação afirmativa é determinado/escolhido pelo fato de ser *discriminado racialmente*, a *cor/raça dos indivíduos* é um dos critérios fundamentais para que eles possam ou não ser um dos beneficiários, quer no emprego, quer na educação superior, entre outras áreas. Todavia, mais uma vez se faz necessário deixar explícito que essas políticas públicas especiais não objetivam combater diretamente a pobreza, mas sim algum tipo de discriminação (quer seja ela racial, de gênero, etária, econômica, entre outras), embora os pobres possam ser discriminados por serem pobres, e, neste caso, poderiam ser também beneficiários de políticas contra a discriminação dos pobres.

11 Para uma discussão mais profunda sobre a justiça compensatória, bem como sobre a justiça distributiva, vide Gomes (2001).

DOCTRINA

Por outro lado, pode-se observar que há poucas diferenças (ou quase nenhuma) entre as definições supracitadas, sendo o seu fundamento filosófico o diferenciador de linhas de argumentação para a implementação de ações afirmativas ou, se se quiser, da igualdade substantiva. Os objetivos das ações afirmativas, em ambos os postulados filosóficos, compensatório e distributivo, são a igualdade de tratamento e de oportunidades, assim como o combate, a eliminação ou mitigação das discriminações raciais, sexuais, entre outras, e inclusão desses grupos em espaços onde eles estão sub-representados em função da(s) discriminação(ões) que sofrem.

BREVE DISCUSSÃO NA ACADEMIA E NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA SOBRE O RACISMO E AS DESIGUALDADES RACIAIS NO BRASIL

Para muitos cientistas sociais brasileiros, não havia racismo no Brasil e, conseqüentemente, não existiam desigualdades raciais no mercado de trabalho livre brasileiro, logo após a abolição da escravatura. Essa convicção ocorreu e se fortaleceu num primeiro momento, logo após a publicação do livro *Casa Grande e Senzala* (1933), de Gilberto Freyre. Num segundo momento, com a ascensão da “Escola Sociológica de São Paulo” ou “Escola Paulista de Relações Raciais”¹², entre 1950 e 1978, liderada pelo sociólogo Florestan Fernandes, tendo como seguidores os sociólogos Octávio Ianni e Fernando Henrique Cardoso; houve uma “mudança” de pensamento sobre as relações raciais brasileiras. A partir dessa escola, passa-se a negar a suposta democracia racial brasileira sugerida por Freyre (1933), porém subsume-se a categoria raça¹³ à categoria classe. Ou seja, reconhecia-se que os negros eram discriminados racialmente no Brasil, mas não por serem negros propriamente, e sim por serem majoritariamente pobres. Em realidade, e em última instância, por meio dessa escola paulista, reforçava-se a ideia de que não havia discriminação racial contra os negros¹⁴ no Brasil, apesar da intenção de tentar demonstrar o contrário. Num terceiro momento, no terceiro quarto do século XX, ocorre uma ruptura com as teses da “Escola Paulista de Relações Raciais”, que surgira como inovadora

12 Pereira (1996) classifica Fernandes e seus discípulos como pertencentes à “Escola Sociológica de São Paulo”. Hasenbalg os classifica como pertencentes à “Escola Paulista de Relações Raciais” (Hasenbalg, 1995: 359-360).

13 O termo “raça” deve ser entendido aqui como uma construção social e não um conceito biológico ou uma realidade natural que designa tipos humanos distintos, visto que biologicamente raça não existe. Por outro lado, conforme o sociólogo Guimarães (1999), no Brasil a cor é um código cifrado da ideia de raça.

14 Para uma discussão mais ampla e profunda sobre esse tema, vide os capítulos 2 e 3 de Santos (1997).

e/ou questionadora das ideias de Gilberto Freyre (1933). No final da década de 1970, um sociólogo argentino radicado no Brasil, Carlos Alfredo Hasenbalg (1979), elabora uma nova corrente de pensamento sobre as relações raciais brasileiras, que se diferencia radicalmente de qualquer outra corrente de pensamento que tenha existido a partir das três primeiras décadas do século passado.

Essa nova corrente construída por Hasenbalg (1979) considera a raça como uma variável determinante na colocação dos indivíduos em posições tanto na estrutura de classes quanto no sistema de estratificação social (Hasenbalg, 1979: 118). O racismo não é descartado; ao contrário, é enfatizado para explicar por que determinado grupo racial esteve e/ou continua numa posição de subordinação sociorracial ACHISTER (Hasenbalg, 1992; 1979; Silva e Hasenbalg, 1992). Aqui as práticas racistas não são compreendidas apenas como sobrevivências do passado ou como “herança da escravidão”, mas como instrumentos que garantem bens materiais e simbólicos aos discriminadores, além de desqualificar competitivamente o discriminado.

“Discriminação e preconceitos raciais não são mantidos intactos após a abolição, mas, pelo contrário, adquirem novos significados e funções dentro das novas estruturas; e as práticas racistas do grupo dominante branco, que perpetuam a subordinação dos negros, não são meros arcaísmos do passado, mas estão funcionalmente relacionadas aos benefícios materiais e simbólicos que o grupo branco obtém da desqualificação competitiva dos não brancos.” (Hasenbalg, 1979: 85)

Nelson do V. Silva (1983), seguindo a mesma linha de investigação iniciada por Hasenbalg (1979), também procura fazer uma revisão crítica das análises referentes à questão racial no Brasil. Analisando os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), levantados pelo IBGE, conclui que a raça é uma variável determinante no processo de estratificação social, na medida em que, ao longo do ciclo de vida socioeconômica dos negros, há desvantagens para estes em virtude de atitudes discriminatórias dos brancos (Silva, 1983; Hasenbalg e Silva, 1983). Os “não brancos” estariam sofrendo um processo de acumulação de desvantagens (Silva, 1983: 199). A partir dessas conclusões, Silva procura

“enfatizar a funcionalidade da discriminação racial como instrumento para o alijamento competitivo de certos grupos sociais no processo de distribuição de benefícios materiais e simbólicos, resultando obviamente em vantagens para o grupo branco vis-à-vis aos grupos não-brancos na disputa por esses benefícios. Ou seja, procura-se mostrar como o preconceito e a discriminação racial são fatores intimamente associados

DOCTRINA

à competição por posições na estrutura social e, portanto, necessariamente refletindo-se em diferenças entre os grupos raciais ao nível do próprio processo de mobilidade social.” (Hasenbalg e Silva, 1983: 144)

O fato é que, depois de Hasenbalg (1979) e Hasenbalg e Silva (1983), houve um *boom* dessa corrente de pensamento. As novas pesquisas sobre as relações raciais no Brasil buscaram mostrar como o preconceito e a discriminação raciais no presente ainda são determinantes, por exemplo, na educação, na renda e no emprego dos “não brancos”.

As discussões acima citadas ocorrem no campo acadêmico. Contudo, preocupações com o racismo praticado contra os negros já existiam no Brasil para além do meio acadêmico, mesmo na época dos governos militares. Mas nesse período os governantes brasileiros tratavam a questão racial brasileira como “assunto de segurança nacional”, conforme nos lembra o fundador do Teatro Experimental do Negro (TEN)¹⁵, Abdias do Nascimento, que foi para o autoexílio nos Estados Unidos da América por causa das pressões e perseguições da ditadura militar brasileira contra os movimentos sociais democráticos, especialmente contra os movimentos negros (Santos, 2007).

“Com o endurecimento do regime militar e a repressão intensa instituída pelo AI-5¹⁶, fui obrigado a deixar o país. A questão racial virou assunto de segurança nacional e sua discussão era proibida. Fui incluído em diversos [Inquérito Policial-Militar] IPMs, sob a estranha alegação de que seria eu encarregado de fazer a ligação entre o movimento negro e a esquerda comunista. Logo eu, que era execrado pelos comunistas como fascista e racista ao contrário! Ironia suprema... Embarquei para os Estados Unidos, onde ficaria durante 13 anos.” (Nascimento e Nascimento, 2000: 216; grifo nosso)

15 Fundado em 1944, o TEN buscou combater o racismo e desmascarar a hipocrisia racial brasileira, especialmente no mercado cultural, que praticamente não contratava nem formava artistas negros como protagonistas. Ao contrário, os excluía. Conforme Abdias do Nascimento, o TEN “foi concebido fundamentalmente como instrumento de redenção e resgate dos valores negro-africanos, os quais existem oprimidos e/ou relegados a um plano inferior no contexto da chamada cultura brasileira, onde a ênfase está nos elementos de origem branco-europeia. Nosso Teatro seria um laboratório de experimentação cultural e artística, cujo trabalho, ação e produção explícita claramente enfrentavam a supremacia cultural elitista-arianizante das classes dominantes” (Nascimento, 1980: 68).

16 O Ato Institucional nº 5 (AI-5) foi editado em 13 de dezembro de 1968 pelo marechal Costa e Silva. A partir desse ato, recrudescceu a repressão política no Brasil. Houve a supressão de todas as liberdades democráticas e a tortura contra os opositores da ditadura civil-militar foi institucionalizada. Redações de jornais passaram a sofrer censuras, muitos mandatos parlamentares foram cassados e o Congresso Nacional foi fechado. Além disso, o Supremo Tribunal Federal sofreu intervenção e alguns de seus ministros foram afastados.

DOUTRINA

Mas 1968 não foi somente o ano do endurecimento do regime militar, foi também o ano de criação da revista semanal *Veja*, uma das mais importantes e influentes revistas publicadas no Brasil, editada pela primeira vez em 11 de setembro de 1968. Mais ainda: mesmo a questão racial sendo considerada “assunto de segurança nacional” pelo Estado brasileiro, logo na sua segunda edição, de 18 de setembro de 1968, a revista publicou uma matéria de três páginas sobre a discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro, com ênfase na área da televisão e do teatro. Foram entrevistados artistas negros que eram membros do TEN, como Ruth de Souza e Abdias do Nascimento. Nessa reportagem, a revista não só denunciava a discriminação racial contra os negros em plena ditadura militar, como também permitia que ativistas negros do TEN manifestassem o seu repúdio à discriminação racial. Por exemplo, nessa edição da revista, a atriz negra Ruth de Souza denunciou que “se um papel de negro é bom, acaba sendo feito por um branco pintado. Mesmo nas novelas de televisão é assim. Para nós sobram as migalhas. [...] Nas nossas encenações, os negros são sempre escravos ou babás” (Souza, 1968: 92-93). Por outro lado, nessa mesma edição de 18 de setembro de 1968, a revista *Veja* faz um destaque sobre o TEN, a maior e mais importante organização negra brasileira entre 1944 e 1968, dando voz ao seu fundador, Abdias do Nascimento, principal liderança negra brasileira antirracista do século XX¹⁷. Em tal destaque, Abdias do Nascimento afirma que o TEN é um processo, “uma forma de antecipação, enquanto o negro não desperta completamente do torpor que o envolveu” (Nascimento, 1968: 93).

Deve-se enfatizar aqui que naquela época era oficialmente proibido falar de racismo contra os negros no Brasil, mas a revista *Veja* não deixou de mostrar a discriminação racial existente na sociedade brasileira¹⁸. Nesse período, essa revista era um dos raros meios de comunicação que denunci-

17 Em março de 2004, aos 90 anos de idade, Abdias do Nascimento foi reconhecido oficialmente pelo governo brasileiro, por meio de homenagem do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, como “maior expoente brasileiro na luta intransigente pelos direitos dos negros no combate à discriminação, ao preconceito e ao racismo” (Semog e Nascimento, 2006: 115).

18 Não é objetivo deste artigo e não é possível analisar aqui e agora a atual posição da revista *Veja* no que concerne às relações raciais brasileiras, isto é, o seu posicionamento atual contra o sistema de cotas para estudantes negros ingressarem nas universidades públicas ou, mais ainda, uma suposta mudança de postura dessa revista quanto ao racismo no Brasil, bem como quanto à necessidade de propostas de políticas públicas para combatê-lo. O importante a destacar aqui é que a revista *Veja* denunciava o racismo no Brasil em plena ditadura civil-militar. Por outro lado, para indicar o que pensamos sobre a atual postura da revista *Veja* com relação às relações raciais brasileiras, sustentamos a hipótese de que a revista continua reconhecendo a desigualdade racial em nosso país, mas não admite que os negros

ava o racismo existente no Brasil, bem como buscava incluir a questão racial brasileira na esfera pública por meio de suas reportagens. E não foi só uma vez que a revista divulgou informações sobre o racismo no Brasil em plena ditadura militar. Na edição nº 37, de 21 de maio de 1969, volta a denunciar o racismo contra os negros no Brasil ao publicar outra matéria sobre a exclusão dos artistas negros da televisão brasileira. A revista divulgou a indignação desses artistas contra a TV Globo. Esta rede de televisão havia escolhido um artista branco para fazer o papel de um personagem negro em uma de suas telenovelas. De acordo com a própria revista *Veja*, “os atores negros não se conformam com a decisão da TV Globo de confiar o papel do negro *Pai Tomás* ao ator branco Sérgio Cardoso, pintado de preto” (*Veja*, 1969: 54). E a revista aprofunda as denúncias, afirmando também que “entre o galã negro Zózimo Bulbul e o galã branco pintado de preto, Sérgio Cardoso, há um cadáver: o ator negro Rubens Campos, que morreu de fome, caindo entre os cenários no intervalo de gravação da novela ‘O Ébrio’, em 1966, na TV Globo” (*Veja*, 1969: 55).

Essas preocupações com relação ao racismo contra os negros no Brasil surgiram não só por meio de discussões acadêmico-teóricas sobre a operacionalização da discriminação racial no mundo do trabalho, como se pôde notar, mas também, como veremos abaixo, mediante propostas de políticas públicas para combater a discriminação contra os negros. Nessa mesma época, mais precisamente em novembro de 1968, segundo o *Jornal do Brasil*, de 5 de novembro de 1968, após discussões entre técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre as discriminações e desigualdades raciais no mercado de trabalho brasileiro, um técnico desse ministério fez a seguinte afirmação e proposta:

“Depois de uma pesquisa para estabelecer a percentagem da mão-de-obra negra no mercado de trabalho, e destacados os ramos mais procurados por essa população, deveríamos partir para uma lei que regulasse o assunto (...). Essa lei poderia estabelecer, por exemplo, que certas empresas seriam obrigadas a manter em seus quadros 20% de empregados de cor, algumas 15% e outras 10%, conforme o ramo de suas atividades e respectivo percentual de demanda.” (*Jornal do Brasil*, 05.11.68 *apud* Santos, 1999: 222)

Tendo tomado conhecimento da proposta acima, a famosa escritora Rachel de Queiroz escreveu uma carta ao então ministro da Justiça do governo ditatorial brasileiro, Jarbas Passarinho, manifestando sua preocupação quanto ao reconhecimento oficial pelo Estado brasileiro da discriminação racial con-

tra os negros no Brasil. Mais do que isso: essa escritora afirma ser preferível encobrir essa discriminação, “mesmo em larga escala”, a reconhecê-la oficialmente. Conforme a reconhecida escritora Rachel de Queiroz,

“Pois na verdade o que não se pode, Sr. Ministro, é pactuar com o crime, discutir com a discriminação, reconhecer a existência da discriminação. (...) E eu digo mais: *é preferível que continue a haver discriminação encoberta e ilegal, mesmo em larga escala, do que vê-la reconhecida oficialmente pelo governo* – já que qualquer regulamentação importaria num reconhecimento.” (Queiroz *apud* Guimarães, 1999: 183; grifo nosso)

Essas preocupações não eram sem sentido nessa época. Existiam medos e previsões que hoje podem ser vistos como absurdos pelo pensamento não conservador, de que poderiam acontecer conflitos raciais manifestados pública e abertamente no Brasil do futuro, ou seja, do ano 2000, como revelava um livro organizado pelo jornalista Itamar de Freitas no final da década de 1960. Em 1969, esse jornalista organizou uma equipe de pesquisadores e intelectuais (sociólogos, etnólogos, educadores, entre outros) para discutir como seria o Brasil no ano 2000. O resultado desse trabalho prospectivo foi o livro *Brasil Ano 2000. O Futuro Sem Fantasia*, publicado pela editora Biblioteca do Exército Brasileiro. Apoiando-se nas análises feitas pelo sociólogo Nelson Mello e Souza, da Fundação Getúlio Vargas, logo na introdução do livro o seu organizador afirma que não chegamos a ser racistas segregadores, mas que também não podemos nos orgulhar da chamada democracia racial brasileira. E pergunta:

“*Como reagiremos – por exemplo – quando os negros vencerem as dificuldades sociais e econômicas que os segregam, deixarem de ser apenas 448 universitários em 5.600.000 indivíduos? Hoje, os negros não incomodam, mas o que acontecerá quando eles tiverem – ainda que uma minoria expressiva deles – poder econômico para comprar títulos de clubes fechados, ou forçar sua entrada nos colégios mais caros, ou forçar sua admissão nos escritórios ou postos importantes, ou morar nas zonas residenciais de ‘primeira classe’? Estaremos maduros o bastante para aceitá-los como irmãos em tudo ou vamos partir para conflitos raciais?*” (Freitas, 1969: 7; grifo nosso)

Percebe-se que, na citação acima, o autor se posiciona como homem branco. Ele fala posicionadamente e assume a possibilidade de que, por iniciativa dos brancos, haveria ataques ou conflitos raciais no Brasil do futuro. Mais adiante, no item 6 do tópico “Racismo no País da Classe Média”, cujo instigante título é “Crise Racial no Brasil – Ano 2000”, Freitas, concordando

com a análise do sociólogo Mello e Souza, conclui que poderiam ocorrer lutas raciais no Brasil do ano 2000, embora o país não fosse se transformar num novo Estados Unidos da América nem na África do Sul.

“O Brasil do ano 2000 deverá ser uma sociedade de boas oportunidades de emprego, na faixa dos serviços (...) Estarão abertas, assim, para o negro, possibilidades de acesso social, garantidas pela democratização do ensino técnico. O negro concorrerá com o branco, na faixa do emprego técnico, terá condições para entrar nos ‘clubes de elite’, poderá morar em zonas privilegiadas, disputará as jovens brancas na livre concorrência do amor. Como reagirão os brancos à ascensão do negro? Nos Estados Unidos do fim do século passado, não era evidente a discriminação racial. O negro era coisa, entendido como coisa e tratado como tal. Foi a democratização da riqueza e de oportunidades de ascensão social do negro que fez surgir, que evidenciou historicamente o comportamento coletivo feito de ódio violento e cego (...) que marcava a discriminação latente da sociedade branca, puritana e escravocrata (...) *Esse fechamento de áreas ao negro (brasileiro), hoje em dia, não provoca conflitos, porque a precária situação socioeconômica do negro não lhe permite exigir, reivindicar com decisão.* Quantos negros podem, agora, pleitear uma carteira de sócio do Country Clube? *Quando essa oportunidade chegar, pelo enriquecimento gradual da população negra, os brancos vão ter de tornar evidentes, claros, indisfarçáveis os seus preconceitos latentes, provocando reações organizadas da elite negra*¹⁹

As formas e o conteúdo dramático dessas lutas são de difícil previsão (Freitas, 1969: 92-93; grifo nosso).

Como se vê, não foi só agora, em nossa recente construção democrática, que a discussão da questão racial no mercado de trabalho passou a ser preocupação do Estado brasileiro, de intelectuais, de formadores de opinião, de autoridades públicas, entre outros, até mesmo porque o direito ao trabalho igual, não discriminatório e não precário, é fundamental para a vida de todos

possam autonomamente apresentar propostas contra o racismo. Ou seja, a revista *Veja* e/ou seus atuais dirigentes não aceitam o fim do racismo a partir de um ponto de vista dos negros, mas, ao que parece, somente de um ponto de vista colonizador, onde as elites dirigentes brancas devem dizer aos negros o que é “melhor” para os afro-brasileiros. Em síntese, a minha hipótese é de que ela, a revista *Veja*, é contra o protagonismo dos negros no que diz respeito à luta contra o racismo no Brasil.

- 19 Oracy Nogueira já havia afirmado que a ascensão crescente de “pessoas de cor” tenderia a alterar a situação racial brasileira tanto pela acumulação de conquistas (educacionais, profissionais e patrimoniais) como pela contestação dos não brancos contra o racismo, levando, conseqüentemente, ao aumento de conflitos raciais no país (Nogueira, 1985: 24-45 e 46).

os indivíduos ou cidadãos. Contudo, deve-se destacar que só muito recentemente, depois de muita luta dos movimentos negros em favor e de muita resistência contra por parte dos setores conservadores da sociedade brasileira, passou-se a pensar em propostas de políticas de ação afirmativa no mercado de trabalho para os trabalhadores negros.

AS PRESSÕES DOS MOVIMENTOS NEGROS BRASILEIROS, O SURGIMENTO DE INSTITUIÇÕES GOVERNAMENTAIS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL E A JUSTIÇA DO TRABALHO

Para muitos cientistas sociais brasileiros, as atuais reivindicações dos movimentos sociais negros por políticas de promoção da igualdade racial em todas as esferas da nossa sociedade, especialmente na educação e no mercado de trabalho, nasceram num vácuo político-social, ou seja, de forma espontânea. Mas a apresentação de propostas de políticas de promoção da igualdade racial pelos movimentos negros e o rompimento com o discurso do mito da democracia racial²⁰ pelos dois últimos presidentes, FHC e Luiz Inácio Lula da Silva, são resultados de pressões internas contra as supostas relações harmoniosas entre os nossos grupos étnico-raciais. As lutas antirracistas e a recente confissão da sociedade brasileira de que ela discrimina os negros (Turra e Venturi, 1995), bem como as denúncias de discriminações raciais feitas pela população negra, como as divulgadas anteriormente na revista *Veja*, ajudaram a politizar ainda mais a questão racial no Brasil e pressionaram os governos a ventilar a possibilidade de políticas de promoção da igualdade racial para as vítimas do racismo em nosso país²¹.

20 O conceito de mito que adotamos é o mesmo utilizado por Carlos A. Hasenbalg: “A noção de mito para qualificar a ‘democracia racial’ é aqui usada no sentido de ilusão ou engano e destina-se a apontar para a distância entre representação e realidade, a existência de preconceito, discriminação e desigualdades raciais e a sua negação no plano discursivo. Essa noção não corresponde, portanto, ao conceito de mito usado na Antropologia.” (Hasenbalg, 1996: 237).

21 As pressões dos movimentos negros fizeram-se sentir também na campanha eleitoral para Presidente da República de 2002. O então candidato Luiz Inácio Lula da Silva, hoje presidente do Brasil, prometeu em seu programa eleitoral de televisão que, caso fosse eleito presidente do país, iria implementar cotas para os negros nos vestibulares das universidades públicas. No primeiro semestre de 2004, o presidente Lula enviou ao Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº 3.627, de 20 de maio de 2004, que “*institui Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências*” (grifo nosso). Esse PL estabelece que: “Art. 1º. As instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Art. 2º. Em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”.

DOCTRINA

Um dos marcos dessas pressões foi sem dúvida a *Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida*, realizada no dia 20 de novembro de 1995, em Brasília, capital do Brasil. Organizada para reafirmar a luta dos negros contra o racismo e as desigualdades raciais e para exigir políticas públicas para esse grupo, a Marcha, simbolizada no herói negro Zumbi dos Palmares, contou com a presença de mais de trinta mil participantes (cf. Santos, 2006; Cardoso, 2002; ENMZ, 1996).

Como foi um dos eventos dos movimentos sociais nacionais mais importantes do final do século passado, os seus organizadores foram recebidos na sede do governo brasileiro, o Palácio do Planalto, pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. Mais uma vez as lideranças dos movimentos sociais negros denunciaram ao governo brasileiro a discriminação racial, bem como condenaram o racismo contra os negros no Brasil. Mais do que isso: as lideranças negras desses movimentos não ficaram somente nas e com as denúncias, elas entregaram ao chefe de Estado brasileiro o *Programa de Superação do Racismo e da Desigualdade Racial*²², que continha várias propostas de combate ao racismo e às suas consequências virulentas. Mas aqui citaremos apenas as propostas das áreas mercado de trabalho e educação, conforme se vê abaixo:

1) Mercado de Trabalho:

- Implementação das Convenções 29, 105 e 111 da OIT.
- Estabelecimento de incentivos fiscais às empresas que adotarem programas de promoção de igualdade racial.
- Instalação, no âmbito do Ministério do Trabalho, da Câmara Permanente de Promoção da Igualdade, que deverá se ocupar de diagnósticos e proposição de políticas de promoção da igualdade no trabalho, assegurada a participação do Movimento Negro.
- Desenvolvimento de políticas de combate à feminização da pobreza, fenômeno que atinge a absoluta maioria das mulheres negras. Para tanto, propomos a regulamentação do art. 7º, em seu inciso XX, da CF, que prevê “*proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*”, contemplando especificamente a mulher negra através de programas de acesso, de capacitação e treinamento para o mercado de trabalho.

22 Essas propostas estão em *Executiva Nacional da Marcha Zumbi* (ENMZ), 1996.

2) Educação:

- Recuperação, fortalecimento e ampliação da escola pública, gratuita e de boa qualidade.
- Implementação da Convenção sobre Eliminação da Discriminação Racial no Ensino.
- Monitoramento dos livros didáticos, manuais escolares e programas educativos controlados pela União.
- Desenvolvimento de programas permanentes de treinamento de professores e educadores que os habilite a tratar adequadamente com a diversidade racial, identificar as práticas discriminatórias presentes na escola e o impacto destas na evasão e repetência das crianças negras.
- Desenvolvimento de programa educacional de emergência para a eliminação do analfabetismo. Concessão de bolsas remuneradas para adolescentes negros de baixa renda, para o acesso e conclusão do primeiro e segundo graus (atuais ensinos fundamental e médio, respectivamente).
- Desenvolvimento de *ações afirmativas* para acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à *universidade* e às áreas de tecnologia de ponta. (grifo nosso)

Mas as medidas tomadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso em resposta às pressões dos movimentos negros por políticas de promoção da igualdade racial estavam mais para algumas mudanças discursivas ou normativas do que para mudanças concretas²³. Por exemplo, no dia 20 de novembro de 1995, em que recebeu os líderes da *Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida*, o presidente Fernando Henrique Cardoso criou, por meio de decreto, o *Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra* (GTI). Além da finalidade de desenvolver políticas da natureza explícita em sua denominação, o GTI tinha “como expectativa, ao longo deste governo (Fernando Henrique Cardoso), inscrever definitivamente a questão do negro na agenda nacional. Isso significará conceder à questão racial do negro brasileiro a importância que lhe tem sido negada” (GTI, in Brasil, 1998: 39).

23 Ante os objetivos deste artigo, citaremos apenas alguns fatos que, segundo nosso entendimento, comprovam tal assertiva. Maiores informações e conhecimento a respeito do assunto em tela, em especial as mudanças na legislação brasileira no que concerne à questão racial brasileira, podem ser obtidas em Jaccoud e Beghin (2002) e Santos (2007).

DOCTRINA

Todavia, o GTI só foi instalado em 27 de fevereiro de 1996 e não era uma instituição executiva, mas sim uma organização de articulação intragovernamental. Visava-se, com esse grupo de trabalho, a estabelecer uma interlocução ou interação entre os diversos ministérios e entes estatais, com vistas à promoção da igualdade racial por meio da discussão, elaboração e implementação de políticas públicas direcionadas à população negra. Mas o GTI não foi aparelhado para cumprir adequadamente os seus objetivos, visto que não tinha um corpo técnico suficiente para a realização de todas as suas funções. Também não dispunha de infraestrutura adequada, menos ainda de orçamento próprio para seu funcionamento adequado (cf. Santos, 2006a).

No que tange à questão racial, não foi só esse grupo de trabalho que o governo Fernando Henrique Cardoso instituiu. Por meio de outro decreto, de 20 de março de 1996, esse governo criou, no âmbito do Ministério do Trabalho, o *Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação* (GTEDEO). Esse novo grupo tinha como finalidade definir programas de ações que visassem ao combate à discriminação no emprego e na ocupação.

Como o GTI, o GTEDEO não surge por boa vontade ou consciência política e solidariedade racial do governo Fernando Henrique Cardoso, mas em virtude das pressões dos movimentos sociais negros pela promoção da igualdade racial. Em 1992, o Centro de Estudos das Relações do Trabalho e Desigualdades (CEERT), uma ONG de cunho racial, com sede na capital do Estado de São Paulo, elaborou uma denúncia de não cumprimento, pelo Estado brasileiro, da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁴. A citada denúncia foi encampada pelo Sindicato dos Bancários de Florianópolis, que convenceu a Central Única dos Trabalhadores (CUT) a denunciar formalmente o governo brasileiro junto à OIT, em outubro de 1992,

24 Denominada “Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão, 1958)”, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no seu art. 1º, estabelece que, “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 oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”. O art. 2º estabelece que “qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular 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 nessa matéria” (Convenção nº 111 da OIT *apud* Süsssekind, 1994: 244). Percebe-se, assim, que o objetivo dessa norma internacional é evitar as discriminações e promover a igualdade de oportunidades e de tratamento no trabalho. Essa convenção foi aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, no ano de 1958, em Genebra, e ratificada pelo Brasil somente em 26 de novembro de 1965 (Süsssekind, 1994: 243).

pelo descumprimento da norma internacional supracitada (cf. Bento, 2000). Conforme afirmou a diretora do CEERT, Maria Aparecida Silva Bento, o governo brasileiro criou o GTEDEO em resposta à denúncia supracitada (Bento, 2000: 336), ou seja, em resposta às pressões dos movimentos sociais negros, por meio do CEERT. Porém, até a presente data, não tem havido mudanças concretas no que diz respeito à discriminação racial no mercado de trabalho. Os trabalhadores negros continuam recebendo salários inferiores aos dos brancos, mesmo com iguais qualificações técnicas e/ou escolaridade. Mais do que isso, aqueles são os primeiros a ser demitidos e os últimos a conseguir empregos (cf. BRASIL/SEPM/IPEA e UNIFEM, 2008 e DIEESE/AFL-CIO/INSPIR, 1999).

A criação desses grupos de trabalho no governo FHC, entre outros fatores²⁵, possibilitou o início da discussão sobre a questão racial no interior da estrutura burocrático-administrativa brasileira (ministérios, autarquias, fundações, universidades, entre outros) e, conseqüentemente, sobre as desigualdades raciais brasileiras, bem como um incipiente debate acerca da necessidade de políticas públicas para acabar com essas desigualdades ou minimizá-las. Todavia, apesar de realizar algumas mudanças em termos de discurso e de legislação antirracismo, bem como de passar de uma posição de “política de não ter política”²⁶ para uma de “política de ter política”²⁷ no campo das relações raciais, conforme Silva (2001), o governo FHC ficou mais para o plano simbólico do que para o plano das mudanças concretas, uma vez que esta “política de ter política” para a inclusão dos negros em áreas de prestígio e poder foi mais protocolar e formal do que substantiva, visto que o governo desse presidente não apresentou, menos ainda aprovou, no Congresso Nacional brasileiro, nenhuma política de promoção da igualdade racial no mercado de trabalho. Essas políticas, na “área dura” do trabalho, quando existiram no governo FHC, foram realizadas por iniciativas individuais, como a do ex-ministro Raul Jungmann, que por meio de portaria ministerial implementou cotas para negros terem acesso preferencial a cargos em seu ministério. Conforme informou o jornal *Correio Braziliense*, “concursos públicos, cargos de confiança e empresas prestadoras de serviços terceirizados: todos terão cota mínima de 20% para negros no Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e no

25 Como a instituição do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 1996.

26 Ou seja, de neutralidade estatal quanto ao reconhecimento do racismo contra os negros, assim como quanto ao reconhecimento das desigualdades raciais entre negros e brancos no Brasil.

27 No sentido de reconhecer a discriminação contra os negros e intervir politicamente visando a combatê-la e objetivando promover a inclusão dos negros nos espaços de prestígio e poder.

DOCTRINA

Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Pela primeira vez, o Executivo brasileiro adota um programa de ações afirmativas para negros” (*Correio Braziliense*, set. 2001, p. 10).

No Poder Judiciário também houve iniciativa semelhante. Nesse mesmo ano de 2001, o então ministro-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Aurélio de Mello, implementou o sistema de cotas em serviços terceirizados para trabalhadores negros ingressarem no STF, conforme noticiou o jornal *Correio Braziliense*, de 7 de dezembro de 2001. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) não trilhou o mesmo caminho que o STF. Mas nem por isso deixou de participar da discussão sobre a discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro. Conforme o então ministro-presidente do TST, Almir Pazzianotto Pinto, em função da iniciativa do ministro Carlos Alberto Reis de Paula, esse tribunal realizou o *Seminário Nacional Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*, em 20 de novembro de 2001. Seminário do qual o Ministro Marco Aurélio de Mello do STF participou como conferencista, onde não só afirmou a constitucionalidade de ações afirmativas, como as defendeu como um instrumento necessário para ingresso, no mercado de trabalho, de grupos sociais que são discriminados na sociedade brasileira (Mello *apud* TST, 2001: 19-28). Portanto, nessa época o TST também estava se preocupando com a discussão sobre a discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro. Segundo o Ministro Almir Pazzianotto Pinto:

“Sem exagero algum, o Tribunal Superior do Trabalho vive hoje um de seus maiores dias. Coincidindo com o dia em que se reverencia a memória do Zumbi dos Palmares, o Tribunal Superior do Trabalho, graças à felicíssima iniciativa do nosso prezado Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, programou a realização deste singular e único evento, sem paralelo – penso eu – na história do Judiciário trabalhista e na do Poder Judiciário. *O Tribunal Superior do Trabalho abriu suas portas para iniciativa das mais relevantes: a discussão da situação jurídico-legal do que se convencionou denominar minorias, ou situação daqueles que, por uma ou outra razão, foram vítimas, ao longo da história, de alguma forma de discriminação.*” (Pinto *apud* TST, 2001: 13; grifo nosso).

Conforme afirmou o ministro Almir Pazzianotto Pinto, este seminário foi o primeiro sobre o tema da discriminação racial que o TST realizou. Em realidade, acompanhando as mudanças ocorridas no Brasil e no mundo, o TST passou a incluir a discussão da questão racial como um dos ramos a ser considerado na sua especialidade peculiar, as relações trabalhistas. O fez com a ajuda de algumas ciências auxiliares ao Direito (para discutir as relações trabalhistas), como, por exemplo, a Sociologia e a História. Mudanças essas

DOCTRINA

ratificadas pelos Ministros Carlos Alberto Reis de Paula e Antônio José de Barros Levenhagen, na apresentação do livro, publicado pelo TST, sobre o seminário supracitado. Conforme esses ministros:

“De 30 de agosto a 8 de setembro de 2001 realizou-se em Durban, na África do Sul, a Terceira Conferência Mundial sobre Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. O seminário ‘Discriminação e Sistema Legal Brasileiro’ foi uma afirmação de crença nos valores humanos reconhecidos universalmente na Conferência de Durban, e um momento de reflexão. A discriminação é o desprezo pelas diferenças, que são indispensáveis para que se crie o grande mosaico social, político, econômico e cultural do nosso mundo. As diferenças têm de ser meio de enriquecimento, em uma visão de totalidade, e não de separação, alimentada pelo preconceito e desamor. *O Seminário é a abertura de portas e janelas da Justiça brasileira a um dos problemas que afligem, normalmente de forma velada, a nossa sociedade. Negros, mulheres, portadores de deficiência física, tantos e tantos sofrem o flagelo da discriminação.* O palco adequado só pode ser a nossa Justiça, a do Trabalho. Pelo Direito do Trabalho o Estado interfere em um campo que parece ser o da absoluta liberdade individual, o das obrigações, para que a igualdade ideal se transforme em igualdade real. Objetiva corrigir desigualdades criando outras desigualdades, como ensina Couture. As palestras são um eloquente testemunho da envergadura e variedade das abordagens em torno do candente tema da discriminação. Além de os profissionais o terem examinado, com rara percuciência, pelo ângulo da história, da sociologia e do direito, o enriqueceram com testemunhos pungentes, por vezes dolorosos e sempre redentores da discriminação que alguns deles sofreram. Esse aspecto infundiu ao conteúdo técnico do Seminário uma dimensão humana que o credencia como marco decisivo na luta pela abolição definitiva de toda discriminação, sobretudo da insidiosa, pudorosa e hipócrita discriminação que ainda permeia a sociedade brasileira.” (Paula e Levenhagen *apud* TST, 2001: 09-10; grifo nosso).

Ao que tudo indica, esse seminário abriu um canal de conversação entre o TST e ativistas dos movimentos sociais negros. Por exemplo, em agosto de 2006, o então ministro-presidente desse tribunal, Ministro Ronaldo Lopes Leal, recebeu lideranças negras para discutir a discriminação racial contra os negros no mercado de trabalho, bem como para discutir a implementação de políticas públicas de ações afirmativas para a população negra brasileira nessa área. Segundo informações obtidas por meio do *site* <http://www.observatoriosocial.org.br/conex2/?q=node/1501>:

DOCTRINA

“O Ministro Ronaldo Lopes Leal recebeu hoje, em audiência, o presidente do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (Iara), Humberto Adami Santos Junior, o reitor da Universidade da Cidadania Zumbi dos Palmares, José Vicente, e o advogado Cezar Degraf Matheus. O Ministro Carlos Alberto Reis de Paula também participou da audiência, na qual foram discutidas a discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro, a política de cotas e as chamadas ‘ações afirmativas’. Para o presidente do TST, a polêmica nacional criada a partir da reserva de cotas raciais demonstra que o assunto merece a atenção de todos os setores da sociedade, para que seja conduzido de forma equilibrada e sensata. Segundo o Ministro Ronaldo Leal, é necessária uma mudança de cultura, e isso só se dará com muito diálogo. Para isso, o TST poderá sediar, em novembro próximo, um seminário sobre a questão, em comemoração à Semana da Consciência Negra. A ideia surgiu no encontro de hoje e ganhou o aval do presidente do TST.

O advogado Humberto Adami antecipou ao Ministro Ronaldo Leal os principais pontos do pedido de inquérito a ser apresentado ao Ministério Público a respeito da discriminação racial nas Forças Armadas, no Itamarati e na Igreja Católica. ‘Dos 300 bispos brasileiros, os negros não passam de meia dúzia. O mesmo ocorre entre os generais do Exército e os diplomatas. O lado mais cruel da discriminação não é chamar um negro de ‘preto safado’. O pior são os filtros que barram o seu acesso e o seu desenvolvimento’, afirmou Adami.” (Disponível em: <<http://www.observatoriosocial.org.br/conex2/?q=node/1501>>. Acesso em: 22 abr. 2008; grifo nosso).

A audiência supracitada, ao que parece, resultou de outra audiência ocorrida na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, entre representantes do Ministério Público do Trabalho (MPT), da Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) e TST, entre outras instituições, para discutir ações concretas contra a discriminação racial que os negros sofrem no mercado de trabalho, conforme se pode ver na matéria abaixo:

“Um mapa sobre a diversidade racial e social no setor bancário será elaborado com o objetivo de verificar o racismo no ambiente de trabalho, especialmente nas agências bancárias. A decisão sobre o levantamento foi tomada nesta terça-feira, durante reunião de integrantes da Comissão de Direitos Humanos e Minorias com representantes da Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), do Ministério Público do Trabalho (MPT) e do *Tribunal Superior do Trabalho (TST)*. O mapa, que registrará gêneros e deficiências, será feito em cada banco e levará em conta o ponto de vista dos usuários e dos funcionários, desde o alto

DOCTRINA

escalão até os estagiários. No levantamento, serão analisadas a admissão, a ascensão, a remuneração e a idade dos funcionários. A elaboração do mapa terá o apoio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).” (Disponível em: <<http://www.observatoriosocial.org.br/conex2/?q=node/1473>>. Acesso em: 22 abr. 2008; grifo nosso).

Ao que tudo indica, o representante do TST nessa audiência foi o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. O ministro propôs a implementação de *políticas de ação afirmativa* no mercado de trabalho para se combater a discriminação racial contra os negros, conforme foi publicado no *Jornal da Câmara*, de 07 de julho de 2006:

“Ministro do TST defende ações afirmativas de qualificação

Na audiência pública da Comissão de Direitos Humanos, *o ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Carlos Alberto Reis de Paula, defendeu a adoção de políticas de ação afirmativa* para aumentar a qualificação do trabalhador negro. Para o ministro, é necessário que as políticas para os mais pobres sejam feitas em conjunto com as voltadas à população negra. ‘O negro só vai conseguir a cidadania plena por meio do trabalho digno’. Já a diretora-executiva da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf), Neide Aparecida Fonseca, disse ser comum entre os bancos a prática da discriminação racial. A diretora relatou ter sofrido discriminação por parte de seu gerente, apesar de ter passado em concurso interno para cargo superior na Nossa Caixa. ‘O negro é discriminado em todos os setores’, protestou. O professor da Faculdade Delta da Bahia, Luiz Chateaubriand Cavalcanti dos Santos, concordou que a discriminação racial é uma realidade no mercado de trabalho nacional. ‘A percentagem de negros entre os desempregados é maior que a dos brancos em todo o Brasil’.” (NAJr.) (*Jornal da Câmara*. Brasília, ano 8, n. 1689, jul. 2006; grifo nosso).

As informações acima citadas indicam que o TST começou a ser demandado pela sociedade brasileira para se pronunciar sobre a discriminação racial no mercado de trabalho, bem como para apresentar propostas (como políticas de ação afirmativa) concretas contra o racismo. Mais ainda, demonstram também que o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula tem sido um dos ministros pioneiros a trazer para o TST a discussão das relações raciais associada às relações de trabalho ou, se se quiser, ao mercado de trabalho. Além disso, indicam também que os ministros do TST estão se manifestando sobre o assunto, como na afirmação do ex-presidente Ronaldo Leal de que “é necessária uma mudança de cultura, e

isso só se dará com muito diálogo” para se combater o racismo no mercado de trabalho. Portanto, o que se percebe facilmente aqui é que o tema das relações raciais no mercado de trabalho, bem como as políticas públicas de ações afirmativas são áreas de interesse do TST, embora ainda não sejam temas com demanda e preocupação recorrentes nesse tribunal.

Voltando ao Poder Executivo, o governo do presidente Lula, apesar de ser mais sensível às pressões sociais, ao que parece, iria manter a mesma lógica que o governo FHC em termos de instituições para combater o racismo, não criando nada além do que já existia: o GTI e o GTEDEO²⁸. Sustentamos essa hipótese por intermédio de um fato, qual seja: o presidente Lula foi eleito em novembro de 2002 e tomou posse e investiu-se no cargo de Presidente da República brasileira em janeiro de 2003, nomeando todo o seu ministério nesta data; no entanto, o presidente somente criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) em 21 de março de 2003, *Dia Internacional de Combate à Discriminação Racial*. Portanto, a Seppir foi criada três meses depois da posse do presidente eleito, bem como da criação e instituição de todos os ministérios e órgãos da administração Lula. Ou seja, tudo indica que essa Secretaria Especial foi criada sob intensa pressão dos movimentos sociais negros, visto que a sua existência não estava prevista nos planos iniciais do governo Lula. O que pode estar indicando que, de fato, a questão racial brasileira também não é prioridade em tal governo. Sendo assim, sem intensa pressão dos interessados, não se pode esperar muito em termos de ações concretas em prol de políticas de promoção da igualdade racial no governo Lula.

Por outro lado, como se sabe, a Seppir não é uma instituição executiva, mas sim uma Secretaria Especial, com *status* de ministério, que assessora a

28 Não se deve esquecer de que, nas décadas de 1980 e 1990, foram criadas algumas instituições públicas municipais, estaduais e uma federal para tratar de assuntos relacionados ao racismo contra os negros e às desigualdades raciais. Por exemplo, na década de oitenta do século XX, houve a criação do *Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra do Estado de São Paulo*, por meio de um decreto de 11 de maio de 1984, do então governador Franco Montoro; do *Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra do Estado do Rio Grande do Sul* (Codene), também mediante decreto, em 1988, do então governador Pedro Simon. Houve também nomeações de alguns secretários de Estado negros no Rio de Janeiro e no Espírito Santo. Em nível federal, foi criada em agosto de 1988 a *Fundação Cultural Palmares* (FCP). Na década de 1990, houve a criação da *Secretaria Extraordinária de Defesa e Promoção das Populações Negras* (Sedepron), no estado do Rio de Janeiro, criada em 1991, mas extinta em 1994; da *Coordenadoria Especial do Negro* (CEN) do Município de São Paulo, criada pela Lei Municipal nº 11.321, de 22 de dezembro de 1992, que por meio do Decreto nº 45.712, de 10 de fevereiro de 2005, passou a se chamar Coordenadoria dos Assuntos da População Negra (CONE) (Disponível em: <http://portal.prefeitura.sp.gov.br/secretarias/participacao_parceria/coordenadorias/diversidade_sexual/legislacao/0001/0004>); da *Secretaria Municipal para Assuntos da Comunidade Negra* do Município de Belo Horizonte, criada em maio de 1998, mas extinta em dezembro de 2000 (cf. Santos, 2007).

DOUTRINA

Presidência da República, visando a fazer uma articulação intragovernamental. A Secretaria, como o GTI no governo FHC, tem como meta fazer articulações com os demais ministérios e seus entes vinculados para construir políticas de promoção da igualdade racial no Estado brasileiro, com ênfase para a população negra. Como consta em seu *site*, a sua missão “é estabelecer iniciativas contra as desigualdades raciais no País” e seus principais objetivos são:

“1) Promover a igualdade e a proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos afetados pela discriminação e demais formas de intolerância, com ênfase na população negra;

2) Acompanhar e coordenar políticas de diferentes ministérios e outros órgãos do Governo Brasileiro para a promoção da igualdade racial;

3) Articular, promover e acompanhar a execução de diversos programas de cooperação com organismos públicos e privados, nacionais e internacionais;

4) Promover e acompanhar o cumprimento de acordos e convenções internacionais assinados pelo Brasil, que digam respeito à promoção da igualdade e combate à discriminação racial ou étnica; e

5) Auxiliar o Ministério das Relações Exteriores nas políticas internacionais, no que se refere à aproximação de nações do Continente Africano.” (Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/sobre/>)

Ao que tudo indica, na área que nos interessa para este artigo, o mundo do trabalho, a Seppir tem se preocupado mais com a qualificação profissional do que com o combate às desigualdades raciais. Em suas “ações, programas e projetos”, há dois planos previstos que se relacionam diretamente com a área do mundo do trabalho: a) o Plano Setorial de Qualificação (Planseq) Trabalho Doméstico Cidadão; e b) o Planseq Afro-descendente. Nas informações sobre este último plano, embora se comece afirmando que “a desigualdade baseada na cor dos indivíduos gera indicadores sistematicamente desfavoráveis aos trabalhadores negros, seja qual for o aspecto considerado. Os rendimentos dos trabalhadores e trabalhadoras negros são inferiores aos rendimentos dos não negros, quaisquer que sejam as situações ou os atributos considerados” (cf. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/acoes/planseq_afro_descendente/principalfolder_view/>), não se apresenta nenhuma proposta, ação ou meta de combate à desigualdade citada. Propõem-se apenas cursos de qualificação que, ao que parece, têm o objetivo de minimizar a desigualdade relatada. Algo, segundo o nosso entendimento, sem sentido,

DOCTRINA

pois a discriminação racial no mercado de trabalho ocorre não exclusivamente por falta de qualificação dos trabalhadores negros. Estudos do Dieese (1998), publicados no livro *Mapa da População Negra no Mercado de Trabalho*, demonstram que, quanto mais qualificados os trabalhadores negros, maiores são as diferenças e/ou desigualdades de renda entre estes e seus pares brancos de mesma qualificação. Segundo o Dieese,

“Para os mesmos grupos de ocupação, as remunerações dos negros são sempre inferiores à dos não negros, em especial nos grupos com maior nível de qualificação. (...) Os dados evidenciam a existência de diferenciais de rendimentos entre os trabalhadores negros e não negros que possuem os mesmos níveis de escolaridade, confirmando também que estas são maiores com a maior qualificação do trabalhador.” (Dieese, 1998: 37-38).

Portanto, mantidas as atuais condições e ações (ou falta de ações) para o combate ao racismo no mercado de trabalho, a qualificação profissional dos trabalhadores negros não eliminará o racismo e as desigualdades raciais nessa área da sociedade brasileira. Talvez fosse mais eficaz a Seppir fazer valer o seu quarto objetivo acima citado. Por meio dele, poder-se-ia exigir o cumprimento da Convenção nº 111 da OIT, que, repetindo, tem o objetivo de evitar as discriminações raciais e promover a igualdade de oportunidade e de tratamento no trabalho. A convenção referida, que foi aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, no ano de 1958, em Genebra, e ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 (Süssekind, 1994: 243), ainda não é respeitada plenamente pelo Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Ante o que foi demonstrado anteriormente, percebe-se facilmente que propostas de promoção da igualdade racial no mercado de trabalho não são novas no Brasil. Mais do que isso: até mesmo no período de exceção no Brasil – ditadura civil-militar – existiram proposições nesse sentido.

Contudo, mesmo vivendo hoje em um Estado democrático de direito, em virtude das fortes resistências de poderosos grupos conservadores, que insistem em manter intactas as desigualdades raciais, implementar propostas ou políticas de promoção da igualdade racial no mercado de trabalho brasileiro – quer seja mediante incentivos fiscais, quer pelo estabelecimento de preferências para a contratação de trabalhadores(as) negros(as), ou mesmo por meio de um sistema de cotas – acarretará fortes e/ou poderosas oposições,

como as comprovadas pelo sociólogo Santiago Falluh Varella (2009). Esse pesquisador analisou e atestou a resistência de cinco grandes bancos brasileiros contra a implementação de um programa de ação afirmativa proposto pelo Ministério Público do Trabalho a essas instituições financeiras, para a contratação de mais trabalhadores(as) negros(as), em face da comprovada discriminação racial e ausência desses(as) trabalhadores(as) nos quadros funcionais de tais instituições financeiras (Varella, 2009).

Resistências como essa nos fazem lembrar da nossa epígrafe, qual seja: “Diz muito sobre o grau de desenvolvimento de um país a maneira como ele integra grupos sociais com longo histórico de exclusão”, bem como nos indica que políticas de promoção da igualdade racial no mercado de trabalho somente terão viabilidade e serão implementadas sob forte pressão social, especialmente de parte da população mais interessada, a negra. Mais ainda, é preciso que haja instituições públicas comprometidas e preparadas política e tecnicamente para apoiar, orientar, propor e articular a aprovação dessas propostas, assim como também sejam preparadas para fiscalizar a sua execução, denunciar o seu não cumprimento e, por outro lado, exigir dos órgãos competentes (Justiça Trabalhista, Ministério Público do Trabalho, entre outros) a sua execução adequadamente.

A Seppir ainda não está completamente preparada para exercer o papel acima citado, ante sua falta de força e de preparo e/ou capacidade política e técnica. Mas nem tudo está perdido, pois essa Secretaria Especial está, por outro lado, construindo a base para a formação de um sistema nacional de promoção da igualdade racial, por meio da constituição do Fórum Intergovernamental de Promoção da Igualdade Racial (FIPIR)²⁹, algo fundamental para a implementação, o desenvolvimento e a manutenção dessas políticas, assim como para a construção de um sistema nacional de promoção da igualdade racial.

Mas nem por isso se deve deixar de apontar equívocos por parte da Seppir. Por exemplo, a Seppir não deveria se preocupar em qualificar trabalhadores negros, por meio do Plano Setorial de Qualificação (Planseq) Afro-descendente³⁰. Essa ação, segundo pensamos, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE),

29 Segundo a própria Seppir, o Fipir “promove uma ação continuada entre as três esferas de governo (federal, estadual e municipal) com a finalidade de articular, capacitar, planejar, executar e monitorar ações de promoção da Igualdade Racial”. Vale ressaltar que todos os Estados brasileiros, o Distrito Federal e 533 municípios já aderiram a esse fórum.

30 “A partir dessa enorme demanda social, o Planseq Afro-descendente tem a meta inicial de atender 24.360 pessoas, em cinco eixos do setor de serviços: curso de operador de telemarketing, consultor de vendas, recepcionista, promotor de vendas e cuidador de pessoas com anemia falciforme, oportunidade

até porque este tem experiência nesse campo. A Seppir poderia assessorar esse ministério sobre a importância de qualificar trabalhadores(as) negros(as) numa sociedade racista. Porém, pensamos que a Seppir seria mais eficaz na promoção da igualdade racial no mercado de trabalho se se articulasse com o referido ministério com vistas a exigir de todas as empresas existentes no nosso país, inclusive do próprio serviço público, o cumprimento da “Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão, 1958)” – ou, se se quiser, Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

É evidente que isso implicaria a contratação de mais auditores fiscais do trabalho. Mas não basta só contratá-los. É preciso informá-los e/ou capacitá-los por meio de cursos de formação sobre a questão racial no Brasil, buscando sensibilizá-los sobre a discriminação racial que persiste enraizada na sociedade brasileira e, conseqüentemente, nas empresas existentes no solo nacional. Caso a Seppir focasse a sua ação no cumprimento da Convenção nº 111 da OIT, com a ajuda da fiscalização do trabalho, articulada com o Ministério Público do Trabalho e a Justiça trabalhista, haveria um grande avanço no cumprimento, por parte das empresas, da legislação de proteção ao trabalhador, especialmente aos(às) trabalhadores(as) negros(as).

Entretanto, não só os auditores fiscais do trabalho necessitam fazer os mencionados cursos, mas todos os gestores públicos, os operadores do Direito, como juízes, advogados, entre outros, inclusive os técnicos e/ou assessores da Justiça trabalhista e do Ministério Público do Trabalho, visto que já está havendo algumas demandas sobre esse tema nessa Justiça. Ou seja, é preciso que a discussão da questão racial seja feita por todos os membros e servidores do Estado brasileiro, para que haja a quebra do racismo institucional³¹ ainda reinante em nosso país. Isso, teoricamente, enfraqueceria as resistências contra

em que os alunos terão a oportunidade de se qualificarem para o exercício dessas profissões e aprender teoria e aplicação da CLT, teoria e aplicação dos princípios de segurança no trabalho e noções de cidadania” (cf. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/acoes/planseq_afro_descendente/principalfolder_view/>).

- 31 O racismo institucional se revela através de mecanismos de instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam o fim da desigualdade entre negros e brancos (Cf. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/raca/reportagens/index.php?id01=1627&lay=rac>>). Ou ainda, racismo institucional é uma forma de discriminação indireta. Esta é aquela que redunde em uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório (Jaccoud e Beghin, 2002: 39). Além disso, é considerada discriminação institucional toda prática institucional que distribui benefícios 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 (Jaccoud e Beghin, 2002: 40).

DOCTRINA

a promoção da igualdade racial dentro da própria máquina administrativa brasileira, algo fundamental para a implementação e execução das políticas afirmativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL/SEPM/PEA e UNIFEM. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Brasília, set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Construindo a democracia racial*. Brasília: Ministério da Justiça, 1998.

Correio Braziliense, 4 ago. 2009.

Correio Braziliense, 5 set. 2001.

DIEESE/AFL-CIO/INSPIR. *Mapa da população negra no mercado de trabalho*. São Paulo: DIEESE, 1999.

EXECUTIVA NACIONAL DA MARCHA ZUMBI (ENMZ). *Por uma política nacional de combate ao racismo e à desigualdade racial: Marcha Zumbi contra o racismo, pela cidadania e vida*. Brasília: Cultura, 1996.

FREITAS, José Itamar de (org.). *Brasil ano 2000: o futuro sem fantasia*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1969.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 32. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 1997 (1933).

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa: aspectos jurídicos. In: ABONG. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis/ABONG, 2002.

_____. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GTI. Ação Afirmativa. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Realizações e perspectivas. Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, Anexo IV, 1997. Mimeografado.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, Editora 34, 1999.

HASENBALG, Carlos A. Entre o mito e os fatos: racismo e relações raciais no Brasil. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/CCBB, 1996.

_____. Entre o mito e os fatos: racismo e relações raciais no Brasil. Dados. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 38, n. 2, 1995.

_____. O negro na indústria: proletarização tardia e desigual. *Ciências Sociais Hoje*, Brasília, ANPOCS, 1992.

_____. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HASENBALG, Carlos A.; SILVA, Nelson do V. *Estrutura social, mobilidade e raça*. São Paulo/Rio de Janeiro: VERTICE/IUPERJ, 1983.

DOUTRINA

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

LOWENTHAL, Abraham. Entrevista, *Veja*, edição 2139, ano 42, n. 46, nov., 2009.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). *Discriminação e sistema legal brasileiro*, Brasília, 2001a.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A Igualdade e as ações afirmativas, *Correio Braziliense*, Brasília, 20 dez. 2001.

MUNANGA, Kabengele. Identidade, cidadania e democracia: algumas reflexões sobre os discursos anti-racistas no Brasil. In: SPINK, Mary Jane Paris. *A Cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez, 1994.

NASCIMENTO, Abdias. *O quilombismo*. Petrópolis: Vozes, 1980.

_____. *Veja*, n. 2, set. 1968.

NASCIMENTO, Abdias do; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. *Tirando a máscara. Ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PEREIRA, João Baptista Borges. A questão racial brasileira na obra de Florestan Fernandes, *Revista USP*. São Paulo: USP, n. 29, mar.-maio 1996.

SANTOS, Jocélio Teles dos. Dilemas nada atuais das políticas para os afro-brasileiros. Ação afirmativa no Brasil dos anos 60. In: BARCELAR, Jeferson; CAROSO, Carlos (Orgs.). *Brasil: um país de negros?* Rio de Janeiro: Pallas; Salvador: CEAO, 1999.

SANTOS, Sales Augusto dos. *Movimentos negros, educação e ações afirmativas*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, jun. 2007.

_____. Who is black in Brazil?: a timely or a false question in brazilian race relations in era of affirmative action? *Latin American Perspectives*. California, issue 149, v. 33, n. 4, July, p. 30-48, 2006.

_____. *A Formação do mercado de trabalho livre em São Paulo: tensões raciais e marginalização social*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – UnB, Brasília, mar., 1997.

SEMOG, Éle e NASCIMENTO, Abdias. *Abdias Nascimento: o griot e as muralhas*. Rio de Janeiro: Pallas, 2006.

SILVA, Jorge da Silva. Política de ação afirmativa para a população negra: educação, trabalho e participação no poder. In: VOGEL, Arno (Org.). *Trabalhando com a diversidade no Planfor: raça/cor, gênero e pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo: UNESP, Brasília: FLACSO do Brasil, 2001.

SILVA, Luís Inácio Lula da. Pronunciamento do Presidente da República ao Criar a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPPIR). In: BRASIL/SEPPPIR. *Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial*. Brasília: SEPPPIR, 2003.

SILVA, Nelson do Valle; HASENBALG, Carlos A. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992.

DOCTRINA

SILVA, Nelson do V. Cor e processo de realização socioeconômica. In: SILVA, L. A. Machado da et alli. *Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos*. Brasília: ANPOCS, (Ciências Sociais Hoje, n. 2), 1983.

SOUZA, Ruth. *Veja*, n. 2, set. 1968.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). *Discriminação e sistema legal brasileiro*. Brasília: TST, 2001

VARELLA, Santiago Falluh. *Discriminação racial indireta e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos direitos coletivos*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2009.

Veja, n. 2, set. 1968.

Veja, n. 37, maio 1969.

Veja n. 1.027, maio 1988.

Veja n. 1.132, maio 1990.

Veja n. 2.128, ano 42, set. 2009.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E SEUS MECANISMOS PARA A POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL: PERSPECTIVAS ATUAIS

Luiz Fernando Martins da Silva*

*Luta negra demais
(Luta negra demais!)
É lutar pela paz
(É Lutar pela paz!)
Luta negra demais
Para sermos iguais
Lá Lá Lá Lá Lá Lá Lá!
Para sermos iguais
Lá Lá Lá Lá Lá Lá Lá!*

(Trecho da letra da música: “Tributo a Martin Luther King”,
de Wilson Simonal e Nonato Buzar)

INTRODUÇÃO

A questão racial no Brasil tornou-se foco das atenções da sociedade e do Estado notadamente após o presidente Fernando Henrique Cardoso reconhecer, em 1995, que havia racismo e desigualdades raciais no país “ declaração que se fez acompanhar das primeiras políticas públicas específicas para a população negra, cujo objetivo era a modificação deste quadro. Apesar de essas medidas terem sido produto das denúncias e das reivindicações históricas e atuais do movimento negro e de setores progressistas da sociedade civil, a implantação de políticas, programas, projetos e ações governamentais de caráter afirmativo para negros resultaram em uma polêmica há muito não vista. Pode-se dizer que um dos principais momentos dessas discussões ocorreu quando da implantação, no ensino público superior, de reserva de vagas para negros na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), na Universidade Estadual do Norte Fluminense (Uenf) e na Universidade do Estado da Bahia (Uneb), em 2003¹. Naquele ano, o

* *Professor de Direito; membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); ex-ouvidor da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República.*

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no momento da efetivação das matrículas dos alunos aprovados no primeiro exame vestibular na Uerj e na Uenf com cotas raciais, recebeu de candidatos brancos preteridos por alunos pretos e pardos beneficiados por esse sistema mais de 200 mandados de segurança individual². O deputado estadual Flávio Bolsonaro, pelo Partido da Frente Liberal – PFL (atual Democráticos), propôs duas representações objetivando a declaração de inconstitucionalidade das referidas leis estaduais³. Alguns meses depois, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal – STF, financiada pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Privado no Estado do Rio de Janeiro⁴.

Há mais: a ampliação das iniciativas governamentais no campo das ações afirmativas para negros, como por exemplo, a concessão de benefícios fiscais para universidades privadas que adotem cotas raciais (Programa Universidade para Todos – ProUni)⁵, a regularização jurídica de terras ocupadas por comu-

-
- 1 Destaque-se a evidência do tema no ano de 2001, durante a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Xenofobia e Intolerâncias Conexas, na África do Sul. Naquela oportunidade, o governo brasileiro comprometeu-se a adotar, oficialmente, após assinar a Declaração e o Plano de Ação de Durban, medidas para combater o racismo, o preconceito, a discriminação e a ampliar o número de oportunidades para negros na sociedade.
 - 2 Vide a Representação por Inconstitucionalidade nº 200312500029 e os andamentos de ações individuais (p. ex.: Apelações Cíveis ns. 2003.001.27.194, 2003.001.32610, 2003.002.04409 e 2003.002.05602). Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>.
 - 3 Vide as Representações por Inconstitucionalidade ns. 2003.007.00020 e 2003.007.00021. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>.
 - 4 Vide ADI nº 2.858-8/03, Rel. Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Esse processo do STF merece destaque por diversos aspectos: (a) pela primeira vez uma política pública destinada à maior minoria racial (e socialmente) estigmatizada é alçada ao tribunal mais importante do país, mobilizando a comunidade jurídica para lidar com tema sobre o qual nunca havia se debruçado; (b) pela primeira vez o instrumento processual constitucional denominado *amicus curiae* (“amigo da corte”) é utilizado pelo movimento social no Brasil (no caso, entidades do movimento negro) no processo constitucional (na ADI) em defesa de seus interesses (vide mais no artigo de SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, direito e ação afirmativa*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/index.htm>; (c) pela primeira vez o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União emitiram parecer sobre política nacional de promoção da igualdade racial (esses órgãos divergiram entre si. O Procurador-Geral da República na época se manifestou contrariamente às cotas raciais e o Advogado da União se manifestou favoravelmente).
 - 5 O ProUni – Programa Universidade para Todos foi “criado pela MP nº 213/04 e institucionalizado pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Tem como finalidade a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais para estudantes de baixa renda, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior, oferecendo, em contrapartida, isenção de alguns tributos àquelas que aderirem ao Programa”. O ProUni reserva “bolsas aos cidadãos portadores de deficiência e aos autodeclarados negros, pardos ou índios. O percentual de bolsas destinadas aos cotistas é igual àquele de cidadãos negros, pardos e índios, por Unidade da Federação, segundo o último censo do IBGE”. Mais informações no site: <<http://ProUni-inscricao.mec.gov.br/ProUni>>.

nidades remanescentes de quilombos⁶ e a criação de cotas para negros no serviço público municipal⁷ estão gerando novas demandas judiciais no STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados⁸ que precisam ser acomodadas por uma decisão final do STF.

No campo jurídico, a questão está distante de pacificação e de consenso, haja vista, especialmente, a existência de ações judiciais que contestam a constitucionalidade dessas medidas afirmativas. Operadores do direito, professores e pesquisadores da área jurídica divergem sobre a pertinência e a constitucionalidade das políticas implantadas pelo Estado brasileiro por diversos motivos, dentre os quais se pode citar: a violação dos princípios da igualdade, do mérito, da proporcionalidade, da Federação, da autonomia universitária e até mesmo a inexistência de critérios seguros ou científicos (sic) para identificar os beneficiários dessas medidas. Outras críticas são dirigidas aos critérios adotados por algumas universidades para selecionar e identificar os beneficiários das políticas afirmativas, como ocorre no processo de seleção da Universidade de Brasília⁹.

6 Trata-se do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, regulamentado pela Instrução Normativa nº 16, de 24 de novembro de 2003, do Incri, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidades remanescentes dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mais informações no site <http://planalto.gov.br/seppir/quilombos/programas/brasilquilombos_2004.pdf>.

7 Por exemplo, o município de Montenegro, Rio Grande do Sul, instituiu sistema de cotas pelo qual 12% das vagas seriam destinadas a quem se declarasse afrodescendente através da Lei Municipal nº 4.016/04.

8 O ProUni foi contestado junto ao STF pelo PFL (ADI nº 3314/04, Rel. Min. Carlos Britto, no site: <<http://www.stf.gov.br>>); pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social – Fenafisp (ADI nº 3379/04, Rel. Min. Carlos Britto, no site <<http://www.stf.gov.br>>); e pela Confenen (ADI nº 3330/04, Rel. Min. Carlos Britto, no site <<http://www.stf.gov.br>>). Já o Decreto nº 4.887/04 foi contestado pelo PFL mediante ADI nº 3.329/04, Rel. Min. Cesar Peluso. Vide andamento dos processos no STF nos Anexos.

9 O debate sobre a constitucionalidade das políticas públicas de ação afirmativa (e de seus mecanismos e critérios – como, p. ex., as cotas e as comissões para ratificar a condição de negro do candidato à vaga) foi recentemente reacendido no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo partido Democratas (DEM), quando este ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>>>), na qual se contestam as “cotas raciais” de 20% para negros, instituídas pela Universidade de Brasília (UnB) em seus concursos vestibulares. Esse mais novo ataque às cotas para negros causou frisson na mídia nacional que divulgou amplamente o tema, tornando mais difícil a tarefa do Ministro Gilmar Mendes, notadamente pela posterior pressão exercida pelos estudantes cotistas, pelo movimento social negro, por setores da academia, do governo e do parlamento. Após dias de expectativa nacional, no dia 31 de julho de 2009, o presidente da Excelsa Corte, Ministro Gilmar Mendes, indeferiu pedido de medida liminar requerida pelo DEM. A sua tarefa foi facilitada por pareceres solicitados à Procuradoria Geral da República (PGR) e à Advocacia Geral da União (AGU), que se manifestaram contra a concessão da liminar e pela constitucionalidade dos atos

DOCTRINA

Além disso, não podemos olvidar o diálogo insuficiente entre juristas e cientistas sociais no Brasil, e que a carência de artigos, dissertações e teses que enfocam o assunto nas escolas de Direito tem colaborado para o parco desenvolvimento do tema direito/relações raciais. Nesse sentido, a jurista Dora de Lima Bertúlio, em uma reflexão sobre esse quadro, pontifica que,

“na medida em que o conhecimento e a reflexão, indutores que são de nossa identidade, são componentes privilegiados da mudança de comportamentos, intervenção e julgamentos das pessoas em suas relações interpessoais e com o Estado, a carência de estudos e trabalhos sobre racismo, discriminação racial e direitos raciais da população negra permite perpetuar: a) os estereótipos racistas de incompetência do povo negro para se autogerir e desenvolver adequadamente nas sociedades contemporâneas (socialistas ou capitalistas); e b) o descaso do setor jurídico, na sociedade brasileira, para implementar direitos específicos que diminuam o impacto do racismo na qualidade de vida de quase 50% da população nacional.” (BERTÚLIO, 2003: 5)

A tendência generalizada de os currículos das faculdades de Direito serem por demais influenciados pela dogmática, pelo formalismo e pelo positivismo jurídicos consiste em outro fator que ratifica considerações dessa natureza. Além do mais, não é comum que os operadores do direito superem sua formação tradicional e dediquem-se a estudos que tratem das novidades doutrinárias introduzidas no próprio campo jurídico e, especialmente, a leituras de obras da sociologia, da antropologia, da filosofia e da ciência política.

Por outro lado, a questão sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa depende especialmente do paradigma jurídico com o qual o intérprete opera. Do ponto de vista do positivismo jurídico, por exemplo, a ausência do termo “ação afirmativa” no texto Constitucional impediria a criação e a implantação dessa política pelo Estado. Isso porque o positivismo jurídico opera exclusivamente com o método lógico-dedutivo, que, ao assumir os princípios da coerência e da completude do ordenamento jurídico, “procura a melhor norma jurídica dentre as normas positivas válidas, descartando, assim,

administrativos praticados pela UnB. O julgamento do mérito desse processo promete gerar polêmicas, haja vista o teor da decisão proferida que, dentre outros pontos, sugere que o problema é social e não étnico-racial. Leia a petição inicial da ADPF nº 186, os pareceres elaborados pela PGR e pela AGU, bem como a decisão que indeferiu a medida liminar requerida pelo DEM pelo Ministro Gilmar Mendes, no endereço eletrônico: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=186&siglaClasse=ADPF>>.

considerações interpretativas sobre as demandas e necessidades humanas em uma sociedade” (FERES JÚNIOR & SILVA, 2006: 24). Ademais, e esse ponto é fundamental, como a maior parte das Constituições em vigor é de matriz liberal e, portanto, baseada na proteção de direitos civis e políticos contra qualquer tipo de discriminação, justificar a discriminação positiva pela ótica positivista é virtualmente impossível.

O mesmo não pode ser dito a respeito do pragmatismo jurídico, paradigma que é essencial para a justificação legal da discriminação positiva. Não é simples coincidência histórica o fato de tais políticas terem sido instituídas pela primeira vez, no Ocidente, nos Estados Unidos, país berço da tradição pragmatista. “O método de operação do pragmatismo jurídico é consequencialista, isto é, o que importa no julgamento da legalidade de uma norma são os resultados de sua aplicação, seu caráter benéfico para a sociedade em que se aplica, e não a prova de sua dedução de uma norma positiva mais geral” (FERES JÚNIOR & SILVA, 2006: 25). A norma positiva importa, mas é apenas mais uma fonte entre os dados empíricos oferecidos pelas relações sociais.

Deve-se notar, entretanto, que o pragmatismo jurídico define um método, uma maneira de proceder, mas não o conteúdo do que é benéfico. “A adoção de políticas que operam com discriminação positiva só pode ser completamente justificada se, além do procedimento pragmatista, fizermos uma interpretação dos valores morais da sociedade em questão” (FERES JÚNIOR & SILVA, 2006: 25). Essa tarefa pode ser mais bem empreendida se sairmos do âmbito estrito da teoria do direito para o da teoria política normativa. Uma vez que essa transposição é feita, notamos que o paradigma positivista tem historicamente servido à posição liberal clássica, hoje também conhecida como conservadora, a qual alça a igualdade formal da lei acima da igualdade de fato no convívio social. Para autores dessa corrente, a igualdade formal funciona, de fato, como suporte para a expressão de capacidades e aptidões desiguais entre os homens.

Por fim, no contexto das divergências jurídicas, percebe-se entre alguns autores uma resistência incomum a essas políticas públicas quando direcionadas para a população negra, haja vista que eles não apresentam semelhante oposição às medidas afirmativas adotadas para pessoas com deficiência e para as mulheres, por exemplo. Algumas das opiniões emitidas por juristas conceituados podem facilmente ser consideradas discriminatórias e sugerem que ainda privilegiam uma visão freyreana da realidade das relações étnicas e raciais no Brasil.

2 – ANÁLISE DO SISTEMA LEGAL ENVOLVIDO NO DEBATE JURÍDICO SOBRE O TEMA AÇÃO AFIRMATIVA E SEUS MECANISMOS PARA NEGROS NO BRASIL

2.1 – O Direito Internacional e a Política de Ação Afirmativa

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos – segmento especializado do Direito Internacional Público – há diversos instrumentos de proteção de direitos fundamentais que, além de proibirem toda forma de discriminação, também preveem a adoção de políticas de promoção da igualdade racial. Tais instrumentos – como tratados, convenções, pactos etc. – assumem uma dupla importância: consolidam parâmetros internacionais mínimos concernentes à proteção da dignidade humana e asseguram uma instância internacional de proteção de direitos, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas.

Esses instrumentos, de observância obrigatória¹⁰, têm aplicação imperativa no território brasileiro, após serem devidamente ratificados pela autoridade constitucionalmente competente, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

“(…) os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação tem aplicação destacada¹¹ e baliza toda a temática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse princípio é caracterizado como uma garantia fundamental porque se salienta nele o caráter instrumental, garantidor do direito de igualdade.

10 Cançado Trindade leciona que os “direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno, no âmbito do qual passam a ter ‘aplicação imediata’ (art. 5 (1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60 (4) (IV))”. (TRINDADE, 1998: 134).

11 O jurista brasileiro Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que integra o sistema da Organização dos Estados Americanos – OEA enfatiza que o “princípio da não-discriminação ocupa uma posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Encontra-se consagrado em diversos tratados e declarações de direitos humanos, e mesmo como elemento integrante do direito internacional consuetudinário”. (TRINDADE, 2002: 55).

DOCTRINA

O referido princípio básico de não-discriminação se encontra presente em quase os todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais produzidos no século XX, dentre os quais destacamos: Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 2º); Pacto dos Direitos Civis e Políticos (arts. 2º, I, e 26); Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2º); Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 14); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 1º, I); Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 2º); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958; a Convenção da Unesco contra Discriminação na Educação, de 1960; e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Crença, de 1981.

Decorre ainda do referido princípio que se estabeleça um veto às discriminações, ou seja, que se tenha imposto o não diferenciar, que se imponha positivamente a obrigatoriedade de se dispensar tratamento igual a todos. Além disso, atualmente tem-se entendido que a articulação do princípio de não-discriminação com a ação afirmativa resulta em inclusão social. É com essa perspectiva, por exemplo, que a Carta dos Direitos Fundamentais, recentemente adotada pela União Europeia, admite que, para se conseguir a igualdade, o direito de não ser discriminado deve ser complementado pelo direito ao usufruto das medidas projetadas para garantir autonomia, inserção e participação na vida da comunidade.

Cançado Trindade assevera que o princípio de não-discriminação está vinculado às políticas de ação afirmativa para grupos ou populações vulneráveis:

“As políticas de ação afirmativa para grupos vulneráveis encontram-se diretamente vinculadas à luta pela prevalência do princípio da não discriminação.” (TRINDADE, 2002: 55)

Além disso, temos ainda o que Canotilho chama de “função de não-discriminação” – uma das principais funções dos direitos fundamentais. Segundo esse constitucionalista lusitano, a partir do princípio de igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados numa Constituição, se assegura que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais, e, por consequência, aplica-se a função de não-discriminação a todos os tipos de direitos: aos direitos, liberdades e garantias pessoais; de participação política; direitos sociais e aos direitos à prestação. O autor observa que tal função se coaduna inteiramente à instituição de cotas:

DOUTRINA

“É com base nesta função de não-discriminação que se discute o problema das quotas (ex. ‘parlamento paritário de homens e mulheres’) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex. ‘quotas de deficientes’). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (‘direitos dos homossexuais’, ‘direitos das mães solteiras’, ‘direitos das pessoas portadoras de HIV’).” (CANOTILHO, 2000: 386)

2.2 – Aspectos Normativos Internacionais e Nacionais

No campo estritamente normativo, há um verdadeiro arsenal de regras que exemplificam ou respaldam a adoção de ações afirmativas no Brasil. Na ordem jurídica internacional, as diversas convenções, tratados, pactos e programas, além de proibirem toda forma de discriminação, também preveem a adoção de políticas de promoção da igualdade, utilizando a expressão “medidas especiais” e “ação afirmativa”. Destacamos, dentre outras:

I. Convenção sobre a Discriminação em Emprego e Profissão nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹². O art. 5º, item 1, da referida Convenção, reza que

“as medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.”

II. A Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino¹³:

“Consciente de que incumbe conseqüentemente à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, dentro do respeito da diversidade dos sistemas nacionais de educação, não só proscrever qualquer discriminação em matéria de ensino, mas igualmente promover a igualdade de oportunidade e tratamento para todos neste campo.”

Com tal propósito estabelece no seu art. 1º:

12 A Convenção no 111 foi adotada pela OIT em 25 de junho de 1958 e entrou em vigência no dia 15 de junho de 1960. O ato de ratificação foi registrado pelo governo brasileiro, junto à OIT, em 26 de novembro de 1965; internamente foi ratificada em 1968 pelo Decreto no 62.150.

13 Conferência Geral da UNESCO, reunida em Paris, de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960, em sua 11ª Sessão. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 40, de 1967 (DO 17.11.67).

DOCTRINA

“Para os fins da presente convenção, o termo ‘discriminação’ abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino.”

No item 2, do mesmo artigo, diz: “Para os fins da presente Convenção, a palavra ‘ensino’ refere-se aos diversos tipos e graus de ensino e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado”.

III. A convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O art. 1º, item 4, da referida convenção alude que

“não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos e indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

IV. A convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW). Esta convenção no art. 4º, item 1, considera que

“a adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.”

V. O Plano de Ação de Durban (2003), nos arts. 99 e 100, reconhece que o combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata é responsabilidade primordial dos Estados, e incentiva aos mesmos a

“desenvolverem e elaborarem planos de ação nacionais para promoverem a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação para todos. Através, dentre outras coisas, de ações e de estratégias afirmativas ou positivas; estes planos devem visar à criação de condições necessárias para a participação efetiva de

todos nas tomadas de decisão e o exercício dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida com base na não-discriminação. A Conferência Mundial incentiva os Estados que desenvolverem e elaborarem os planos de ação, para que estabeleçam e reforcem o diálogo com organizações não-governamentais para que elas sejam intimamente envolvidas na formulação, implementação e avaliação de políticas e de programas.”

Insta os Estados a estabelecerem, com base em informações estatísticas, programas nacionais, inclusive programas de ações afirmativas ou medidas de ação positivas, para promoverem o acesso de grupos de indivíduos que são ou podem vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços sociais básicos, incluindo educação fundamental, atenção primária à saúde e moradia adequada.

Na ordem jurídica brasileira, o legislador já editou leis e outros tipos normativos que reconhecem o direito à diferença de tratamento legal para diversos grupos considerados vulneráveis. As diversas normas jurídicas editadas não se referem ao termo “ação afirmativa” ou “medidas especiais”, se bem que as leis editadas pelo Estado do Rio de Janeiro se referem ao termo “cotas”. Os termos empregados são: “reservar” (por exemplo, na Lei nº 9.504/97), “reservará” (por exemplo, na Carta Federal, o art. 37, inciso VIII) e “reservarão” (por exemplo, na Lei nº 5.465/68 – “Lei do Boi” – já revogada). Nesse particular, na Constituição Federal de 1988, destacamos:

- o art. 1º, inciso III (princípio que resguarda o valor da dignidade humana);
- o art. 3º, incisos I, III e IV (constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e erradicar a (...) marginalização e reduzir as desigualdades sociais...);
- o art. 4º, incisos II e VIII (a República Federativa do Brasil, no plano das relações internacionais, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo);
- o art. 5º, incisos XLI e XLII (consagra o princípio da igualdade; punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; e enuncia que racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei); e § 2º, consagrando a incorporação do direito advindo dos tratados internacionais;

DOCTRINA

- o art. 7º, inciso XXX (no campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil);
- o art. 23, inciso X (combater (...) os fatores de marginalização);
- o art. 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão);
- o art. 145, § 1º (sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...);
- o art. 170, incisos VII (redução das desigualdades (...) sociais) e IX (tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País);
- o art. 179 (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei);
- o art. 227, inciso II (criação de programas (...) de integração social dos adolescentes portadores de deficiência).

Das leis ordinárias, destacamos:

- o Decreto-Lei nº 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas;
- o Decreto-Lei nº 5.452/43 (CLT), que estabelece em seu art. 373-A, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres;
- a Lei nº 8.112/90, que determina, em seu art. 5º, § 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da união;
- a Lei nº 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado;
- a Lei nº 8.666/93, que preceitua, em seu art. 24, inciso XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência;

DOCTRINA

- a Lei nº 9.029, de 13.04.95, 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 Lei nº 9.504/97, que preconiza, em seu art. 10, § 3º, “reserva de vagas” para mulheres nas candidaturas partidárias.
- a Lei nº 10.639/93, que altera a Lei nº 9.394/96, a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afrobrasileira”.

Apesar de pouco comentado pela literatura especializada, o pioneirismo na criação de políticas de ação afirmativa no âmbito da educação pública superior, antes mesmo da edição das leis de cotas para negros do Estado do Rio de Janeiro, coube ao Governo Federal, em 1968, com a Lei nº 5.465/68. Essa lei que instituiu reserva de vagas diz no art. 1º:

“Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio.”

Essa lei, ironicamente apelidada de “Lei do Boi”, na prática, acabava favorecendo os membros da elite rural brasileira e foi revogada em 17 de dezembro de 1985 pela Lei nº 7.423, durante o mandato do presidente da República José Sarney.

Outra iniciativa pioneira, igualmente pouco comentada, decorreu de sentença proferida pelo Poder Judiciário. O Ministério Público Federal, no Estado do Ceará, ajuizou uma Ação Civil Pública (ACP nº 990017917-00) pleiteando cotas para alunos egressos da rede pública de ensino na Universidade Federal daquele Estado. O juiz federal que julgou a ação determinou, em setembro de 1999, que a referida Universidade, em nome do princípio da isonomia, reservasse cinquenta por cento (50%) das vagas de todos os seus cursos para estudantes egressos da rede pública de ensino¹⁴.

14 Vale consignar que, em fevereiro de 2005, o Ministro Nelson Jobim do STF deferiu pedido liminar (SL 60), formulado pelo governo do Estado de São Paulo, suspendendo os efeitos de uma decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos de uma Ação Civil Pública (nº 2.622/03). A ação foi

Neste ponto, é indispensável uma abordagem do tema em comento à luz do princípio da igualdade, a começar pela sua conformação no Direito Constitucional Comparado, que tem contribuído de forma substancial para o aprimoramento da implantação das políticas de ação afirmativa em diversos países.

2.3 – O Princípio da Igualdade no Direito Constitucional Comparado

Uma breve incursão no campo do Direito Constitucional Comparado nesse ponto do trabalho se faz necessária, porquanto as políticas de ação afirmativa que estão sendo implantadas no Brasil são originárias de outros países.

Cumprido destacar que a comparação de estruturas constitucionais não deve ser limitada a uma abordagem que privilegie a semântica das Constituições. Muitas vezes esse procedimento pode induzir o pesquisador ao erro, levando-o a concluir pela existência de um consenso em torno de princípios, regras, institutos, de sistemas jurídicos totalmente diferentes. Portanto, deve-se evitar o mimetismo jurídico ou a importação automática de experiências estrangeiras. Nesse sentido, há uma necessidade imperiosa de a comparação não se limitar à dimensão formal, teórica das estruturas constitucionais selecionadas. À ela deve estar automaticamente associada a dimensão prática, correspondente ao modo pelo qual são aplicados os dispositivos constitucionais confrontados.

O pressuposto de imperatividade da isonomia material em uma sociedade democrática inclusiva é o núcleo duro de toda a problemática da efetividade das políticas de ação afirmativa¹⁵. Por conseguinte, e ainda numa perspectiva global, a igualdade substancial representa em relação à igualdade formal uma clivagem essencial no entendimento do conceito de igualdade que, como é óbvio, está longe de ser indiferente para apreciação e interpretação do sistema jurídico no seu conjunto e das respectivas normas.

A insistência na questão da superação do paradoxo da igualdade formal *versus* igualdade substancial (ou material) no plano da igualdade de direitos e de oportunidades faz-se necessária, na medida em que o tema em discussão é

ajuizada pelo Ministério Público, na cidade de Marília, para determinar que a Faculdade de Medicina (FAMEMA), da referida cidade, reservasse cotas para alunos egressos do ensino público local. A decisão proferida pelo tribunal paulistano, aceitando o pedido formulado na ACP, determinou a fixação de cota de 30% das vagas dos cursos de medicina e enfermagem para candidatos do ensino público, nos vestibulares dos anos de 2004 a 2010. Nelson Jobim confirmou que a decisão questionada impôs à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei. O Ministro Jobim enfatizou que, conforme orientação do STF, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

15 Nesse sentido, Feres Júnior (2004: 303) aduz que “deve-se ter claro que a ação afirmativa visa atacar especificamente a reprodução da desigualdade que escapa o alcance das políticas universais”.

contemporâneo às questões legisladas nas diversas Constituições e submetidas a tantos outros Tribunais Constitucionais.

A remoção dos obstáculos de fato ao exercício dos direitos fundamentais é a afirmação do princípio de igualdade concretizado através de critérios legais de tratamento diferenciador dos indivíduos, em função de parâmetros definidores da sua situação concreta. Melhor explicando: podemos afirmar que “à intervenção estatal hão de presidir critérios de justiça distributiva, conformando-se aquela pela medida e natureza das reais desigualdades fácticas existentes” (PRATA, 1982: 93). O princípio da igualdade contém diretiva essencial dirigida ao próprio legislador: tratar por igual aquilo que é essencialmente igual, por desigual aquilo que é essencialmente desigual. A qualificação das várias situações como iguais ou desiguais depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais (GOMES & MOREIRA, 1978: 68).

À guisa de contribuição, a Constituição da República da África do Sul pós-apartheid adotou medidas positivas com base no princípio da igualdade para proteger ou promover direitos de pessoas ou de grupos em situação de desvantagem decorrentes de discriminação, conforme consta do seu *Bill of Rights*¹⁶:

16 O processo de transição do regime do *apartheid* para uma democracia multipartidária iniciou-se em 1990, com a legalização dos chamados *movimentos de liberação*, a revogação da maioria das leis do *apartheid* e, sobretudo, a liberação dos presos políticos. Em 1991, iniciou-se o processo de negociação multipartidária visando à formação de uma nova estrutura para o Estado e para a sociedade na forma da *Convenção para Democracia na África do Sul (Convention for Democracy in South Africa - CODESA)*. Após uma interrupção de dois anos, devido à violência étnica, as negociações recomeçaram no contexto do *Processo Multipartidário de Negociação (Multi Party Negotiation Process - MPNP)*, em 1993. No mesmo ano, foi elaborada, pelo MPNP, uma Constituição Interina (*Interim Constitution*), aprovada em novembro desse ano e em vigor desde 27 de abril 1994, o dia das primeiras eleições multirraciais da nova África do Sul. O objetivo da Constituição Interina, consignado em seu preâmbulo, era o estabelecimento de um arcabouço constitucional para a promoção da unidade nacional e a reestruturação e continuidade dos órgãos governamentais durante o processo constituinte. Ela criou um Estado federal, com um sistema de governo parlamentarista bicameral, consagrando extenso catálogo de direitos fundamentais (*Bill of Rights*), além dos chamados *Princípios Constitucionais (Constitutional Principles)*. Esses *Princípios*, em número de trinta e quatro, representaram o consenso, alcançado pelos partidos, nas negociações relativas à forma do Estado e aos direitos fundamentais da nova África do Sul. Tais *Princípios* constituíram a base para a elaboração da nova Constituição. O texto desta última foi submetido, pela Assembleia Constituinte, à Corte Constitucional, em maio de 1996, seguindo o procedimento estabelecido na Constituição Interina, visando, sobretudo, a que a Corte declarasse a conformidade do Texto Constitucional com os Princípios Constitucionais. A Corte não aprovou esse primeiro texto e a Assembleia submeteu-lhe, conforme a previsão constitucional, um texto revisto, em outubro do mesmo ano. Esta nova versão recebeu em dezembro a aprovação da Corte, que a declarou conforme os Princípios Constitucionais; a nova Constituição entrou em vigor no dia 7 de fevereiro de 1997. Cf. HOFFMAN, Florian. *Jurisdição, processo e argumentação na Corte Constitucional da África do Sul no caso-paradigma. (Leading Case) The State V. T. Makwanyane and M. Michunu (1995) (proibição da pena de morte)*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_florian.html>. Acesso em: 03 fev. 2005

DOCTRINA

“Equality includes the full and equal enjoyment of rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination may be taken.”

A Constituição Canadense, por seu turno, adotou, em 1982, as *Affirmative action programs*¹⁷, com objetivos similares àqueles estabelecidos na Constituição da África do Sul. A Parte I do *Constitution Act* de 1982 estabelece como regra geral a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação. O art. 15 do *Canadian Charter of Rights and Freedom*, também chamado de *affirmative action clause*, estipula as exceções admitidas nos seguintes termos:

“Art. 15, item 1: Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental.”

“Art. 15, item 2: A subseção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido à raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental.” (MENEZES, 2001: 128)

Encontramos ainda a proteção particularizada de populações vulneráveis, sob forma de ação afirmativa amparada no princípio da igualdade material, nos dispositivos constitucionais dos seguintes países europeus: Finlândia – art. 50, *in fine*; Suécia – capítulo 1, art. 2, *in fine*, e capítulo 2, arts. 14 e 15, *in fine*; Alemanha – arts. 6 (5); 20 (1); Bulgária – arts. 35 (4), 65; Polônia – arts. 67 (2), 81; Romênia – art. 17; Tchecoslováquia – art. 20 (2); Áustria – art. 8º, Lei Fundamental 21.12.1867, e art. 19; Tratado de Saint Germain – arts. 62 a 68; Tratado Internacional de 15.05.55 – arts. 7 e 26; Iugoslávia – Princípios Fundamentais, inciso VII, § 2º (4º item), arts. 170, 171, 245 a 248.

Conforme as circunstâncias nacionais o permitem, o debate e a criação de políticas públicas de ação afirmativa vem avançando nos Estados sulameri-

17 É importante ressaltar que no sistema legal canadense essa legislação não se aplica aos particulares, mas apenas às relações travadas com o setor público (*state action*). No ordenamento jurídico canadense as relações privadas são objeto de disciplina dos *Human Rights Codes*, que são textos legais (alguns possuem uma cláusula de primazia, para se sobreponem às leis ordinárias) aprovadas pelas províncias, como é o caso do *Ontario Human Rights Code*.

DOCTRINA

canos. O valor normativo dado aos conceitos de miscigenação e de democracia racial na região, que sustentam a tese da convivência harmônica entre afrodescendentes, indígenas e brancos, sugere ter motivado a demora de uma tomada de consciência para a questão, a fim de resolvê-la, mais ainda no âmbito estatal, influenciado que é pelo racismo estrutural. Nessa mesma linha de pensamento, Marta Rangel (RANGEL, 2005: 22), estudando os Censos nos Estados da América Latina e Caribe, enuncia que:

“En países como Venezuela, donde la presencia afrodescendiente es significativa, prevalece la idea de que la población es el resultado de la mezcla entre blancos, negros e indios, una población ‘café con leche’. Supuestamente, esto impediría la existencia de racismo en el país y contribuiría a que no se investigue la condición étnica de la población en los censos.”

Os esforços que vêm sendo envidados para modificar essa realidade resultaram no incremento da produção legislativa e administrativa em países (além do Brasil) como a Argentina, a Colômbia, o Chile, o Equador, o Peru, o Uruguai e a Bolívia, por exemplo.

Na última década, a entrada dos Estados sulamericanos (e daqueles membros do tratado do Mercosul) na temática étnico-racial tem se incrementado mediante vários instrumentos: acordos, pactos, tratados, conferências e encontros, muitos deles tendo como participantes ou observadores organizações de natureza civil, como as ONGs, a exemplo das Pré-Conferências Regionais preparatórias para a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo – ocorrida em Durban, 2001 – as Conferências Regionais das Américas, as Reuniões de Altas Autoridades em Direitos Humanos do Mercosul etc. Além disso, nesse mesmo período, os Estados sulamericanos, notadamente o Brasil e o Chile, vêm se esforçando para participar e influenciar na elaboração ou aperfeiçoamento dos instrumentos internacionais e regionais de combate ao racismo e à discriminação racial, a exemplo das tratativas para a elaboração do projeto da Convenção Interamericana contra o Racismo e toda Forma de Discriminação e Intolerância, determinada pela Resolução AG/RES. 2126 (XXXV-O/05) da Assembleia Geral da OEA – cujo Grupo de Trabalho foi encabeçado por um representante do Estado brasileiro, em Washington, 2006 – e a realização do Seminário de Alto Nível sobre Racismo na Internet, durante a 4ª Sessão do Grupo de Trabalho Intergovernamental na Implantação da Declaração e do Programa de Ação de Durban, realizado na ONU, em Genebra, em 2006, cuja presidência coube ao representante do Estado chileno.

DOCTRINA

Esses Estados, principalmente após as diversas eleições presidenciais que colocaram em declínio os últimos resquícios de governos autoritários e neoliberais, em geral pouco simpáticos a essas políticas sociais – exemplificado pela eleição e reeleição de Hugo Chávez na Venezuela, de Néstor Kirchner e de Cristina de Kirchner na Argentina, de Evo Morales na Bolívia, de Michelle Bachelet no Chile, de Tabaré Vázquez no Uruguai, a partir da passagem da década de 1990, a exemplo do Estado brasileiro – começaram a incorporar políticas de reconhecimento e de ação afirmativa em suas Constituições, Leis e Atos Administrativos Normativos, bem como a criar órgãos governamentais assemelhados à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPIR brasileira.

Nesse sentido, Illia Garcia (GARCIA, 2002:140) aponta que:

“En Colombia, en el marco del proceso constituyente en el año 1992, se reconoce la propiedad colectiva de las tierras que ha ocupado la población negra en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y establece mecanismos de protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras como grupo étnico. En Ecuador, el Movimiento Afroecuatoriano elaboró un Anteproyecto de Ley de Defensa de los afroecuatorianos. En Perú, el gobierno aprobó la Ley Antidiscriminatoria y en Nicaragua fue aprobada la Ley de la Costa Atlántica, donde está asentada la mayoría de la población negra afrocaraguense, reconociendo su territorialidad. En Bolivia y Venezuela, los afrodescendientes impulsan reformas para incorporar el reconocimiento expreso de los derechos de las comunidades afrodescendientes, con sus características y necesidades.”

Esses esforços estão sendo materializados nos Textos constitucionais dos países sulamericanos, conforme pode ser conferido nos excertos das Constituições reproduzidos ao final do texto. Lá estão trechos dos seguintes documentos: Colômbia – Constituição de 1991, com a Reforma de 1997; Argentina – Constituição de 22 de agosto de 1994; Paraguai – Constituição da República de 1992; Venezuela – Constituição de 1999; Bolívia – Constituição da República de 2007; Chile – Constituição atualizada até a Lei nº 20.050 de 2005; Peru – Constituição Política de 1993; Uruguai – Constituição atualizada até a reforma de 31 de outubro de 2004; Equador – Constituição de 1998. (DF, anexo I). Vale observar que os dispositivos constitucionais citados, sejam de países europeus ou sulamericanos, encontram similaridades nos princípios e regras de igualdade e não discriminação presentes na Constituição Brasileira em vigor.

3 – A DOCTRINA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

A maioria dos autores da doutrina brasileira de Direito Constitucional propõe tratamento favorável a quem está em situação de desvantagem em razão de pertencer a grupos débeis econômica e socialmente. Logo, a ação afirmativa não constitui violação do princípio da igualdade, pois, ao contrário, pretende viabilizar a isonomia material.

“(…) Tal contexto de estatísticas sociais desfavoráveis para aqueles contingentes humanos inferiorizados da sociedade, a persistência nas generalizações legislativas, com adoção de normas simplistas, genéricas e iguais para todos, independentemente das notórias diferenças sociais e econômicas que são fruto, por exemplo, do escravismo e da cultura machista, não propicia a mobilidade e a emancipação social desses grupos discriminados e, até mesmo, aprofunda e reproduz os condenáveis preconceitos histórica e culturalmente enquistados no organismo social. Nesse campo de questões, que bem exprime as relações sempre tensas entre o Direito e a sociedade, a caracterizar o fenômeno a que designamos de constitucionalismo de resultado, percebe-se nitidamente o abandono do classicismo isonômico e a busca de instrumentos de aplicação e interpretação da Constituição capazes de enfrentar o imobilismo conservador e de prestigiar as políticas públicas mudancistas e de transformação social. Em tal ordem de convicções, as ações positivas despontam como um mecanismo da justiça distributiva, destinado a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais associadas a dados da natureza e ao nascimento dos indivíduos, como raça e sexo. (...) A adoção de cotas para ingresso de estudantes negros em universidades brasileiras afigura-nos como uma necessária medida para solucionar o desproporcional quadro do ensino superior em nosso País.” (CASTRO, 2003: 444-446; 451).

Nesse mesmo sentido, comentando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Marcelo Neves aduz que:

“Numa perspectiva rigorosamente positivista, Bandeira de Mello enfatiza que o princípio constitucional da isonomia envolve discriminações legais de pessoas, coisas, fatos e situações. Discute, então, quando discrimenes se justificam sem que o princípio vetor seja deturpado. E aponta três exigências: a presença de traços diferenciais nas pessoas, coisas, situações ou fatos; correlação lógica entre fator discrimen e de-

DOCTRINA

sequiparação procedida; consonância da discriminação com os interesses e valores protegidos na Constituição.” (NEVES, 1996: 262).

Em decorrência:

“Quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra grupos étnico-raciais específicos, principalmente quando elas impliquem obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos no Estado e na sociedade.” (NEVES, 1996: 262).

Conclui que “as discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu art. 3º” (NEVES, 1996: 263).

Joaquim B. Barbosa Gomes, ministro do Supremo Tribunal Federal, nesse mesmo sentido e posicionando-se a favor da constitucionalidade das ações afirmativas em nosso país, afirma que

“no plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.” (GOMES, 2000: 20).

E conclui que:

“Assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país.” (GOMES, 2000: 21).

Nesse mesmo passo, segue Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, aludindo que:

“(…) E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do art. 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação

afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.”¹⁸

O jurista Nelson Jobim, no seu discurso de posse como ministro do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2004, chamou a atenção dos presentes ao evento para

“(…) a regra do convívio democrático. São estes os pressupostos da ação. São essas as exigências do futuro. Façamos um acordo a bem do Brasil e do seu futuro. De um Brasil que reclama a inclusão social e o bem estar de todos. Que exige o desenvolvimento social e econômico. Que passa a enfrentar os seus obstáculos culturais, sociais e econômicos. Que discute e quer dar solução à exclusão dos negros.”¹⁹

E, em agosto de 2004, o mesmo Nelson Jobim, retomando a temática em uma palestra proferida na Câmara Municipal de São Paulo, no seminário “A inserção do Afrodescendente na sociedade brasileira”, pronunciou-se nos seguintes termos:

“O que está por trás das chamadas ações afirmativas? Está exatamente atrás a evolução do tratamento do tema. Não mais ter só exclusivamente a forma reativa, da apenação penal, com todas as suas deficiências, não importa, mas ter também ações que sejam legitimadoras de políticas públicas que possam reduzir o âmbito da desigualdade. E não fazer com que a desigualdade se reproduza. É isto que está atrás dessa discussão das chamadas ações afirmativas e das chamadas quotas de negros ou negras nas universidades etc.”²⁰

Por seu turno, a jurista Dora Lúcia de Lima Bertúlio enuncia que:

“Não só não há inconstitucionalidade na proposição de medidas semelhantes aos programas de ação afirmativa em vigor nos Estados

18 Proferido no conhecido discurso “Ótica Constitucional: a Igualdade e as Ações Afirmativas”, durante o *Seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2001. Vide inteiro teor no endereço: <<http://www.mpt.gov.br/noticias2/novembro2001/209-1anexo4.doc>>.

19 Vide inteiro teor do discurso de posse como Presidente do STF no endereço: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/ler.asp?CODIGO=94580&tip=DP>.

20 Vide o inteiro teor da palestra proferida pelo Ministro Nelson Jobim nas notas taquigráficas, sem revisão, produzidas pelo Núcleo Técnico de Registro da Câmara Municipal de São Paulo, do dia 20 de agosto de 2004, solicitado pela vereadora Claudete Alves.

Unidos, como há o estímulo de que o Estado, por intermédio de seus poderes, incentive e crie mecanismos para minimizar e até eliminar quaisquer resquícios de discriminação racial no interior da sociedade.” (BERTÚLIO, 2003:15)

A respeito do tema, outro ponto de vista importante é aduzido pelo jurista Hédio Silva Jr.:

“Salvo engano, é certo que a Constituição de 1988, implícita e explicitamente, não apenas admitiu como prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX) e da previsão de cotas para portadores de deficiência (art. 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado estrito de não-discriminação foi contrapesada com uma nova modalidade de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o *discrīmen* seja empregado com a finalidade de promover a igualização.” (SILVA Jr., 2002: 112)

4 – AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, AS COTAS E O ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL

O Poder Judiciário brasileiro ainda não se manifestou definitivamente sobre a constitucionalidade ou não das políticas de ação afirmativa e de seus mecanismos (como as cotas) instituídos até o momento. As diversas ações ajuizadas nos tribunais que têm competência para exercer o controle direto de inconstitucionalidade (o Supremo Tribunal Federal²¹ e os Tribunais de Justiça²²) não foram julgadas no mérito, apesar de a ADI relativa ao ProUni já ter recebido voto favorável (ratificando a constitucionalidade da lei que o criou) do Ministro-Relator do processo Carlos Ayres de Britto no STF²³. Acresça-se a tudo isso a

21 ADI ajuizada pela Confenem (nº 3.197/04). Essa ação em curso no STF estava em fase final de instrução. Como entraram em vigor leis posteriores à mesma forçosamente haverá a extinção do processo, aliás, já requerido ao STF. Essa ADI recebeu inúmeros pedidos de *amicus curiae* formulados por entidades estudantis, entidades carnavalescas, entidades de defesa de direitos humanos, entidades dedicadas ao ensino e à pesquisa, entidades representativas de religiões de matriz africana, Maçonaria, organizações do Movimento Social Negro e outras. Mais informações em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3197&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

22 Ver as Representações por Inconstitucionalidade ns. 2003.12500029, 2003.007.00020, 2003.007.00021 e 200300700117 no site: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. No momento, o andamento deste último processo está suspenso, em face do ajuizamento da ADI referida na nota acima (ADI nº 3.197/04).

23 Vide ADI 3379 no endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=3379&siglaClasse=ADI>.

recente decisão proferida em sede de medida liminar, pelo Ministro-Presidente do STF, Gilmar Mendes, na ADPF nº 186, ajuizada pelo DEM, mencionada no início deste texto, validando as “cotas raciais” do concurso vestibular realizado pela Universidade de Brasília – UnB em 2009²⁴.

Independentemente do acima assinalado, já foram proferidas sentenças e acórdãos por juízos de primeira e de segunda instância, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que julgando o mérito dos pedidos formulados nos processos, concluíram pela constitucionalidade das leis que instituíram cotas em favor dos negros em estabelecimentos públicos de educação superior e no serviço público.

Em ratificação ao alegado, transcrevemos um acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 10 dezembro de 2003, relatado pelo Desembargador Cláudio de Mello Tavares, da 11ª Câmara Cível, na Apelação nº 2003.001.27.194. O acórdão, julgado por unanimidade, manteve a decisão da primeira instância, ao denegar pedido incidental de inconstitucionalidade, formulado em mandado de segurança individual, impetrado por um candidato ao vestibular da Uerj preterido por outro candidato “cotista”, concluindo pela constitucionalidade das leis impugnadas.

Apesar de a ementa do acórdão ser extensa, a mesma merece ser reproduzida pelos fundamentos que justificaram a decisão:

24 A judicialização de alguns dos conflitos decorrentes da implantação de políticas públicas de ação afirmativa e de seus mecanismos no Brasil, questionando a constitucionalidade e a justiça das mesmas, preocupam os ministros do STF. Recentemente, o STF, entre os dias do dia 3 a 5 de março de 2010, realizou uma Audiência Pública sobre Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>, por indicação do Ministro Lewandowski, relator da ADPF 186 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>) e do RE 597285 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processoverProcessoAndamento.asp?incidente=2662983>>). ADPF 186 foi ajuizada pelo Partido Democratas contra o Cespe/UnB (Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília) e questiona atos administrativos utilizados como critérios raciais para a admissão de alunos pelo sistema de reserva de vagas na UnB. Já o RE 597285 foi interposto por um estudante que se sentiu prejudicado pelo sistema de cotas adotado pela UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). O estudante contesta a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas como meio de ingresso no ensino superior. Lewandowski afirmou que a Audiência adquiria grande importância sob o ponto de vista jurídico, “uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, o uso de critérios raciais nos programas de admissão das universidades brasileiras”. Para falar nessa Audiência Pública foram selecionados 38 especialistas de associações, fundações, movimentos sociais e entidades envolvidas públicas e privadas com o tema. Os textos apresentados pelos palestrantes estão disponibilizados em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>> e o inteiro teor dos depoimentos estão disponíveis em: <<http://www.youtube.com/watch?v=pb2gtfNGU>>.

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGACÃO DO *WRIT*. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS NS. 3524/00 E 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sociopolítico e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado em sua manifestação. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo,

podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país.

O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, essa parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas Leis ns. 3.524/00 e 3708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que, para o curso de Letras, a Apelada ofereceu 326 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos da rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolas particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas subopções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, na opção G2 a 57ª posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada.²²⁵

Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se pronunciou sobre casos envolvendo políticas públicas de ação afirmativa para afrobrasileiros, para pessoas com deficiência e para consumidores em geral. No julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 567873²⁶, em fevereiro de 2004, o STJ entendeu que uma lei federal (Lei nº 8.989/95, alterada pela Lei nº 10.754/03), de natureza tributária, que concedeu isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – na compra de automóveis por pessoa com deficiência, era constitucional. E, no julgamento do REsp nº 7593562/RJ²⁷, junho de 2006, julgando o caso referente à política tarifária no fornecimento de água para consumidor com menor gasto, o STJ entendeu que era válida essa política instituída pela Lei nº 8.987/95, visando o escalonamento na tarifação de água,

25 Exemplos de processos individuais movidos contra as cotas (e julgados improcedentes, em grau de recurso, pelo TJ-RJ) podem ser vistos no mesmo site do TJ-RJ: Apelações Cíveis ns. 2003.001.27.194, 2003.001.32610, 2003.002.04409 e 2003.002.05602.

26 Processo nº 200301510401/MG, relatado pelo Ministro Luiz Fux.

27 Processo nº 2005/0098737-9, relatado pelo Ministra Eliana Calmon.

DOCTRINA

de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política de “ações afirmativas”. Vale ressaltar que o STJ, em maio de 2008, julgou o primeiro caso de política de ação afirmativa para afrobrasileiros no ensino público superior, envolvendo a Universidade Federal do Paraná, cuja ementa do julgamento, em favor da medida implantada pela UFPR, tem o seguinte teor:²⁸

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL. RESERVA DE VAGAS PARA AFRODESCENDENTES. CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

2. A Lei Estadual que prevê a reserva de vagas para afrodescendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.

3. As Universidades Públicas possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as Leis.

4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, *in casu*, a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afrodescendentes sequer foram ocupadas.

Recurso desprovido.”

5 – CONCLUSÃO

A intenção do presente trabalho foi investigar a adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil, sob o prisma da sua constitucionalidade, com o

28 Vide maiores detalhes do processo RMS/26089/PR, relatado pelo Ministro Felix Fisher) em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?acao=imprimir&livre=RJP.font.+ou+RJP.suce.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>.

DOCTRINA

propósito de produzir um texto capaz de balizar novos estudos e servir de referência para operadores do Direito e acadêmicos voltados para os estudos em voga. Entre os principais pontos a que a presente investigação conduziu ou de que ela se valeu, destacam-se as seguintes:

1. Trazido do continente africano para o Brasil ao longo dos séculos XVI e XIX e reduzido à escravidão, o negro encontrou poucas possibilidades de ascensão social após a abolição, como indicam claramente os dados levantados por instituições de alta credibilidade como o Ipea e o IBGE. A atual disparidade das condições de vida existentes entre brancos e negros justifica e torna necessária a instituição de políticas sociais particularizadas para a população afrobrasileira;

2. A atual adoção de políticas de ação afirmativa por parte dos órgãos governamentais brasileiros é um duplo produto: de um lado, é resultado da pressão historicamente exercida pela comunidade negra e demais segmentos sociais excluídos e, de outro, configura um resultado de um contexto caracterizado por grandes mudanças externas e internas. Foi apenas nos dois governos presididos por Fernando Henrique Cardoso e por Luis Inácio Lula da Silva que se oportunizou a implantação de ação afirmativa e cotas;

3. Compete ao Estado o papel crucial de corretor das desigualdades historicamente urdidas e sedimentadas, uma vez que o Estado é o detentor da chamada violência legítima. No caso, as políticas de ação afirmativa têm uma função ético-pedagógica nas relações inter-raciais;

4. A reflexão sobre o tema deixa patente que as medidas já implantadas, no que diz respeito à ação afirmativa, ainda estão em número bastante reduzido para dar conta do gigantismo do problema acumulado ao longo de séculos e séculos de espoliação. Há também necessidade de, paralelamente à adoção e implantação de novas ações afirmativas, criarem-se leis constitucionais e ordinárias de natureza redistributiva e de desconstrução cultural;

5. Necessário faz-se também, ladeando a implantação de novas ações afirmativas, incentivarem-se maior investimento voltado para a pesquisa científica, no caso, mormente, na área jurídica;

6. Para finalizar, após a sistematização crítica da normatividade em vigor no Brasil, à luz do direito internacional dos direitos humanos e da doutrina nacional, conclui-se pela compatibilidade das referidas políticas públicas com as leis brasileiras, notadamente a Constituição Federal de 1988.

DOCTRINA

ANEXO

TEXTOS CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES SULAMERICANOS REFERENTES ÀS POLÍTICAS AFIRMATIVAS

Colômbia – Constituição de 1991, com a Reforma de 1997:

“Art. 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana;

(...)

Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”

Argentina – Constituição de 22 de agosto de 1994:

“Capítulo Quarto. Atribuições do Congresso

Art. 23. Legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a igualdade real de oportunidades e de trato e pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e por tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em particular das crianças, mulheres, anciãos e pessoas com incapacidade.”

Paraguai – Constituição da República de 1992:

“Art. 46: Todos os habitantes da República do Paraguai são iguais em dignidade e direitos. Não se admite discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que os mantêm ou propiciam.

ACHISTER Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.”

“Artículo 62 – DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS

DOCTRINA

Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 63 – DE LA IDENTIDAD ÉTNICA

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.”

Artículo 64 – DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Artículo 65 – DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales.

Artículo 66 – DE LA EDUCACIÓN Y LA ASISTENCIA

El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

Artículo 67 – DE LA EXONERACIÓN

Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley.”

“CAPÍTULO VII. DE LA EDUCACIÓN Y DE LA CULTURA

Artículo 77 – DE LA ENSEÑANZA EN LENGUA MATERNA

La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República

En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales.”

Venezuela – Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en Gaceta Oficial del Jueves 30 de Diciembre de 1999, n° 36.860:

“Preámbulo

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales, como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente CONSTITUCIÓN

Artículo 9°. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.”

DOCTRINA

Bolivia – Constituição da República de 2007:

“Art. 1º. A Bolívia se constitui em um Estado unitário, social, de direito, plurinacional, comunitário, livre, autonômico e descentralizado, independente, soberano, democrático e intercultural. Funda-se na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país.”

Chile – Constitución Política de la República de Chile de 1980, Incluye Reformas de 1989, 1991, 1997, 1999, 2000, 2003 y 2005. Actualizada hasta la Ley nº 20.050 de 2005

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo;

Nº 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

(Modificado por Ley nº 19.611 de 1999)

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

Nº 3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Nº 16. La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

Peru – Constitución Política del Perú 1993, Incluyendo las Reformas Introducidas por las Leyes ns. 26.470, del 12 de Junio de 1995, 26.472, del 13 de Junio de 1995, 27.365, del 5 de Noviembre de 2000, 27.680, del 7 de Marzo

DOCTRINA

de 2002, 28.389, del 17 de Noviembre de 2004, 28.480, del 30 de Marzo de 2005, 28.484, del 5 de Abril de 2005, y 28.607, del 4 de Octubre de 2005:

“TITULO I. DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD. CAPITULO I DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Artículo 1°. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Artículo 37°. La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad. No se concede extradición si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza.

Artículo 26°. En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

CAPITULO VI. DEL REGIMEN AGRARIO Y DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

Artículo 88°. El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

DOCTRINA

Artículo 89°. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el Artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”

Uruguay – Constitución Política de La República Oriental del Uruguay de 1967, Incluye Reformas Plebiscitadas el 26 de Noviembre de 1989; 26 de Noviembre de 1994; 8 de Diciembre de 1996; y 31 de Octubre de 2004. Actualizada Hasta la Reforma del 31 de Octubre de 2004:

“SECCION II. DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS. CAPITULO I

Artículo 8°. Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.”

Ecuador – Constitución Política de la República de Ecuador de 1998:

“LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. EXPIDE LA PRESENTE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. EL PUEBLO DEL ECUADOR

Inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social.

TÍTULO I. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Art. 1°. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

DOCTRINA

El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.

SECCIÓN VII. DE LA CULTURA

Art. 62. La cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad. El Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica. Establecerá políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural, tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, así como del conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica. El Estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas.

Art. 63. El Estado garantizará el ejercicio y participación de las personas, en igualdad de condiciones y oportunidades, en los bienes, servicios y manifestaciones de la cultura, y adoptará las medidas para que la sociedad, el sistema educativo, la empresa privada y los medios de comunicación contribuyan a incentivar la creatividad y las actividades culturales en sus diversas manifestaciones. Los intelectuales y artistas participarán, a través de sus organizaciones, en la elaboración de políticas culturales.

CAPÍTULO 5. DE LOS DERECHOS COLECTIVOS. SECCIÓN PRIMERA

De los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos

Art. 83. Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.

2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facul-

DOCTRINA

tad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.

3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.

4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.

11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.

15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Art. 85. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.

DOCTRINA

TÍTULO XI DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y DESCENTRALIZACIÓN. CAPÍTULO 1. DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO Y SECCIONAL

Art. 224. El territorio del Ecuador es indivisible. Para la administración del Estado y la representación política existirán provincias, cantones y parroquias. Habrá circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por la ley.

Art. 241. La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, serán reguladas por la ley.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Sergio. *Os descaminhos da tolerância: o afrobrasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do Direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*. Rio de Janeiro, ano 24, n. 2, 2002.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Enfrentamento do racismo em um projeto democrático. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Multiculturalismo e Racismo: uma comparação Brasil – Estados Unidos*. Brasília: Ministério da Justiça, 1996.

_____. Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *O “novo” direito velho: racismo & direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1997.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?*. Campinas: Autores Associados, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: RT, 1978.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASHMORE, Ellis et al. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. Tradução de Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000.

DOCTRINA

CLÈVE, Clémerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

_____. *Ação afirmativa e igualdade de oportunidades*. Rio de Janeiro, mimeo, 2003.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Airel, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERES Jr., João. *O combate à discriminação racial nos EUA: estudo histórico comparado da atuação dos três poderes*. Rio de Janeiro, mimeo, 2004a.

_____. *Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas*. *Revista Econômica*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, dez. 2004b.

_____. *Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa*. Rio de Janeiro, mimeo, 2004c.

FERES Jr., João; SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Ação Afirmativa*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006.

GAL, José Carlos. *Linhas mestras da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCÍA, Illia. Representaciones de identidad y organizaciones sociales afrovenezolanas. In: MATO, Daniel (Coord). *Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder*. Caracas: CLACSO – FaCES – UCV. Disponível em: <<http://www.globalcult.org.ve/pdf/Garcia.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional*. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: 04 dez. 2003.

_____. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *O debate constitucional das ações afirmativas*. In: SANTOS, Renato Emerson; LOBATO, Fátima (Orgs.). *Ações afirmativas: políticas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. 34. ed. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, 2002.

HENRIQUES, Ricardo. Silêncio – O canto da desigualdade racial. In: ORGANIZAÇÃO ASHOKA EMPREENDIMENTOS SOCIAIS E TAKANO CIDADANIA. *Racismos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

HERINGER, Rosana (Org.). *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: IERÊ, Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

DOCTRINA

MAIA, Luciano Mariz. *Seminários Regionais Preparatórios para a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Os direitos das Minorias Étnicas*. Brasília, Anais do Ministério da Justiça do Brasil, 2001.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELO, Mônica (1998). O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, n. 25, out./dez. 1998.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas*. Brasília. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2004.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no Direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, 1998.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Programa Nacional de Direitos Humanos II*. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV.

MUNANGA, Kabengele. *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: EDUSP, Estação Ciência, 1996.

NEVES, Marcelo. Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: MAIO, Marcos C; SANTOS, Ricardo V. (Orgs). *Democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Plano de Ação da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PETRUCCELLI, José Luis. Classificação étnico-racial brasileira: onde estamos e aonde vamos. *REEA – Textos para discussão nº 1*, 2006. Disponível em: <<http://aasn.iuperj.br/txt-discussao/1-2006-petruccelli.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2006.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

DOCTRINA

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2000*. Lisboa: Trinova, 2000.

RANGEL, Marta. *Propuestas para el análisis comparado de temas destacados de los derechos humanos de los afrodescendientes en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL-CELADE, 2005, Série Población e Desarrollo, n. 59. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/23787/lcl2408-p.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2009.

RIBEIRO, Renato Janine. *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996.

SANT'ANNA, Wânia; PAIXÃO, Marcelo (1997). Desenvolvimento humano e população afrodescendente no Brasil: uma questão de raça. *Revista Proposta*. Rio de Janeiro, FASE, n. 73, jun./ago. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel (2000). *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVA, Jorge da. *Direitos civis e relações raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

_____. Política de ação afirmativa para a população negra: educação, trabalho e participação no poder. In: VOGEL, Arno (Org.). *Trabalhando com a diversidade no Planfor: raça/cor, gênero e pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo: UNESP; Brasília: FLACSO do Brasil, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA Jr., Hédio. As políticas de promoção da igualdade no direito internacional e na legislação brasileira. In: HERINGER, Rosana (Org.). *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: IERÊ, Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999.

_____. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado* (2003). Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/univxxi/pdf/acao.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2006.

_____. Ação afirmativa e cotas para afrobrasileiros: algumas considerações sociojurídicas. In: SANTOS, Renato Emerson; LOBATO, Fátima (Orgs.). *Ações afirmativas: políticas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

_____. *Ação afirmativa e direitos*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-172.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2009.

DOCTRINA

SILVA, Luiz Fernando Martins d; ADAMI, Humberto; ABREU, Sérgio. *Petição de amicus curiae interposta pelas entidades do movimento negro brasileiro no STF*, ADI nº 2.558/03 (2003). Disponível em: <www.adami.adv.br>. Acesso em: 30 jan. 2004.

SISS, Ahyas. *Afrobrasileiros, cotas e ação afirmativa*. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003.

TELLES, Edward Eric. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Fundação Ford, 2003.

TRINDADE, Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

_____. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. v. II.

VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. *Educação e desigualdade racial: políticas de ações afirmativas*. São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/26/trabalhos/mariavaleriabarbosaverissimo.rtf>>. Acesso em: 03 jan. 2004.

VIEIRA Jr., Ronaldo Jorge Araújo. *Responsabilização objetiva do estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá, 2005.

ZONINSEIN, Jonas. Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento: um novo papel das universidades públicas como gerenciadores da ação afirmativa no Brasil?. *Revista Econômica*. Rio de Janeiro, v. 6, p. 105-121, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.uff.br/cpgeconomia/v6n1/jonas.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2005.

Temática Atual

A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: A POSSÍVEL SUPERAÇÃO DA PRESCRIÇÃO TOTAL

Augusto César Leite de Carvalho*

1 – A PRESCRIÇÃO E O TEMOR DE PROPOR A AÇÃO

O trabalhador brasileiro é titular de uma gama de direitos que não nasce, o mais das vezes, da negociação coletiva, por meio da qual se comprometeria o seu empregador. Nasce da lei – e assim sucede, talvez, porque o modelo de organização sindical não inspire confiança ou não demonstre capilaridade suficiente para fomentar a representatividade dos atores sociais. Ou decerto porque o grau de assimetria na relação laboral ainda reclame, entre nós, alguma intervenção estatal tuitiva e compensatória.

O fato é que o empregador nem sempre se revela comprometido com o cumprimento da ordem jurídica marcadamente heterônoma, sequer reconhecendo que a representação política de seus interesses predomina, como invariavelmente predominou, na elaboração das leis trabalhistas cuja observância e respeito estaria a recusar. Porque se envolve em uma teia de irregularidades para desafiar a ordem que ajudou a construir, mas entende ilegítima, a relação trabalhista no Brasil parece fadada a promover a insatisfação dos que a protagonizam. Não raro, nela subjaz um conflito latente que mais adiante se transforma em conflito judicializado.

A propositura de ação judicial seria o meio de instaurar, ou quem sabe restaurar, a harmonia entre os que contendem em silêncio, o empregador e o empregado que, desavindos, insistem em interagir cordialmente, ambos movidos pela intenção de preservar o vínculo, mas preservá-lo por razões diversas, paradoxalmente definidas pela ideia de subsistência: o empresário persegue a continuação de seu negócio; o empregado, a própria sobrevivência.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; professor universitário; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla La Mancha, instituição em que presta doutoramento.*

Há, contudo, de os direitos não se autarquizarem na vida social sem um plexo de garantias que os torne efetivos. Direitos que não se mostram aptos à realização apresentam-se como “direitos” por mera concessão verbal, pois tolerante em demasia é a linguagem jurídica. Mesmo a ação judicial, uma garantia por definição, reclama garantias de segundo nível, vale dizer, mecanismos jurídicos que protejam aqueles que a exercem. Regra geral, cometem-se aos atores políticos – responsáveis pelas salvaguardas da atuação do Estado – o oferecimento e a institucionalização dessa rede de proteção que aconchega os que fazem valer os seus direitos subjetivos.

Em outra ocasião, e após estudo de algum fôlego acadêmico, já dissemos que a jurisprudência constitucional espanhola instituiu a *garantía de indenidad*, vale dizer, a imunização de todos quantos exerçam um direito fundamental, inclusive o direito de ação judicial trabalhista. Protege-se o empregado contra a represália patronal que consista em ato de retaliação ou mesmo em ato de dispensa. O trabalhador europeu, por obra de construção jurisprudencial, que mais tarde se converteu em lei e em *directiva* da União Europeia, tivera assim assegurado o seu retorno ao emprego sempre que dispensado em virtude de ousar a propositura de demanda judicial durante a relação empregatícia.

É incipiente, porém, a evolução jurisprudencial a respeito, no Brasil. Se cuidamos da ação judicial individual, a verdade é que o instituto está às voltas com um pensamento jurídico que confina o seu uso, contraditoriamente, aos destituídos de emprego. Quem propõe ação perante a Justiça do Trabalho não é, regra geral, o empregado, mas aquele que deixou de sê-lo. São de uma tibieza inquietante as tentativas, no campo doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, no sentido de outorgar cidadania aos trabalhadores que ainda sofrem a lesão, vivenciando-a resignadamente.

Mas ainda mais perversa, na perspectiva do empregado que suportou a violação de seus direitos em meio a uma relação trabalhista de médio ou longo tempo, é a percepção, ao desenlace do vínculo, de estarem definitivamente consolidadas as alterações contratuais lesivas que contam mais de cinco anos, não importando se o descumprimento do contrato, pelo empregador, repercutiu, insidiosamente, por todo o restante da relação laboral. Não foi dado ao trabalhador o direito de reclamar sem expor-se ao risco – em verdade, há contingência quase inexorável de perder o emprego – e agora lhe tratam como um credor relapso, daqueles que negligenciam a luta por seu direito em razão de preguiça ou inapetência. A ordem jurídica e seus operadores fazem caso do medo que o empregado tem de apresentar sua demanda judicial enquanto o vínculo e o conflito ainda existem, porque o medo não é, neste mundo onde grassa a covardia, um valor jurídico.

Decerto que se diria inviável relevar a segurança jurídica no Direito do Trabalho, dado que estaríamos a cuidar de valor contemplado em todo o ordenamento, nas relações civis de ordem pública ou privada. A segurança jurídica – que é, na hipótese e em última análise, a segurança patrimonial do devedor – não poderia, segundo se diz, ceder lugar à eterna incerteza sobre o dia e hora em que o trabalhador enfrentaria, afinal, o seu empregador, desvestindo-o da potestade exercida sobranceiramente no ambiente empresarial, para desafiá-lo, testa a testa, à mesa igualitária da audiência trabalhista.

A pretexto de assim render ensejo à pacificação social, a racionalidade jurídica ignora a irrenunciabilidade dos direitos sociais adquiridos e o receio sobremodo compreensível de exercê-los. A prescrição extintiva é o modo como se manifesta a segurança jurídica, incidindo no sistema trabalhista desde a matriz constitucional: ao consagrar o direito de ação na Justiça do Trabalho, o art. 7º, XXIX, da Constituição somente é lembrado pela sua parte final, a parte em que restringe esse direito às pretensões exigíveis há menos de cinco anos, na condição de que não se passem dois anos a partir da dissolução contratual¹.

Houve quem defendesse, não sem boa dose de razão, que os cinco anos não prescritos seriam aqueles que antecederiam o final do liame empregatício, sem influência de quando fosse proposta a ação. Este texto não contém, porém, a defesa de tal ponto de vista, inclusive porque se justifica, também com base em critério de razoabilidade, que se observe, quanto ao prazo quinquenal, a adoção do princípio *actio nata*: a prescrição flui a partir do nascimento da pretensão. Na prática, o quinquênio é contado retroativamente a partir do ajuizamento da ação, salvando-se dos efeitos da prescrição as prestações exigíveis após esse marco temporal.

1 O poder constituinte, frise-se por justiça, não anteviu a hipótese a que seria conduzida a prescrição, nessa leitura, com sinais trocados, do dispositivo constitucional. Denise Arantes Santos Vasconcelos (*Revista LTr* 73-01/92, jan. 2009), citando Homero Batista Mateus da Silva, historia os debates na Assembleia Nacional Constituinte e relata, assim, que se digladiavam os defensores da não intercorrência de prescrição em meio ao vínculo e os que pugnavam pela manutenção do art. 11 da CLT, prevalecendo proposta intermediária. A autora conclui: “(...) a intenção do legislador constituinte foi a de resguardar ao trabalhador maiores condições de lutar por seus direitos na vigência do contrato de trabalho, mesmo estando subordinado ao empregador. Assim, se não houve a interrupção da fluência do prazo prescricional enquanto ativo o contrato de trabalho, ampliou-se esse prazo, na tentativa de reduzir os efeitos da subordinação do empregado ao poder potestativo do empregador. Portanto, a criação de uma nova hipótese de incidência da prescrição trabalhista, prevista na Súmula nº 294 do TST, cujo prazo inicia-se ainda na vigência do contrato de trabalho, apresenta-se, a nosso ver, contrária ao texto constitucional, na medida em que não se coaduna com a exegese do art. 7º, XXIX”.

2 – *ACTIO NATA* COMO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS

Não obstante a clareza dessa ideia (*actio nata*), importa fixar dois pontos que, embora correlatos, nem sempre se apresentam consensuais. O primeiro deles é quase um truísmo: se o salário de cada mês somente é exigível no quinto dia útil do mês subsequente (art. 459, parágrafo único, da CLT), a pretensão relativa a todas as prestações salariais mensais somente prescreve cinco anos após esse prazo previsto para o seu pagamento (ex: a ação proposta em 03 de março de 2010 porá a salvo da prescrição quinquenal também o salário do mês de fevereiro de 2005, de resto exigível no quinto dia útil de março de 2005).

O segundo ponto de aparente dissensão é concernente à possibilidade de uma tutela jurisdicional declaratória gerar pretensões condenatórias imunes à prescrição. Por exemplo, debate-se sobre estar ou não prescrita a inclusão, no cálculo de adicional por tempo de serviço devido no período não alcançado pela prescrição, do tempo de trabalho que, sendo reconhecido em juízo, situar-se-ia em período muito anterior, alcançado pela prescrição. A dúvida: se o tempo de trabalho é anterior ao marco da prescrição quinquenal, a pretensão atinente ao reconhecimento de vínculo de emprego nesse tempo longo somente poderia ser objeto de pretensão de natureza declaratória e, portanto, questiona-se sobre ser possível essa tutela meramente declaratória gerar uma pretensão condenatória não prescrita (a saber: o cômputo desse tempo de serviço no cálculo do adicional referido).

É certo que apenas as pretensões condenatórias estão sujeitas à prescrição extintiva. A pretensão declaratória não prescreve. Mas, a bem ver, a questão posta não trata da prescrição de pretensões declaratórias, nem da imprescritibilidade de pretensões condenatórias. Ao que parece, confunde-se o termo inicial da prescrição – que é, regra geral, a exigibilidade da pretensão – com o fato gerador dessa mesma pretensão.

O Direito do Trabalho nunca deu guarida a essa confusão: ao tempo em que se postulava a indenização de antiguidade (art. 478 da CLT), calculava-se essa parcela em atenção a todo o tempo de serviço, décadas ou vintenas de trabalho que estariam no período alcançado pela prescrição (à época bienal). Não importava: desde que ajuizada a ação no biênio seguinte à cessação do contrato, todo o tempo de labor era considerado, pois o fato gerador da obrigação não interferia na contagem do prazo prescricional – que fluía a partir da exigibilidade da indenização, vale dizer, da dissolução contratual.

Uma ilustração seria elucidativa. Pense-se na indenização prevista na Súmula nº 291 do TST, que corresponde à média mensal de horas extras para

cada ano ou período igual ou superior a seis meses em que tenha havido a sobrejornada. Se o empregado houvesse prestado horas extraordinárias durante vinte anos, computar-se-ia a média mensal de todo esse tempo no cálculo da indenização? Depende. Caso o empregado houvesse recebido a paga dessas horas extras por toda essa vintena de anos, a resposta seria afirmativa, dado que o termo inicial da prescrição (a supressão das horas extras) não sofreria interferência da extensão maior ou menor do fato gerador do direito à indenização. Porém, se o empregado não houvesse percebido a remuneração das horas extraordinárias, somente aquelas devidas no quinquênio não prescrito incidiriam no cálculo da indenização – a prescrição quinquenal que atingiria o pleito principal (de remuneração das horas extras) contaminaria o pleito acessório de reflexo desse pagamento habitual no cálculo da mencionada indenização.

Logo, as tutelas jurisdicionais declaratórias relativas a tempo longo podem gerar, sim, pretensões condenatórias não prescritas, desde que essas pretensões sejam exigíveis em período não alcançado pela prescrição. Interessa, frise-se, uma vez derradeira, a exigibilidade da pretensão deduzida em juízo, não importando verificar a data de seu fato gerador.

3 – OUTRAS RELEVANTES CIZÂNIAS JURISPRUDENCIAIS FRENTE À EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E DAS LEIS

Aceita a primeira premissa – a de o quinquênio prescritivo iniciar-se com a exigibilidade da prestação – parece conveniente abordar aspectos da prescrição trabalhista que têm provocado acentuada inquietação jurisprudencial: 1) a dicotomia entre prescrição total e prescrição parcial, pois se revela interessante a prospecção sobre a fonte jurídica que estaria a autorizá-la ainda hoje; 2) a possibilidade de se adotar o critério *actio nata* também para o prazo bienal, que teria outro termo inicial (a cessação do contrato, sem atenção ao dia em que teria nascido a pretensão) na carta constitucional.

3.1 – *Os fundamentos tradicionais da prescrição total de cinco anos*

Conforme mencionamos em escrito anterior², poderia questionar-se o estudioso da ciência jurídica: não seria a *prescrição trabalhista*, sob o enfoque prático, a *renúncia tácita* de um direito *irrenunciável*? Se o direito trabalhista é indisponível e a sua inobservância faz nula a cláusula ou alteração contratual infringente, como compatibilizar a *prescrição trabalhista* com o axioma uni-

2 Nessa passagem do texto, reproduzimos o que explicamos no tópico correspondente à prescrição, capítulo sobre princípios, subtítulo Princípio da Irrenunciabilidade, do livro *Direito Individual do Trabalho*, de nossa autoria, publicado pela editora Forense.

versal de que *contra ato nulo o direito não prescreve* (art. 169 do Código Civil)? Duas regras seriam, aqui, inofensivas:

I. A primeira regra é atinente ao aspecto de esses direitos imprescritíveis não impedirem a prescrição das prestações pecuniárias correspondentes. Por exemplo, o direito a alimentos gera pretensão imprescritível, mas a pretensão para haver prestação alimentícia prescrevia em cinco anos³ e atualmente prescreve em dois anos⁴.

II. A segunda regra tem a ver com o grau de indisponibilidade que, a depender da origem, o direito trabalhista ostenta. Em vista disso, os juslaboralistas usam diferenciar a *prescrição parcial* (que alcança apenas as prestações exigíveis antes do prazo extintivo) da *prescrição total* (que atinge todas as prestações, inclusive aquelas com exigibilidade recente, caso a lesão tenha ocorrido antes do prazo liberatório).

E que direito trabalhista apresentaria um grau maior (ou menor) de indisponibilidade? Lembra Délio Maranhão⁵ que, em matéria de trabalho e diversamente do que ocorre no Direito comum (em que a regra é a da disponibilidade dos direitos privados patrimoniais), “a indisponibilidade dos direitos prende-se à natureza predominante dos interesses em jogo”.

O citado mestre explica haver indisponibilidade absoluta quando “a tutela legal do trabalho envolve, predominantemente, interesse público (salário mínimo: art. 7º, IV, da Constituição) ou interesse abstrato da categoria (normas resultantes de convenção coletiva ou sentença normativa)”. Há indisponibilidade relativa quando, “por ser o direito, em princípio, disponível, tutelando, predominantemente, interesse individual, cabe ao seu titular a iniciativa de defendê-lo, como no caso do salário do contrato”.

Plá Rodriguez⁶ nomina vários laboristas que propõem essa graduação da indisponibilidade, enfatizando que somente De La Cueva e De Ferrari teriam sustentado que todas as normas trabalhistas seriam irrenunciáveis. A Súmula nº 294 do TST orienta:

3 Art. 178, § 10, I, do Código Civil de 1916.

4 Art. 206, § 2º, do novo Código Civil.

5 MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Atualização por Luiz Inácio Barbosa Carvalho. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 40.

6 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000. p. 164. A propósito da graduação da indisponibilidade do direito trabalhista, o autor se refere às classificações propostas por Barassi, Gottschalk, Durand e Jaussaud, Horacio Ferro e Deveali.

“Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

Esquemmatizando a matéria:

<i>lesão a direito previsto em lei</i> è → <i>indisponibilidade absoluta</i> è →	PRESCRIÇÃO PARCIAL
<i>lesão a direito não previsto em lei</i> è → <i>indisponibilidade relativa</i> è →	PRESCRIÇÃO TOTAL

O Tribunal Superior do Trabalho pareceu reduzir, portanto, as hipóteses de prescrição parcial (menos prejudiciais ao trabalhador), quando, ao editar a Súmula nº 294 da súmula de sua jurisprudência, não se referiu às normas abstratas de categoria (sentenças normativas, convenções e acordos coletivos de trabalho), reportando-se apenas às normas contempladas em lei. Voltando, portanto, à orientação prevalecente. Alguns exemplos poderiam aclará-la:

I. Considerando um contrato ainda em vigor ou que tenha cessado há menos de dois anos (conforme art. 7º, XXIX, da Constituição, o transcurso desse biênio, a partir da extinção do contrato, faria prescrita toda e qualquer pretensão relativa ao vínculo de emprego), imaginemos uma redução salarial ocorrida há sete anos. Duas resoluções possíveis: a) se a redução fez o salário menor que o mínimo legal ou convencional, o empregado terá direito apenas às diferenças salariais exigíveis nos cinco anos que antecederam a sua ação judicial – prescrição parcial; b) se a redução alterou, para menos, apenas o salário *contratual*, sem inobservância de texto de lei, a prescrição, sendo suscitada, será total, nenhuma diferença salarial sendo assegurada ao empregado.

II. Na mesma relação de emprego imaginada no exemplo precedente, especulemos agora sobre a alteração da jornada de trabalho, que teria sido dilatada de seis para oito horas há dez anos. Por igual, duas soluções: a) se há jornada reduzida por obra de lei, a prescrição será parcial, sendo devidas, como horas extraordinárias, a sétima e a oitava horas prestadas além do limite legal ou convencional; b) se a jornada de seis horas era meramente *contratual*, a alteração dessa cláusula do contrato ter-se-á consolidado após o transcurso dos cinco anos seguintes, nada sendo devido ao empregado que deixara o prazo se exaurir sem propor a ação judicial devida – prescrição total.

No campo conceitual, cabem, todavia, mais duas relevantes observações a respeito da distinção entre prescrição total e prescrição parcial: não se confunde a prescrição bienal, que flui a partir da cessação do contrato (por alguns chamada igualmente de prescrição total), com a prescrição que é total e quinzenal. A

prescrição total a que se refere a Súmula nº 294 do TST é a quinquenal (sob a vigência da Constituição de 1988⁷), não se distinguindo da prescrição parcial em razão do prazo prescrito, mas sim pelo efeito devastador que gera, sequer pondo a salvo as prestações exigíveis no lustro anterior ao ajuizamento da ação. Segunda observação: a norma contra cuja violação corre prescrição parcial é a norma inserta em regra legal (em vigor), e não em normas constitucionais, que estão em um grau maior de abstração. Tratemos de pôr em análise essa última observação.

3.2 – A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional

Entre os direitos de indisponibilidade absoluta, vimos que o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição no sentido de somente aqueles previstos em lei *stricto sensu* desencadearem, quando violados, o prazo de prescrição parcial. Poder-se-ia argumentar que, sendo superior à regra legal, a norma constitucional também deveria, se infringida, dar ensejo à prescrição somente das parcelas exigíveis no último quinquênio (prescrição parcial), e não à prescrição total. Isso importaria, por exemplo, a adoção da prescrição parcial em todos os casos de redução salarial, pois o art. 7º, VI, da Constituição estaria, nesses casos, malferido. Vemos com absoluta docilidade esse ponto de vista.

A orientação pretoriana que tem prevalecido é, contudo, firme ao aplicar a prescrição parcial somente em casos de violação de lei, em sentido estrito. A alteração de cláusula do contrato, que agride a norma constitucional, mas não um preceito de lei, consolida-se cinco anos depois, pois contra ela corre prescrição total, e não de parcelas. Exemplo dessa posição está na Orientação Jurisprudencial nº 248 da SDI I do TST, que trata da redução do percentual de comissões, um caso típico de redução salarial. O Tribunal Superior do Trabalho

7 TST, 5ª T., Processo nº RR 467793/98, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 03.04.02, DJ 19.04.92. No mesmo sentido: TST, 2ª T., Processo RR 360063/97, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, j. 18.12.01, DJ 01.03.02. Até ser editada a Constituição de 1988, o prazo de prescrição parcial, no âmbito trabalhista, era de dois anos, como se verifica, *exempli gratia*, de exerto do acórdão que figurou como caso-líder da Súmula nº 294 do TST, da lavra do Min. Marco Aurélio: “(...) a esta altura é dado concluir que estando o direito às parcelas assegurado por preceito imperativo, a prescrição é sempre parcial, alcançando apenas a demanda alusiva àquelas que se tornaram exigíveis em período anterior ao prazo assinalado em lei para a propositura da ação, o qual, no campo trabalhista, é de dois anos. O titular do direito atual e inobservado o invoca não com base no contrato, mas na lei, cujas disposições colocara em plano secundário a vontade das partes. Este aspecto levou Orlando Gomes à adjetivação mencionada. O direito em si à parcela, porque previsto em preceito imperativo, é, para repetir o mestre baiano, inesgotável, enquanto existir a relação jurídica que aproxima empregado e empregador e os torna detentores de obrigações e senhores de direitos” (TST-IUJ-RR 6928/86.3, Tribunal Pleno, Ac. TP 556/89, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.04.89).

tem entendido que o ato patronal é único, não havendo violação de lei após a sua prática, mas somente na hora de seu cometimento. Contra o ato único do empregador, que fere apenas o contrato, flui a prescrição total, que se opera quando passados cinco anos, contados do ato de alteração contratual.

O mesmo se dá na redução salarial que ocorre por via oblíqua, por exemplo, quando o empregador que contratou e realiza o pagamento de triênios reduz indiretamente essa vantagem, passando a pagar quinquênios⁸. E, seguindo a mesma toada, a Orientação Jurisprudencial nº 242 da SDI I do TST é, noutra hipótese, taxativa: “Embora haja previsão legal para o direito à hora extra, inexistente previsão (legal) para a incorporação ao salário do respectivo adicional, razão pela qual deve incidir a prescrição total”.

Ademais, a lei infringida deve estar em vigor, para que a prescrição aplicada seja a parcial. Quando empregados de todo o Brasil postularam reajustes salariais suprimidos por planos econômicos de governo, a jurisprudência trabalhista se posicionou no sentido de a revogação das leis, que previam os citados reajustes, reduzir ao contrato a fonte do direito. Por isso a Orientação Jurisprudencial nº 243 da SDI I do TST que recomenda a prescrição total nessa hipótese.

3.3 – A possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição total de pretensão fundada em nulidade

A nosso pensamento, está a merecer alguma reflexão a importância que o Direito do Trabalho ou, em verdade, os seus mais qualificados intérpretes têm dado ao princípio da segurança jurídica, em rota sempre ascendente de prestígio a esse postulado e à conseqüente sublimação da modalidade de prescrição que mais acentuadamente o contempla, a prescrição total. Parece que se foi longe demais, desacoplando-se assim o direito laboral da árvore do Direito comum que, em direção oposta, tem consagrado a imprescritibilidade da pretensão derivada de ato nulo.

O que justifica a existência do Direito do Trabalho não é a instituição de marcos regulatórios para a atividade empresarial, pois dessa tarefa podem cuidar, com séculos de valiosa experiência, outros ramos do Direito privado. A proteção à dignidade humana é o seu verdadeiro foco, o seu marco regulatório, cabendo a esse setor do Direito, à doutrina e à Justiça especializada revelar o conteúdo

8 Vide Orientação Jurisprudencial nº 76 da SDI I do TST.

dos direitos fundamentais de índole social e trabalhista, sempre de modo a assegurar existência e trabalho dignos a todos quantos os titularizem.

A máxima efetividade dos direitos fundamentais talvez não combine facilmente com a consolidação de atos que lhes sejam lesivos, pondo à prova a *fundamentalidade* desses direitos. Mas é da validação de tais atos (supostamente nulos) que se cuida quando a jurisprudência trabalhista consagra a prescrição total de pretensões atinentes à redução de salário contratual. A Constituição proscree não somente a redução do salário legal, mas igualmente o ato patronal que reduz o salário ajustado e assim desestabiliza o meio primário de subsistência do homem que trabalha, perturbando a sua vida familiar e gregária, comprometendo, enfim, o valor social que é conquista imanente ao seu trabalho e é também um valor constitucional. A negociação coletiva é o único modo de legitimar a redução de salário contratual que esteja a ameaçar a sobrevivência da empresa (art. 7º, VI, da Constituição) – fora daí há violação de direito fundamental.

E qual, afinal, a regra do Código Civil em vigor sobre os efeitos da prescrição que corre contra a alteração contratual ilícita? Esqueçamos, por um instante, a regência da relação de emprego pelo Direito do Trabalho e, aproveitando somente a nulidade nele estabelecida para as alterações contratuais lesivas (art. 468 da CLT), indaguemos ao Direito comum a regra sobre prescrição a ser aplicada à espécie.

De início, vale a pena constatar a preocupação, no novo compêndio, de distinguir os casos de prescrição e decadência. O atual código traça uma linha divisória entre os casos nos quais há vícios de vontade que geram anulabilidade do contrato e aqueles outros que dão origem a nulidade contratual. A razão é simples: a anulabilidade exige a intervenção judicial e, por isso, a pretensão contra a cláusula contratual lesiva é de natureza constitutiva, atraindo assim a incidência de prazo decadencial; por sua vez, a nulidade opera sem necessidade de declaração judicial, gerando efeito *ex tunc* e pretensão condenatória, o que basta para atrair a incidência de prazo prescricional. É lição de propedêutica que a decadência atinge pretensões constitutivas (ou desconstitutivas) e a prescrição alcança pretensões condenatórias.

As hipóteses de nulidade e de anulabilidade atendem à política legislativa. A simulação, por exemplo, era vício de consentimento que gerava anulabilidade sob a regência do Código Civil de 1916 e implica nulidade a partir do novo código (art. 167⁹). Os vícios de consentimento que implicam a anulabilidade

9 CC. “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

da avença, no atual código, são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores¹⁰. Em todos esses casos, há necessidade de ação (des)constitutiva com vistas à rescisão contratual e, por isso, o prazo previsto para essa ação é decadencial¹¹ – sem que se vislumbre um direito preexistente, a inércia da parte inocente impede o surgimento do direito à dissolução contratual.

Sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 468¹²), a coação moral ou econômica que se presume nas alterações prejudiciais intercorrentes ao contrato impõe a nulidade, assim também sucedendo com o ato resultante da tentativa de fraudar ou desvirtuar a proteção trabalhista¹³. A diferença de tratamento quanto à coação e à fraude, quando comparada a legislação trabalhista com a civil (que prevê, de modo mais brando, a anulabilidade nesses casos), justifica-se pela singela circunstância de o vínculo de emprego ser caracterizado pela debilidade de um dos seus atores, vulnerabilizado pela premência de subsistir com o salário, enquanto há salário.

Houve tempo em que as categorias jurídicas hauridas no Direito Civil eram assimiladas com acentuada reserva pelos juslaboralistas, pois não se compatibilizava com os princípios do Direito do Trabalho aquele conjunto de regras extremamente formal (abstraía-se das causas do contrato e da boa-fé objetiva) e de inspiração individualista (o fim social da empresa e dos direitos patrimoniais escapava das balizas do *pacta sunt servanda*).

A verdade, porém, é que o Código Civil de 2002 é boa centelha. Nasceu sob os viçosos pálios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, como tantas vezes proclamou o jurista Miguel Reale. Entrou em cena, portanto, para realizar o postulado da dignidade humana e, não bastasse tão auspicioso

10 “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

11 “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

12 CLT. “Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

13 CLT. “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

desígnio, corrigiu atecniais da lei anterior de modo a permitir que os seus princípios e regras ganhassem efetividade.

O direito laboral será sempre o sistema compensatório da desigualdade no mundo do trabalho, sendo imprescindível a produção metódica e analítica das normas que visam a atender a esse desiderato, com os olhos voltados à pacificação social. Mas é certo que o Direito do Trabalho não é um departamento estanque na ordem jurídica, alheio à necessidade de interagir com outros sistemas jurídicos que porventura avancem, mais acesamente, na definição de seus conceitos ou no aperfeiçoamento de suas regras de proteção. Se a norma de Direito Civil deu nova conformação à invalidade do contrato, explicitando o modo como devem interagir a nulidade contratual e a prescrição extintiva, cabe ao intérprete do Direito do Trabalho consultar o novo regramento para somente depois resolver acerca de sua possível subsidiariedade.

Sobre o tema, estabelece o art. 169 do Código Civil que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. A norma encerra antiga polêmica entre modelos hermenêuticos, mas a inovação é sobretudo de forma, vale dizer, inova-se a inserção da regra no direito positivo para que se dissipem as dúvidas inconvenientes. Moreira Alves¹⁴, usando de elogiável capacidade de síntese, esclarece:

“Inovando, o art. 169 determina que ‘o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo’. Em se tratando de negócio jurídico nulo, também no Direito romano se acha a regra de Paulo, segundo a qual *quod initio viciosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50.17.29). Todavia, em hipóteses excepcionais, e por determinação do ordenamento jurídico, pode validar-se um negócio jurídico originariamente nulo com a confirmação dele pela pessoa que possa valer-se de sua nulidade.” (cfe. Fr. Vat. 294; D. 31.77.17; D. 32.33.2; D. 34.2.13)

Em rigor, a jurisprudência reclamava a imprescritibilidade do ato nulo e, a bem dizer, já a afirmava quando a cuidar de interesses e valores de variado matiz. Precedente do Superior Tribunal Justiça revela essa senda:

“CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. NULIDADE DA ESCRITURA. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE FATO.

14 ALVES, José Carlos Moreira. *O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas*. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>>.

DOUTRINA

I. Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de que, em princípio, não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.

II. Matéria de prova em que se forrou a causa, não se a examina no especial.

III. Recurso não conhecido.” (REsp 12.511/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 08.10.91, DJ 04.11.91, p. 15.684)

Também a doutrina assim se posicionava, como se extrai das lições de Caio Mário da Silva Pereira¹⁵:

“O ato nulo é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: *quod nullum esse nullum producit effectum*. (...) Nem a vontade das partes nem o decurso do tempo pode sanar a irregularidade. A primeira, para tanto, é ineficaz, por não ser o ato nulo passível de ratificação. O segundo não opera o convalidamento, senão *longi temporis*, porque o defeito de origem subsiste, até que a autoridade judiciária pronuncie a ineficácia: *quod ab initio vitiosum esse non potest tractu temporis convalescere*.”

É de se reiterar, entretanto, que a imprescritibilidade da pretensão consequente de ato nulo não implica *ipso jure* a imprescritibilidade da pretensão trabalhista de natureza condenatória que lhe é correlata, pois é certo que a Constituição impõe a prescrição das parcelas após o quinto ano de sua exigibilidade (art. 7º, XXIX). Assim, poderíamos sintetizar: a alteração contratual nula não convalesce após cinco anos, embora prescrevam as prestações, apenas as prestações correspondentes, se devidas mais de cinco antes do ajuizamento da ação.

Ilustrando essa ideia, dir-se-ia que a adoção da regra de Direito Civil, na relação de emprego, resultaria na aplicação somente da prescrição parcial em todos os casos nos quais incidisse a nulidade prevista no art. 468 da CLT, ou seja, prescreveriam apenas as parcelas exigíveis antes do prazo quinquenal sempre que se postulassem horas extras em razão de alteração contratual relativa, por exemplo, ao elastecimento de jornada ajustada ao início do vínculo ou, noutra hipótese, à redução direta ou indireta de salário previsto em contrato.

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 641. v. 1.

A alteração contratual, por ser nula, não convalidaria pelo decorrer do tempo, não obstante que as prestações devidas em razão da citada alteração estivessem sujeitas à prescrição quinquenal.

3.4 – A jurisprudência trabalhista sobre a prescrição da pretensão que investe contra o negócio jurídico nulo

A regra de Direito Civil, a da imprescritibilidade da pretensão alusiva aos efeitos de ato nulo, já predominou no Direito do Trabalho. Dela cuidava o antigo Prê-julgado nº 48 do TST¹⁶, mais adiante convertido no antigo Enunciado nº 168 do TST:

“Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina.”

Mas percebe-se que esse modo de compreender e aplicar a prescrição vigorou plenamente, na jurisprudência trabalhista, somente até 25.03.85, ou seja, até quando o órgão máximo da Justiça do Trabalho editou o Enunciado nº 198 e, com ele, a regra de restar inexigível, após o decurso do prazo de prescrição trabalhista (à época de dois anos), a pretensão nascida de ato único do empregador. Predizia o Enunciado nº 198 do TST:

“Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito.”

A expressão “ato único do empregador” mostrou-se, em verdade, extremamente dúbia¹⁷, pois rendia ensejo a pelo menos três significados: a) o ato patronal de efeito instantâneo (v.g. um ato punitivo de advertência ou suspensão disciplinar, ou ainda um desconto salarial em mês específico); b) o ato

16 Caso-líder: E-RR 836/74.

17 À época em que se julgou o IUJ, por meio do qual se editou a Súmula nº 294, o voto vencido do Ministro Barata Silva traduziu a perplexidade dos membros do TST a propósito do sentido que deveriam dar à expressão “ato único do empregador”: “Via de regra, todo ato lesivo ao empregado atinge-o no salário e, desta forma, alcança prestações de trato sucessivo. Por outro lado, é sempre possível que o empregador atue de forma a modificar as condições contratuais, com prejuízo para o trabalhador, e, nesse sentido, todas essas modificações, tais como, supressão de horas extras habituais, alteração do critério de pagamento de determinada parcela, desvio de função etc., poderiam facilmente ser caracterizadas como ato único do empregador e, mesmo repercutindo em prestações de trato sucessivo, tenderiam a configurar a hipótese contida no Enunciado nº 198 desta Corte”.

Ainda sobre a dubiedade da expressão “ato único”, ver Denise Arantes Santos Vasconcelos (Op. cit., p. 93).

patronal que, não consistindo em alteração do contrato, surtia efeitos que repercutiam na continuidade do vínculo (v.g. o enquadramento funcional); c) a alteração unilateral do contrato com efeitos igualmente sentidos no restante da relação laboral (v.g. a transferência abusiva para outra localidade, a redução do salário contratual, o aumento da jornada sem extrapolação do limite legal).

Se era para fazer alusão ao primeiro desses significados, o novo verbete (Enunciado nº 198), por dizer o óbvio, não parecia necessário. Provavelmente por essa razão, seis dos ministros que integravam o Pleno do TST votaram pela desnecessidade da alteração¹⁸, outros três se insurgindo contra a sua redação¹⁹. É certo que, no âmbito trabalhista, a Constituição atual inviabiliza, por ora, o debate sobre o tema, pois impõe²⁰ a prescrição de cinco anos a partir da exigibilidade da pretensão e, na hipótese sob análise, inexistiriam pretensões exigíveis no quinquênio que antecederia a propositura da ação. Logo, a prescrição total incide inexoravelmente contra a pretensão esgrimida para invalidar o ato único do empregador, nessa sua primeira modalidade.

O mesmo se diz no tocante à prescrição total do segundo tipo de pretensão, qual seja, aquela que se rebela contra ato patronal não caracterizado como alteração do contrato, mas cujos efeitos refletem no restante da contratualidade. É, ilustrativamente, o caso de enquadramento em plano de cargos e salários que se mostre lesivo ao trabalhador. A inércia do empregado faz consolidar-se o enquadramento original e supostamente ilícito, não obstante se salvem as diferenças salariais que derivem de desvio funcional no caso de se verificar que a norma regulamentar violada ainda subsiste no período não alcançado pela prescrição (Súmula nº 275 do TST²¹).

A adoção da prescrição total na terceira hipótese é, porém, susceptível a crítica no momento atual. É que já agora teríamos uma alteração unilateral e prejudicial ao empregado, que se revelaria nula com base no art. 468 da CLT, não convalescendo essa nulidade pelo decurso do tempo em vista da incidência

18 Ministros Alves de Almeida, João Wagner, Orlando Teixeira da Costa, Hélio Regato, Pajehü Macedo Silva e Coqueijo Costa.

19 Ministros Fernando Franco, Ildélio Martins e Marco Aurélio.

20 Impõe-no o art. 7º, XXIX, da Constituição, sem que norma inferior elasteça, como poderia elastecer (art. 7º, *caput*), o prazo assim previsto.

21 Súmula nº 275. “PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO.

I. Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento.

II. Em se tratando de pedido de reenquadramento, a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado”. (Res. 129/05, DJ 20, 22 e 25.04.05).

do art. 169 do Código Civil. Nada há no texto da Constituição ou da CLT que imponha ou sugira a prescrição total referida, para a espécie, pela Súmula nº 294 do TST:

“Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”²²

À leitura do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, por meio do qual o Pleno do TST deliberou pela edição da Súmula nº 294, observa-se que o eminente Ministro Marco Aurélio, relator do IUJ²³, enumerou – assim procedendo em sintonia com as conjecturas jurídicas daquele momento – os motivos que o faziam receptivo à adoção da prescrição total sempre que o direito violado não estivesse contemplado em lei. Os seus fundamentos poderiam ser assim esquematizados:

a) Em princípio, o engessamento das cláusulas contratuais deveria ser questionado sob o argumento seguinte: “Os preceitos legais trabalhistas encerram garantias mínimas ao trabalhador, em virtude de intervenção do Estado com o fito de corrigir o desequilíbrio econômico entre as partes contratantes. Observando-as, as partes podem, a partir daí, contratar o que melhor lhes aprouver. Frente ao contido nos arts. 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, diz-se, então, que as normas trabalhistas são imperativas quanto aos interesses dos empregados e dispositivas em relação àqueles que se colocaram no âmbito do patrimônio do empregador. Os avanços patronais no campo social são plenamente válidos e devem ser estimulados, porquanto oportuno se mostra o princípio da autonomia na manifestação da vontade”.

b) A CLT conteria dois dispositivos que tratariam da prescrição (arts. 11 e 119), sendo que enquanto o art. 11 estaria a estabelecer que “prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”; o art. 119, no capítulo regente do salário mínimo, seria explícito quanto à adoção da prescrição parcial: “Prescreve em 2 (dois) anos a ação para

22 Sobre o tema, observa Denise Arantes Santos Vasconcelos (Op. cit., p. 92) que “a definição da prescrição total encontra-se, hoje, consubstanciada na Súmula nº 294 do TST”. Em nota, a autora remata que, “nesse sentido, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula nº 409 que dispõe: ‘409 – AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. TOTAL OU PARCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXIX, DA CF/88. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL (...) – Não procede ação rescisória calcada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/88 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial (...)’”.

23 TST-IUJ-RR 6928/86.3, Tribunal Pleno, Ac. TP 556/89, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.04.89.

reaver a diferença, contados, para cada pagamento, da data em que o mesmo tenha sido efetuado”. Portanto, a regra geral seria a prescrição total, reservando-se a prescrição parcial para as hipóteses de violação de preceito imperativo.

c) A prescrição da pretensão relativa à invalidade da alteração contratual contaminaria a pretensão concernente às prestações salariais mais recentes. Sob a égide da Constituição de 1967 e do antigo Código Civil, assim se manifestou, em seu voto vencedor, o Ministro Marco Aurélio: “O legislador trabalhista pátrio, atento ao caráter informativo dos princípios de Direito, teve presente o da irrenunciabilidade, apontando como elemento definidor da licitude da alteração contratual a ausência de prejuízo para o empregado, ficando relegada a plano secundário a manifestação de vontade deste. A pedra de toque do sistema é, portanto, o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ora, se o empregador, contando, ou não, com a manifestação de vontade do empregado, causa-lhe prejuízo ao alterar o que fora contratado além da garantia mínima prevista em lei, dúvidas não pairam sobre o cometimento de um ilícito trabalhista, a teor do disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, no que assegura não o direito em si a qualquer parcela, mas à intangibilidade do contrato de trabalho. Verificado o ato, surge no patrimônio do prestador dos serviços um direito atual – o de ver mantidas as condições primitivas – e exigível: neste instante nasce o direito de ação. A partir do surgimento da ação exercitável, tem início a contagem do prazo prescricional. O empregado conta com dois anos para pleitear a declaração e a reparação do direito, no interesse de preservar o *status quo ante*, com o pagamento das diferenças das parcelas satisfeitas de forma imprópria, ou seja, com base nas condições que resultaram da alteração do contrato. Decorridos mais de dois anos da prática do ato violador do direito via alteração do contrato de trabalho, forçoso é concluir pela prescrição total. As diferenças pleiteadas não têm vida própria. A condenação em satisfazê-las pressupõe o julgamento da controvérsia em torno da modificação contratual introduzida, ou seja, o exame do ato do empregador frente ao disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Se quanto a esta pretensão a demanda já se encontra fulminada pelo biênio, quanto à outra descabe falar em prescrição parcial. As diferenças pleiteadas consubstanciam direito acessório, jungidas ao principal, no caso, aquele pertinente à preservação das condições contratuais, como se infere da relação entre principal e acessório instituída pelo art. 58 do Código Civil”. O ministro relator, à semelhança do procurador do trabalho que emitira parecer no IUJ, transcreveu decisão do STF nesse sentido: “Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em

relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário seria admitir efeito sem causa” (Ac. 1ª T.-STF, DJU de 11.09.81, p. 8794, RE-94.679-9-SP, Rel. Min. Soares Munõz). Da mesma forma decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE-94.136-3: “Decreto nº 20.910/32, art. 19 – GRATIFICAÇÃO *PRO LABORE*. EXTINÇÃO DA AÇÃO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PRECEDENTES. Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamado, a cuja postulação se deixou ficar inerte o interessado, no decurso do prazo extintivo, e não prescrição referente às prestações de trato sucessivo decorrentes de um direito reconhecido ou de uma situação permanente. Espécies distintas. Recurso Extraordinário conhecido e provido”. (STF-94.136-3, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª T., DJU 19.09.81, p. 91.591).

O acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio seguiu a linha de argumentação condizente com as regras de Direito Civil que vigoravam à época. Não havia dispositivo legal que assegurasse a imprescritibilidade dos efeitos do ato nulo e, na seara trabalhista, era mesmo ampla, como de resto ainda é, a doutrina que distingue a indisponibilidade absoluta dos direitos previstos em lei da indisponibilidade relativa dos direitos previstos apenas em contrato ou norma não estatal, justificando-se a aplicação da prescrição parcial somente na primeira hipótese.

Nos dias que correm, a matriz jurídica é bem outra: suprimindo a omissão das leis trabalhistas (e da antiga lei civil), teríamos o art. 169 do Código Civil a consagrar que negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo, prestando-se a especificidade do direito do trabalho para agregar que a alteração contratual que prejudica o empregado é nula e, portanto, insusceptível de prescrição que a consolide.

De jure ferenda, dir-se-ia que não persiste a relação de acessoriedade entre a prescrição que afetaria a nulidade da alteração contratual e, por derivação, a prescrição das parcelas salariais daí decorrentes, pois a alteração contratual que contraria o art. 468 é nula e não susceptível de prescrição, sob a nova ordem. Logo, salvam-se as prestações salariais exigíveis no quinquênio que antecede a propositura da ação judicial. A subsidiariedade das normas compatíveis de direito comum, autorizada pelo art. 8º da CLT, conduz inexoravelmente a esse desfecho.

Acerca dos argumentos metajurídicos revisitados pelo Ministro Marco Aurélio, especialmente a premissa de que “os avanços patronais no campo social são plenamente válidos e devem ser estimulados, porquanto oportuno se mostra o princípio da autonomia na manifestação da vontade”, caberia ponderar que estamos, já agora, sob a regência de uma ordem constitucional

que elevou a direito fundamental a irredutibilidade do salário originalmente previsto em contrato e excluiu desse espectro apenas a redução salarial ocorrida pela via da negociação coletiva. Há, visivelmente, uma nova conformação para os valores jurídicos sob exame. Os dispositivos que consagram a liberdade de empreendimento a associam à dignidade humana e à valorização do trabalho (arts. 1º, III, e 170 da Constituição), não a contemplando como um valor *per se*: só há livre iniciativa se justa é a condição de trabalho.

De tudo se extrai a propriedade da tese que consubstanciará o resgate da regra outrora consagrada pela Súmula nº 168 do TST, porquanto a adoção universal da prescrição parcial reincluiria o Direito do Trabalho no sistema de Direito Privado que proscree a consolidação jurídica de atos nulos, quaisquer atos nulos.

3.5 – A extinção do contrato como único termo inicial da prescrição bienal

Outra matéria instigante é, como visto, acerca da possibilidade de se aplicar, por extensão, o prazo bienal de prescrição a hipóteses não mencionadas na carta constitucional. E a primeira observação, na espécie, diz com a característica de o biênio prescritivo ter-se desgarrado, sob a vigência da Constituição de 1988, da premissa segundo a qual os prazos de prescrição devem iniciar-se com o surgimento da pretensão.

O princípio *actio nata* tende à universalidade, mas a ordem jurídica pode consagrar uma ou outra exceção. Desde que a prescrição não flua, em atentado à lógica, desde antes do nascimento do direito correspondente de ação, é certo que a lei pode estabelecer um termo inicial diferenciado para algum prazo prescricional, um termo inicial que porventura não coincida com o aparecimento da pretensão. É o caso, por exemplo, do biênio prescritivo instituído a partir da dissolução do contrato (art. 7º, XXIX, da Constituição).

Embora a prescrição trabalhista quinquenal se inicie com a lesão ao direito, o poder constituinte estabeleceu um limite secundário, a ser observado nos casos em que há a cessação do vínculo de emprego. Comportando restrição de direito e, portanto, interpretação restritiva, o prazo bienal somente se opera quando o liame empregatício se dissolve e a partir da data na qual esse evento acontece. Fora daí, seria de aplicar-se apenas a prescrição quinquenal.

Há, porém e pontualmente, a adoção, pela jurisprudência trabalhista, do prazo bienal de prescrição em temas que não lhe são afetos. Algumas cortes regionais o aplicam, por exemplo, quando pronunciam a prescrição intercorrente ou mesmo a prescrição da pretensão executória (art. 884, § 1º, da CLT), a pretexto de que o fazem em razão de a relação jurídica já haver cessado. Adotam

a prescrição de dois anos porque o contrato se rompeu, quando a Constituição só a contempla *a partir do* fim do contrato, não o aplicando pelo fato singelo de o contrato haver terminado. O critério constitucional para a adoção do prazo bienal é alusivo à *contagem* do prazo, mas a jurisprudência inova um critério de *cabimento* que a norma constitucional não reconhece.

Outra vertente jurisprudencial que incorre na mesma senda, a de ajustar a prescrição bienal à hipótese não prevista na Constituição ou em lei, é aquela que faz perdurar, sem ressalva, a vigência da Súmula nº 326 do TST, a saber:

“Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.”

Se a jurisprudência constitucional já se consolidou no sentido de a aposentadoria espontânea não implicar a terminação do vínculo de emprego, por que haveria de a prescrição bienal fluir a partir da aposentadoria? Não é fácil identificar a base jurídica para a preservação dessa corrente jurisprudencial. Mormente quando a lesão (pagamento de benefício em valor menor que o previsto) ocorre sempre após a aposentadoria já se ter consolidado, ao menos no mês seguinte àquele em que se aposentou o trabalhador segurado – o mês no qual recebe a primeira mensalidade de seus proventos.

Inquietante é a hipótese em que a complementação dos proventos da aposentadoria se inicia algum tempo após o contrato cessar e mesmo depois de o empregado aposentar-se. É o que se dá, *exempli gratia*, quando o trabalhador continua a contribuir para o plano de previdência privada depois de dissolver-se o seu emprego e após estar recebendo os proventos da aposentadoria pagos pela Previdência Social, assim persistindo até completar o período aquisitivo de seu direito à citada complementação, a ser paga pela entidade de previdência privada. A simples adoção da Súmula nº 326 implicaria a imposição de prescrição (bienal) que se iniciaria antes do direito subjetivo de ação surgir, havendo precedentes do TST que, nesse caso, não aplicam tal verbete por essa óbvia razão.

3.6 – Súmulas ns. 326 e 327 do TST – A complementação de proventos da aposentadoria

Há grandes empresas que instituem planos de complementação de proventos da aposentadoria com vistas a impedir que os seus empregados sofram redução em seus ganhos quando optarem por dela se afastar, na ocasião em que se aposentarem. É de se observar que o trabalhador insatisfeito com o

valor fixado para esse complemento não estaria mais submetido ao poder patronal, pois ter-se-ia aposentado e deliberado afastar-se do emprego.

Logo, pareceria, nessa hipótese e à primeira vista, mais consentânea a tese da prescrição total, ou seja, a ideia de submeter toda a pretensão, não apenas as parcelas exigíveis antes do quinquênio, aos efeitos da prescrição. Após acesa controvérsia, o TST posicionou-se sobre o tema em 1993, distinguindo duas hipóteses que foram bem retratadas nas Súmulas ns. 326 e 327 de sua jurisprudência. Depois de sofrerem emendas de redação que não contaminaram a sua essência, os mencionados verbetes hoje recomendam:

“Súmula nº 326. Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.

Súmula nº 327. Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio.”

Em suma, quando o trabalhador aposentado nota não estiver recebendo a complementação de proventos – contratada durante o vínculo – tem contra si a prescrição bienal que corre a partir da aposentadoria e a sua pretensão encontra-se inteiramente inexigível se ele deixa fluir esse prazo sem acionar o Poder Judiciário. A seu turno, o trabalhador que está recebendo a complementação de proventos, mas em valor menor que o ajustado, tem contra si a prescrição parcial quinquenal.

Não obstante, judiciosa e inspirada em critérios de racionalidade, poderia questionar-se essa posição jurisprudencial por algumas razões, a que o espírito meramente investigativo e acadêmico desse trabalho não se pode furta. Sobre a Súmula nº 326, já se disse da aparente impropriedade de adotar-se a aposentadoria como termo inicial de prescrição bienal, dado que a Constituição contempla somente a cessação do contrato como evento a partir do qual pode fluir a prescrição de dois anos; e o STF já decidiu, em instância inexecível, que a aposentadoria voluntária não faz cessar o emprego.

Ademais, a Súmula nº 327 do TST está em sintonia com a ordem jurídica quando adota apenas a prescrição parcial nos casos de diferenças da complementação de proventos. Ao rejeitar a adoção da prescrição total, mesmo quando a diferença de proventos tem como fundamento alguma alteração de norma regulamentar (sem previsão em lei), o verbebo estaria, aparentemente, a recusar o critério estabelecido por jurisprudência consolidada a respeito

das pretensões nascidas durante o liame empregatício. Curiosamente, o trabalhador aposentado estaria mais protegido contra a coação patronal que o seu colega que ainda se sujeita ao poder diretivo – para aquele, a prescrição parcial da Súmula nº 327; para este, na mesma hipótese de alteração de norma regulamentar, a prescrição total da Súmula nº 294.

É certo, porém, que a mudança, se sobrevier, não deverá atingir a Súmula nº 327 – que contempla a prescrição parcial para a pretensão concernente à diferença de complementação de aposentadoria – porque esse verbete tem, atualmente, base legal específica. A saber, o art. 75 da Lei Complementar nº 109/01, que regula o regime de previdência complementar, prediz:

“Art. 75. Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.”

Ao ressalvar o direito ao benefício, mas submetendo as prestações aos efeitos da prescrição quinquenal, o citado dispositivo legal adota a regra da prescrição parcial, afinando-se com a jurisprudência que, oriunda do TST, já desde antes consagrava esse entendimento. A bem ver, inclusive para os trabalhadores aposentados, que muita vez não mais se sujeitam ao comando patronal, sobrevive fundamento consistente para a adoção da prescrição parcial. A prescrição de parcelas seria, portanto, a regra universal na seara trabalhista.

Contudo, o TST tem ampliado a aplicação da Súmula nº 326 para fazê-la alcançar duas hipóteses a que ela textualmente não se reporta: a incorporação de parcela jamais recebida após a aposentadoria, na base de cálculo da complementação de proventos, e a revisão da complementação de proventos com base em aplicação de norma regulamentar que teria sido alterada durante o vínculo. E assim sucede, não obstante, essas duas situações pareçam estar sob a regência do mencionado art. 75 da Lei Complementar nº 109/01, que prevê a prescrição apenas parcial sempre que a pretensão é alusiva à diferença de complementação de proventos, não à própria complementação. Voltaremos ao tema no tópico seguinte, visando a confrontar essa orientação jurisprudencial com aquela que vem de ser adotada pela Justiça comum, na espécie.

3.7 – A posição do STJ sobre o tema. Súmula nº 85 do STJ e prescrição do fundo de direito

Está visto que o TST distingue os casos em que o trabalhador pede a complementação de proventos daquele outro no qual se postulam apenas as

diferenças da complementação de proventos que já vem sendo paga. Se o pedido é de complementação de proventos, aplica-se a prescrição total de dois anos a partir da aposentadoria. Se o pedido é de diferenças da complementação que se paga, a prescrição é de cinco anos e parcial (atinge somente as parcelas exigíveis há mais de cinco anos).

A verdade é que o Superior Tribunal de Justiça tem apreciado, intensamente, a mesma matéria, ante a acesa discussão sobre a competência jurisdicional caber à Justiça comum ou à trabalhista. E também é fato que o STJ aplica apenas a prescrição quinquenal (Súmula nº 291 do STJ), pois as pretensões que aprecia sequer envolvem o empregador, demandando-se, o mais das vezes, apenas contra as entidades de previdência privada, aquelas mesmas que costumam igualmente povoar as pautas trabalhistas.

Ainda no âmbito do STJ, há um verbete da súmula de sua jurisprudência que estabelece critérios assemelhados àqueles que equivaleriam à distinção entre prescrição total e parcial. A saber, orienta a Súmula nº 85 do STJ:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.”

Portanto, nos casos em que nenhuma complementação de proventos vem sendo paga, o STJ tem adotado o entendimento de que a prescrição quinquenal atinge o próprio fundo de direito²⁴, assemelhando-se essa orientação à da Súmula nº 326 do TST, salvo quanto ao prazo prescricional (que para o TST seria de apenas dois anos). Mas quando não é o próprio direito à complementação de proventos que está em debate, pois somente se postulam diferenças da complementação que já são pagas mensalmente, o STJ aplica invariavelmente a prescrição parcial, vale dizer, “a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação”. Há aresto cuja transcrição é elucidativa:

“PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PRESCRIÇÃO. AÇÕES PROPOSTAS POR SEGURADOS E POR EX-SEGURADOS: DISTINÇÃO. Se, já não sendo segurado, o autor reclama a restituição do capital investido, a prescrição quinquenal apanha o próprio fundo do direito; se, ao revés, demanda na condição de segurado, postulando prestações ou diferenças, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas

24 Nesse sentido: EDcl nos EREsp 355.376/SP, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, j. 09.06.10, DJe 02.08.10.

há mais de cinco anos. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp 431071/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. 13.06.07, DJ 02.08.07, p. 326)

É iterativa a jurisprudência que emana do STJ nessa direção²⁵, cabendo observar que ela se distancia do entendimento do TST apenas quando a corte trabalhista estende a aplicação da sua Súmula nº 326 a hipóteses que não estão nela expressamente contempladas, a exemplo de quando adota a prescrição total, com base em mencionado verbete, também a casos nos quais a complementação de proventos vem sendo paga a cada mês, mas o trabalhador aposentado pede a revisão de sua base de cálculo com base em alteração no regulamento de benefícios havida durante o liame empregatício²⁶ ou em virtude da incorporação de parcela jamais paga após a cessação do vínculo de emprego²⁷. Mesmo nesses casos, o STJ posiciona-se no sentido de aplicar a prescrição de parcelas²⁸.

-
- 25 Vide AGRG no AG 1061205/SP, Rel. Min. Raul Araújo Filho, 4ª T., j. 22.06.10, DJe 02.08.10; AgRg no REsp 1085267/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 11.05.10, DJe 31.05.10; AgRg no REsp 1085267/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 11.05.10, DJe 31.05.10; REsp 431071/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. 13.06.07, DJ 02.08.07, p. 326.
- 26 Precedentes da SBDI 1 do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total nessa hipótese: E-ED-RR-57800-54.2004.5.06.0001, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 22.06.10, DEJT 28.06.10; E-ED-RR-279400-61.2004.5.02.0001, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 07.05.10; E-ED-RR-32040-89.2003.5.15.0033, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 30.04.10; E-ED-RR-247900-06.2000.5.02.0069, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 19.03.10; ED-E-RR-230200-11.2000.5.15.0051, Rel. Min. Vantuil Abdala, DEJT 29.10.09.
- 27 Precedentes do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total referida na Súmula nº 326 nos casos em que a parcela jamais integrou a complementação de proventos: TST-E-ED-RR-147100-69.2007.5.22.0003, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, SDI-I, DEJT 11.06.10; TST-E-RR-2103300-24.2006.5.09.0012, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, SDI-I, DEJT 04.06.10; TST-E-RR-1560040-17.2002.5.09.0004, Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho, SDI-I, DEJT 04.06.10; TST-E-ED-RR-106000-05.2002.5.03.0112, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, SDI-I, DEJT 04.06.10; TST-E-RR-98500-56.2004.5.03.0001, Rel. Min. Horácio Senna Pires, SDI-I, DEJT 23.04.10; TST-E-RR-583/2004-004-04-00.4, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, SDI-I, DEJT 13.11.09.
- 28 Acórdão do STJ sobre a diferença resultante da incorporação de parcela jamais integrada à complementação de proventos: AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. SOLIDARIEDADE. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO, GEF E REALINHAMENTO SALARIAL PAGOS AOS EMPREGADOS DA ATIVA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA E REEXAME DE PROVA. SÚMULAS STJ NS. 5 E 7. JUROS DE MORA. NATUREZA ALIMENTAR DO DÉBITO. I. A questão relativa à existência de solidariedade entre o banco e a entidade de previdência privada por ele patrocinada foi solvida no Tribunal de origem com base na interpretação de cláusula do Edital de Privatização, daí a conclusão de que a citação, ocorrida em anterior ação proposta, interrompeu a prescrição, não podendo a questão ser revista em âmbito de Recurso Especial, ante o óbice das Súmulas ns. 5 e 7 desta Corte. II. Decidida a extensão do auxílio cesta-alimentação, da GEF e do realinhamento salarial à aposentadoria do recorrido com base na interpretação das normas estatutárias e na análise das circunstâncias fático-probatórias da causa, não pode a questão ser revista em âmbito de especial, a teor dos Enunciados ns. 5 e 7 da Súmula deste Tribunal.

4 – À GUIZA DE CONCLUSÃO

A prescrição trabalhista deve ter os seus preceitos legais interpretados em sintonia com o estado de debilidade contratual do trabalhador e com as balizas constitucionais afetas à configuração do Direito do Trabalho como direito fundamental.

No mesmo passo, a prescrição deve nortear-se pela mutação normativa que resultou, a partir da vigência do atual Código Civil, na consagração da tese de que estão imunes à prescrição os atos nulos, não obstante a prescrição quinquenal das prestações salariais correspondentes. A alteração contratual que não infringe lei específica, mas é danosa ao trabalhador, revela-se eivada de nulidade e, portanto, não convalesce pelo decurso do tempo. A prevalecer essa regra, a prescrição total não subsistiria no que toca às prestações de trato sucessivo que derivam de alteração estritamente contratual.

Noutro tópico, a prescrição bienal flui apenas a partir da cessação do contrato, que é dela um termo inicial, não uma hipótese de cabimento. Logo, destoa da norma constitucional a exegese que contempla outras hipóteses de termo inicial para o biênio prescritivo (trânsito em julgado da sentença de conhecimento para efeito de execução, aposentadoria para o fim de complementação de proventos etc.).

Mesmo a prescrição atinente ao pedido de complementação de proventos, ou seja, a prescrição que corre contra a pretensão nascida após a aposentadoria, não deve ajustar-se aos moldes da prescrição total, porquanto lei específica, regente da previdência complementar, sufraga a prescrição parcial em tal hipótese.

III. Os juros remuneratórios decorrentes de complementação de aposentadoria devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, tendo em vista seu caráter eminentemente alimentar. Precedentes. Agravo improvido (AgRg no REsp 1094248/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 11.11.08, DJe 28.11.08). Acórdão do STJ sobre diferença de complementação de proventos em razão de norma regulamentar jamais aplicada pela entidade de previdência privada: AGRG no AG 1061205/SP, citado em nota anterior.

Notas e Comentários

TST EMPOSSA MINISTRO JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

O Tribunal Superior do Trabalho empossou, no dia 3 de setembro, José Roberto Freire Pimenta no cargo de ministro do TST. O magistrado ocupa a vaga em função da aposentadoria do ministro Vantuil Abdala.

José Roberto Freire Pimenta nasceu em 4 de fevereiro de 1956, em São Sebastião do Paraíso, Minas Gerais. Bacharelou-se em 1978 pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, ocasião em que obteve o *Premio Barão do Rio Branco*, concedido ao melhor aluno da turma. Tornou-se, posteriormente, Especialista e depois Doutor em Direito Constitucional pela mesma UFMG.

De 1982 a 1988 atuou como procurador do Estado de Minas Gerais, ao mesmo tempo em que desenvolveu intensa atividade como advogado trabalhista de várias entidades sindicais de trabalhadores. Em dezembro de 1988, tomou posse como juiz do trabalho substituto, depois de ter sido aprovado em primeiro lugar no concurso público respectivo. Em 2002, por merecimento, tornou-se desembargador do TRT da 3ª Região, onde integrou a Comissão de Regimento Interno, a partir de janeiro de 2004, e o Órgão Especial, na qualidade de membro eleito por seus pares, pelos mandatos de 2006-2007 e 2008-2009. Paralelamente, foi também membro de diversas comissões de concurso para o cargo de juiz do trabalho substituto da 3ª Região.

José Roberto Freire Pimenta integrou, igualmente, o Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a partir de 2001, desempenhando as funções de coordenador acadêmico, em 2005, e de seu diretor, de janeiro de 2006 a dezembro de 2007. Passou a integrar o Conselho Consultivo da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) desde sua estruturação, em setembro de 2006, tendo a ele sido reconduzido em março de 2009 pelo voto unânime do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho.

A partir de 2002, tornou-se professor – de graduação e pós-graduação – da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, ministrando disciplinas nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Em agosto de 2010, passou a se dedicar apenas ao mestrado e ao doutorado em Direito da PUC-Minas (PUC Minas Virtual).

José Roberto Freire Pimenta é autor de vários artigos publicados em livros coletivos ou revistas acadêmicas na área trabalhista, tendo contribuído

como coautor e coorganizador dos livros coletivos *Direito do Trabalho: evolução, crise e perspectivas* (São Paulo: LTr, 2004) e *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em Juízo* (São Paulo: LTr, 2009).

TST PROMOVE FÓRUM INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS SOCIAIS

O TST promoveu em sua sede, nos dias 12 e 13 de agosto, o Fórum Internacional sobre Direitos Sociais: Trabalho Decente e Desenvolvimento Sustentável. O evento teve transmissão ao vivo pela internet e contou com tradução simultânea para os participantes.

O Fórum teve por objetivo debater a contribuição da Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT. A comissão existe há 84 anos e examina a aplicação das convenções do órgão pelos países membros. Nesse período de atuação, produziu-se vasta jurisprudência em normas internacionais que, apesar de sua importância, é ainda muito pouco conhecida.

O Centro Internacional de Formação da OIT, em Turim, disponibilizou documentos de consulta para a biblioteca virtual do Fórum. Trata-se de um compêndio com sentenças proferidas por tribunais de diversos países baseadas na legislação internacional sobre direitos sociais.

O Fórum homenageou o ministro aposentado do TST, Arnaldo Lopes Sússekind, que, por seis anos, foi representante do governo brasileiro no Conselho de Administração da OIT, sendo eleito presidente da Comissão de Atividades Práticas e integrante da Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações do órgão.

O ADVOGADO DOS ESCRAVOS

Horácio Senna Pires*

A presente edição da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* contém estudos e decisões sobre o *princípio da não discriminação*.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

NOTAS E COMENTÁRIOS

Neste contexto, nada mais apropriado que se registre o lançamento, pela Editora Lettera.doc, do livro *O advogado dos escravos*, de autoria do ilustre advogado trabalhista Nelson Câmara de conhecida e antiga atuação no foro de São Paulo.

Trata-se de alentado estudo biográfico de Luiz Gama, uma das figuras mais emblemáticas da luta contra a escravidão no Brasil.

Miguel Reale Júnior, na apresentação da obra, afirma que Luiz Gama – jornalista, poeta e advogado militante – foi “o negro mais importante do século XIX”**, cuja vida revela “um romance que aconteceu”.

Em verdade, o ilustre biografado nasceu em Salvador da Bahia, em 21.06.1830, filho de Luiza Mahim, negra livre, trazida da Costa Mina, e de um fidalgo de origem portuguesa, cujo nome jamais foi revelado. Herdou da genitora o inconformismo contra o estado servil, a repulsa ao sequestro e tráfico de africanos, o desejo incontido de quebrar os grilhões da escravidão.

Diz-se de Luiza Mahim ter sido uma “revolucionária natural”. “Presas diversas vezes por suspeita de envolvimento em movimentos de escravos”. Sua casa, em Salvador, tornou-se reduto de reuniões conspiratórias, notadamente das célebres revoltas dos Malês, de 1835, e da Sabinada, de 1836, cuja derrocada obrigou-a a fugir para o sul do país, desaparecendo nas brumas do tempo.

Aos dez anos, Luiz Gama, nascido livre, viu-se vendido como escravo pelo próprio genitor. Embarcado com destino ao Rio de Janeiro, foi posteriormente traficado para São Paulo, onde, mercê da amizade que fez com um hóspede de seu senhor, depois ilustre magistrado, alfabetiza-se, torna-se autodidata e, aos 18 anos, inicia uma luta pela própria liberdade, incorpora-se à milícia estadual, trabalha como escrevente, colabora com jornais, filia-se à Maçonaria, agrega-se aos grupos republicanos, dos quais consegue explícita adesão ao abolicionismo.

Sua realização, porém, é a advocacia. Torna-se advogado, embora rejeitado pela Academia do Largo de São Francisco. Dedicar-se à defesa dos oprimidos, principalmente em favor dos negros, vítimas de abusos de toda ordem e, mesmo, do desinteresse dos órgãos judicantes.

Nelson Câmara traça o perfil de Luiz Gama com fortes pinceladas, apresenta a trajetória de um herói brasileiro, um soldado da liberdade, um causídico incansável, em defesa da causa negra, no jornalismo e na tribuna forense.

Sobre ele, disse Ruy Barbosa, em conferência de 18.05.1911:

NOTAS E COMENTÁRIOS

“Para não nomear vivos, lembrarei apenas Luiz Gama... Uma das raras fortunas da minha vida é a de ter cultivado intimamente sua amizade, em lutas que nunca esquecerei. Um coração de anjo, uma alma que era a harpa eólica de todos os sofrimentos da opressão; um espírito genial, uma torrente de eloquência, de dialética e de graça; um caráter adamantino, cidadão para a Roma antiga, inadaptável no Baixo Império, uma abnegação de apóstolo: personalidade de granito, aureolado de luz e povoado pelas abelhas do Himeto. Se eu houvesse de escrever-lhe o epitáfio, iria pedir este ao poeta da Legenda do Século: *De verre pour gémir, d'airain pour résister.*”

Como Moisés que, líder dos hebreus contra o cativo do Egito, não conseguiu pisar a terra prometida, assim Luiz Gama, falecido em 24.08.1882, não teve a alegria de festejar a Lei Áurea de 1888.

Seu legado, porém, é imorredouro, um estandarte na luta contra a opressão, um alento no combate a todas as formas de discriminação.

O livro de Nelson Câmara resgata esta figura extraordinária, exemplo vivo e marcante da têmpera dos brasileiros.

Recomendo aos magistrados, aos advogados, aos cultores do Direito em geral, a leitura desta obra substantiva, vibrante, emocionante; assim justificada, com toda propriedade, pelo próprio autor:

“A presente obra procura pagar, serodamente, um justo tributo a Luiz Gama. Ela caminhou não só reconstituindo e documentando a história para lição hodierna e futura, mas combatendo o estigma do racismo e da discriminação de qualquer tipo, por mais residual que ainda permaneça em nosso meio. E não só. Procura construir a cultura de acreditar na Justiça, como Luiz Gama sempre acreditou, no entendimento de que fora dela não há salvação para a sociedade democrática, como no conhecido e verdadeiro brocardo de direito romano: *extra justitia nulla salus.*”

MINISTROS APOSENTADOS, RIDER DE BRITO E LUCIANO DE CASTILHO, RECEBEM “MEDALHA PRÊMIO COMEMORATIVO DE 50 ANOS DE SERVIÇO PÚBLICO”

Os ministros Rider Nogueira de Brito e José Luciano de Castilho Pereira receberam a Medalha Prêmio Comemorativo pelos 50 anos de relevantes

NOTAS E COMENTÁRIOS

serviços prestados à Administração Pública, em solenidade no Salão Nobre do Tribunal Superior do Trabalho. O Presidente do Tribunal, ministro Milton de Moura França, ao entregar a medalha concedida pelo Ministério da Justiça, homenageou os ministros, destacando a contribuição dos dois para a Justiça do Trabalho.

“O valor das coisas não está no tempo em que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. Por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis”. Com essa passagem de Fernando Pessoa, o presidente do TST encerrou seu discurso na homenagem aos 50 anos de serviço público dos ministros aposentados Rider Nogueira de Brito e Luciano de Castilho Pereira, na terça-feira, dia 28/09, quando ambos receberam a “Medalha Prêmio Comemorativo de 50 Anos de Serviço Público” e tiveram suas fotos colocadas respectivamente na Galeria de Retratos dos Presidentes do TST e na Galeria de Corregedores-Gerais da Justiça do Trabalho.

De acordo com o presidente do TST, os ministros Rider e Luciano fazem jus à homenagem, pois “constituem verdadeiros paradigmas para todos aqueles que prestam serviço público neste País”.

Paraense de Óbidos, o ministro Rider de Brito começou sua carreira na Justiça do Trabalho, em 1959, como técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA), passando a analista e depois tornando-se diretor-geral em 1966. Aprovado em primeiro lugar no concurso público para juiz do trabalho substituto em 1968, o ministro Rider foi presidente do TRT/PA no período de 1990/1992. Tornou-se ministro do TST em 18.12.95, sendo presidente do Tribunal de 2007 a 2009, ano em que se aposentou.

Mineiro de Pedro Leopoldo, o ministro Luciano de Castilho contou, na solenidade, de forma bem-humorada, um pouco de sua história. O ministro começou sua carreira pública como vereador em sua cidade natal, onde foi vereador de 1958 a 1962. Aprovado em concurso público para juiz do trabalho substituto para o TRT/MG em 1974, o ministro Luciano passou a integrar o quadro de ministros do TST no mesmo dia em que o ministro Rider (18.12.95), assumindo a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho em abril de 2006, onde permaneceu até dezembro de 2006, quando se aposentou.

Jurisprudência Temática

CONCURSO PÚBLICO. IMPEDIMENTO DE INSCRITOS DEMITIDOS POR JUSTA CAUSA

RECURSO DE REVISTA. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO EDITALÍCIA IMPEDINDO A INSCRIÇÃO DE DEMITIDOS POR JUSTA CAUSA PELA RECLAMADA. NULIDADE. CONVENIÊNCIA DA EMPRESA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE PREVALÊNCIA PERANTE OS CRITÉRIOS DE DIREITO PÚBLICO.

1. A controvérsia cinge-se à validade da cláusula do edital que impedia a participação, no concurso público, de candidatos que foram dispensados pela CEF por justa causa. É incontroverso, nos autos, que o reclamante fora dispensado anteriormente por justa causa pela reclamada e que, no referido certame, logrou aprovação, sendo contratado e, posteriormente, demitido, ao fundamento de que o edital não fora observado.

2. Se, de uma parte, a CEF, como empresa pública, submete-se, nas relações trabalhistas, ao regime de direito privado, ela deve, de outra parte, como integrante da Administração Pública indireta, observar as normas e princípios de direito público. Por conseguinte, deve ela obediência, entre outros, aos princípios da impessoalidade e da moralidade, que encontram ressonância justamente na previsão constitucional de contratação mediante concurso público (art. 37, II). Tal previsão harmoniza-se com o próprio princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Carta de 1988).

3. A aplicação desses princípios tem uma conseqüência fundamental precisamente no momento em que a empresa pública atua na condição de empregadora. O art. 2º da CLT define o empregador como aquele que, “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços” (grifei). Em regra, pelo regime de direito privado que rege as relações trabalhistas, o empregador, no exercício do próprio poder diretivo que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico, é responsável pela admissão dos trabalhadores que lhe prestarão serviços.

4. É exatamente na prerrogativa de admitir trabalhadores, no exercício do poder diretivo, que são mais evidentes as exigências constitucionais dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, no caso das empresas públicas (e das sociedades de economia mista). Atuando na condição de empregadora, a empresa pública não detém a mesma liberdade para definir os trabalhadores que serão contratados. Isso porque, por força dos referidos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

princípios, ela deve observar, como já mencionado, a regra do ingresso na Administração Pública mediante prévia aprovação em concurso público. E os critérios a serem adotados devem ser objetivos, impessoais, não se aceitando opções baseadas em mera conveniência.

5. Eventual conveniência ou mesmo interesse da ré – em não contratar trabalhador que já foi por ela demitido por justa causa – não pode suplantar o regime de direito público a que está sujeita. Além disso, a vedação contida no edital encerra critério meramente personalístico que, nessa medida, contraria os princípios da isonomia e impessoalidade, que devem pautar a forma de admissão de pessoal pela reclamada.

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-703/2002-003-15-00.5 Ac. 8ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-703/2002-003-15-00.5, em que é recorrente Caixa Econômica Federal – CEF e recorrido Maurício Alves Pinto.

Trata-se de recurso de revista (fls. 238/249) interposto ao acórdão regional de fls. 232/236.

Despacho de admissibilidade à fl. 253.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fl. 255.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade – tempestividade (fls. 237 e 238), representação processual (fls. 227) e preparo (fls. 191, 250 e 251) –, passo ao exame do recurso.

CONCURSO PÚBLICO – PREVISÃO EDITALÍCIA IMPEDINDO A INSCRIÇÃO DE DEMITIDOS POR JUSTA CAUSA PELA RECLAMADA

– NULIDADE – CONVENIÊNCIA DA EMPRESA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE PREVALÊNCIA PERANTE OS CRITÉRIOS DE DIREITO PÚBLICO

a) Conhecimento

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em acórdão de fls. 232/236, deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para deferir a reintegração, com a percepção de todas as parcelas vencidas e vincendas. Registrou a nulidade da previsão do edital do concurso público que impedia a inscrição de candidatos que foram demitidos por justa causa pela reclamada. Eis os fundamentos:

“A questão sem dúvida alguma é intrincada, contudo, *data venia*, a razão está com o recorrente. Senão vejamos. Um dos itens do edital para concurso de provimento de técnico bancário da reclamada (fls. 145) exigia que o candidato não poderia ter sido demitido da Caixa Econômica Federal por justa causa (4.2.5.). Tal item, sem dúvida alguma, viola os princípios constitucionais da igualdade e do estado de inocência, ou seja, que “a pessoa é inocente até que se prove o contrário”, na medida que discrimina determinados cidadãos e considera que ex-empregados cometerão novos atos passíveis de justa causa. Ora, é certo que para o ingresso em determinadas carreiras, tais como magistratura, Ministério Público, polícia judiciária etc., se faça a varredura da vida pregressa do candidato, visto que desempenham funções típicas de Estado. Pois bem, ainda que a recorrida seja empresa pública, conseqüentemente com personalidade jurídica de direito privado, as suas atividades primordiais são bancárias e, excepcionalmente, de Estado, *e.g.*, gestão do FGTS e seguro desemprego. Assim, os seus empregados desempenham funções bancárias, o que, por si só, afasta a possibilidade da restrição combatida. Ressalte-se que *o aludido edital não afasta a possibilidade da inscrição de pessoas demitidas por justa causa de outras instituições bancárias, o que, por si só, configura a desigualdade*, contrariando o disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. *Alexandre de Moraes* assim se manifesta sobre o assunto em debate, *in verbis*: “A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja existência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos

da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos” (in: *Direito Constitucional*. Atlas, fl. 63). Assevere-se, também, que Hely Lopes Meirelles entende que é possível à administração opor restrições (impedimentos ou incompatibilidades) a seus servidores (e, por via de consequência, a pretensos candidatos) para a realização de seus serviços, “*desde que não afronte os direitos fundamentais do servidor, resguardados pela Constituição Federal*” (in: *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, p. 382). Ressalte-se, tendo em vista as ponderações feitas, que não existia a justificativa objetiva e razoável para que o edital retirasse do certame ex-empregados demitidos por justa causa. Por outro lado, referido requisito impossibilita que o ex-empregado demonstre o seu arrependimento ou a sua reabilitação, o que não é negado nem mesmo para criminosos de alta periculosidade, que, depois de determinado tempo do cumprimento da pena, têm o seu direito de cidadão restabelecido, com a ceifa da condenação da folha de antecedentes criminais (arts. 743 e seguintes do CPP). O malfadado requisito constitui uma pena perpétua ao ex-empregado demitido por justa causa, o que transgride, por analogia, o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal. Ora, o reclamante já teve a sua pena majorada e cumprida, na medida que já foi demitido por justa causa, não havendo, então, que tal medida punitiva se perpetue no tempo e no espaço. Os tribunais pátrios também têm entendido que, *mutatis mutandis*, a exoneração de servidor público não constitui fator determinante para desconstituir o ato de nomeação, *in verbis*: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADMISSÃO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. ANTERIOR DISPENSA DE CARGO PÚBLICO DURANTE ESTÁGIO PROBATÓRIO. IRRELEVÂNCIA. ANULAÇÃO DO ATO DE ADMISSÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. A EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CONSTITUI PENALIDADE, MAS MERA DISPENSA, POR NÃO CONVIR A ADMINISTRAÇÃO SUA PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, A MÍNGUA DE CONDIÇÕES SATISFATÓRIAS PARA O EXERCÍCIO DO CARGO. A CIRCUNSTÂNCIA DE ANTERIOR EXONERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO, FATO DISTANTE NO TEMPO, NÃO CONSTITUI MOTIVO PARA DESCONSTITUIR ATO DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO, EM ESPECIAL QUANDO JÁ TRANSCORRIDOS ONZE MESES

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

DA POSSE E EXERCÍCIO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA” (STJ, ROMS 7116 / RS, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 1996/0027087-2, 6ª T., DJ 17.02.97, PG:02172, Rel. Min. Vicente Leal) – (negritamos). Existe, outrossim, julgado do Supremo Tribunal Federal exigindo que mesmo que a administração revogue os atos do concurso público, dos quais a inscrição faz parte, o pretense funcionário somente poderá ser demitido em processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, *iter* que a recorrida deixou de proceder no caso proposto, *in verbis*: “MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO PODE O PODER PÚBLICO QUE APROVA OS ATOS DE UM CONCURSO E NOMEIA OS CANDIDATOS, REVOGAR O SEU ATO SOB O FUNDAMENTO DE IRREGULARIDADE DAQUELE. O FUNCIONÁRIO NOMEADO POR CONCURSO CONTANDO MENOS DE DOIS ANOS DE FUNÇÃO PÚBLICA, SOMENTE PODERÁ SER DEMITIDO POR JUSTA CAUSA APURADA EM PROCESSO REGULAR EM QUE LHE SEJA ASSEGURADA AMPLA DEFESA” (STF, RE 45803 / PE, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 29.11.60, Órgão Julgador: 2ª T., Publicação: DJ 07.12.60, PG-***** Ement Vol-00445-03 PG-01123 ADJ data 17.07.61, PG-00167). Reforma-se o r. julgado para determinar a reintegração do recorrente aos quadros da reclamada com a percepção de todas as parcelas vencidas e vincendas. Isto posto, *decide-se conhecer do recurso ordinário interposto e, no mérito, dar-lhe provimento, para determinar que a empresa recorrida reintegre o recorrente aos seus quadros de funcionários, com a percepção de todas as parcelas vencidas e vincendas, por estes jurídicos fundamentos.*” (fls. 232/236)

No recurso de revista, a reclamada afirma a validade da cláusula do edital que impedia a inscrição, no concurso público, de candidatos que já houvessem sido por ela demitidos por justa causa. Aduz que o reclamante foi dispensado por justa causa em 1997, após responder a procedimento interno. Destaca que o autor agiu de má-fé no momento da inscrição no certame. Indica ofensa aos arts. 5º, *caput*, e 37, incisos I e II, da Constituição da República, e divergência jurisprudencial. Traz arestos.

O apelo não comporta conhecimento.

Na hipótese dos autos, a ré rescindiu o contrato de trabalho do autor, indicando como *motivo* o descumprimento dos requisitos do edital do concurso público. A Corte Regional, por sua vez, consignou a existência de cláusula que impedia a participação no certame de candidatos que tivessem sido demitidos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pela reclamada por justa causa. O Tribunal *a quo* registrou a nulidade da referida cláusula do edital.

A controvérsia cinge-se à validade da cláusula do edital que impedia a participação, no concurso público, de candidatos que foram dispensados pela CEF por justa causa. É incontroverso, nos autos, que o reclamante fora dispensado anteriormente por justa causa pela reclamada e que, no referido certame, logrou aprovação, sendo contratado e, posteriormente, demitido, ao fundamento de que o edital não fora observado.

A questão merece ser avaliada sob o prisma constitucional, em particular com base no princípio da igualdade e nos princípios que regem a Administração Pública. É necessário, então, dar a devida carga normativa aos referidos princípios constitucionais. Para tanto, adota-se a proposta hermenêutica desenvolvida por Ronald Dworkin: o direito como integridade. Os princípios da igualdade e os que regem a Administração Pública devem ser lidos, de forma coerente, como componentes do ordenamento jurídico posto pela comunidade de cidadãos fundada nos ideais de igual consideração e respeito (*O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

Como cediço, a Caixa Econômica Federal é empresa pública e está submetida a regime jurídico misto ou híbrido: ela deve observar determinados preceitos de direito público, ao mesmo tempo em que também é regida por disposições de direito privado. Essa tensão entre público e privado é refletida na necessária interpretação conjunta dos arts. 37 – princípios e normas da Administração Pública – e 173 da Constituição – sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas.

Se, de uma parte, a CEF, como empresa pública, submete-se, nas relações trabalhistas, ao regime de direito privado, ela deve, de outra parte, como integrante da Administração Pública indireta, observar as normas e princípios de direito público. Por conseguinte, deve ela obediência, entre outros, aos *princípios da impessoalidade e da moralidade*, que encontram ressonância justamente na previsão constitucional de contratação mediante concurso público (art. 37, II). Tal previsão harmoniza-se, ainda, ao próprio princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Carta de 1988).

Evidencia-se, portanto, que, a despeito da sujeição ao regime jurídico de direito privado, o ingresso de trabalhadores na CEF deve ser pautado pelos princípios constitucionais de direito público, que têm amparo no princípio da igualdade. Daí a necessidade de contratação mediante concurso público, cuja exigência e respectivos requisitos fundam-se nos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A aplicação desses princípios tem uma conseqüência fundamental precisamente no momento em que a empresa pública atua na condição de empregadora. O art. 2º da CLT define o empregador como aquele que, “assumindo os riscos da atividade econômica, *admite*, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços” (grifei). Ou seja, em regra, pelo regime de direito privado que rege as relações trabalhistas, o empregador, no exercício do próprio poder diretivo que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico, é responsável pela admissão dos trabalhadores que lhe prestarão serviços; em outras palavras, é o empregador que define quem será ou não contratado – embora, é certo, não se trate de uma liberdade absoluta, porquanto não são admitidos critérios discriminatórios de admissão (art. 7º, XXX e XXXI, da Constituição).

É exatamente na prerrogativa de *admitir* trabalhadores, no exercício do poder diretivo, que são mais evidentes as exigências constitucionais dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, no caso das empresas públicas (e das sociedades de economia mista). Atuando na condição de empregadora, a empresa pública não detém a mesma liberdade para definir os trabalhadores que serão contratados. Isso porque, por força dos referidos princípios, ela deve observar, como já mencionado, a regra do ingresso na Administração Pública mediante prévia aprovação em concurso público. E os critérios a serem adotados devem ser objetivos, impessoais, não se aceitando opções baseadas em mera conveniência. Aqui, portanto, fazem-se presentes, com toda sua importância, os princípios típicos do direito público.

A conseqüência que se extrai desse raciocínio é a de que, na admissão de seus empregados, a empresa pública não pode adotar critérios *personalísticos* de contratação, pois tal conduta violaria os princípios constitucionais mencionados, em particular os da isonomia e da impessoalidade.

In casu, repita-se, o edital do concurso público em que o autor logrou aprovação impedia a participação de candidatos que houvessem sido demitidos pela ré por justa causa.

A justa causa, no âmbito das relações trabalhistas, e preenchidos os requisitos respectivos, corresponde à falta grave que rompe a fidúcia entre as partes, tornando inviável a manutenção do contrato de trabalho. Contratar, novamente, um trabalhador que já foi demitido por justa causa pelo mesmo empregador insere-se no âmbito da pura conveniência desse último. Isso é plenamente válido no âmbito das relações trabalhistas submetidas às regras tipicamente de direito privado. Não é o caso da reclamada, contudo.

Eventual conveniência ou mesmo interesse da ré – em não contratar trabalhador que já foi por ela demitido por justa causa – não pode suplantare

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

o regime de direito público a que está sujeita. Além disso, a vedação contida no edital encerra critério meramente personalístico que, nessa medida, contraria os princípios da isonomia e impessoalidade, que devem pautar a forma de admissão de pessoal pela reclamada.

Conclui-se pela nulidade da cláusula do edital do concurso público, como assentado pelo Tribunal *a quo*.

Demais disso, uma vez revestida de nulidade a norma do edital, não era ela exigível ou oponível ao reclamante, motivo pelo qual não há falar em “má-fé”, como alegado pela reclamada.

Estão incólumes os dispositivos indicados. Os arestos colacionados, ou não atendem à alínea *a* do art. 896 da CLT, ou são inespecíficos, pois não enfrentas as premissas fáticas da decisão recorrida, atraindo a incidência da Súmula nº 296 do TST.

Ante o exposto, não conheço.

Isto posto, os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecem do recurso de revista.

Brasília, 23 de setembro de 2009. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. ÔNUS DA PROVA

RECURSO DE REVISTA. LISTA SUJA. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. ÔNUS DA PROVA. A Corte Regional não dirimiu a controvérsia pelo prisma do ônus da prova, olvidando a reclamada de prequestionar tal questão. Incidência da Súmula nº 297/TST.

“LISTA SUJA”. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. O dano moral, in casu, se efetiva no momento em que é incluído o nome do trabalhador em lista suja (PISMEL), independentemente do resultado. Com efeito, levando-se em consideração que a única prova a ser produzida, em se tratando de dano moral, é a do ato ilícito, por se constituir, essencialmente, em ofensa à dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88), não se há falar em necessidade de comprovação do resultado, porquanto o prejuízo é mero agravante do lesionamento íntimo. Ademais, está fora do poder diretivo e disciplinar do empregador perseguir seus ex-empregados, cri-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ando empecilhos quanto ao acesso e/ou permanência em outros postos de trabalho, porquanto o trabalho constitui-se em instrumento essencial à dignidade humana, resguardada constitucionalmente (art. 1º, III), razão pela qual a CLT, sabiamente, proíbe que o empregador faça qualquer anotação, na CTPS, que desabone o empregado, sob pena de incorrer em multa administrativa (art. 29, §§ 4º e 5º). Precedentes desta Corte e do c. STJ.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULAS NS. 219 E 329, DO TST. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários de advogado decorre do preenchimento concomitante dos requisitos elencados na Súmula nº 219/TST – assistência sindical e pobreza – e não pura e simplesmente da sucumbência como ocorre no Processo Civil.

Recurso de revista da 1ª reclamada (Employer) parcialmente conhecido e provido.

Prejudicado o exame do recurso da 2ª reclamada (COAGRU).

(Processo nº TST-RR-9956300-35.2006.5.09.0091 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-9956300-35.2006.5.09.0091, em que é recorrente Employer Organização de Recursos Humanos Ltda. E Coagru – Cooperativa Agroindustrial União Ltda. e recorrido Hélio Rebelo de Oliveira.

O e. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, mediante o acórdão às fls. 486-496, apreciando o capítulo referente ao “dano moral – lista PISMEL”, afastou a arguição de prescrição e confirmou a sentença que deferira ao reclamante o pagamento da indenização por dano moral. Quanto aos honorários advocatícios, mantendo a condenação quanto a tal verba, majorou o percentual para 20%.

Inconformadas, as reclamadas (Employer e Coagru), em peças distintas, interpõem recurso de revista às fls. 498-509 e 511-516, respectivamente, pugnando pela reforma do julgado no tocante aos temas acima elencados. Colacionam arestos para o confronto de teses e denunciam violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal.

Os recursos de revista foram admitidos às fls. 519-521, merecendo contrarrazões às fls. 523-534. Dispensada, na forma regimental, a intervenção do d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

VOTO

I – RECURSO DE REVISTA DA 1ª RECLAMADA EMPLOYER ORGANIZAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS LTDA. (FLS. 408-509)

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade referentes à tempestividade (fls. 497 e 498), representação processual (fl. 121) e preparo (fls. 413, 414 e 510), passo ao exame dos específicos do recurso.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – DANO MORAL - LISTA SUJA – PRESCRIÇÃO - MARCO INICIAL

O e. Tribunal Regional, apreciando o tema em epígrafe, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, valendo-se da seguinte fundamentação:

“O juízo de origem rejeitou a alegação de ocorrência de prescrição total. Fundamentou a decisão no fato de que o prazo prescricional não deve ser contado da dissolução do pacto laboral havido entre o autor e qualquer das reclamadas, mas a partir do momento em que o reclamante tomou conhecimento do fato originador dos pedidos, o que teria ocorrido em julho de 2006. Também expôs que ‘prescrição, por se tratar de matéria de direito material e não processual, deve ser a fixada para o direito cuja tutela é ora buscada, qual seja, a indenização por ato ilícito; portanto, deve ser adotado o prazo prescricional previsto no art. 205 do novo Código Civil, qual seja, o decenal’ (fl. 125).

Buscam as recorrentes a reforma da r. decisão. Invocam o art. 7º, inciso XXIX, da CF, sendo que a reclamada Employer ainda afirma que não cabe aplicação do Código Civil, vez que há regra trabalhista específica a disciplinar a matéria. Também afirmam que não restou demonstrado nos autos que apenas por volta de 15.07.06 o reclamante teve conhecimento de seu direito; que em relação à data da ciência cabia à parte autora o ônus da prova, do qual não se desincumbiu, razão pela qual há de ser considerada para efeito de início de contagem do prazo prescricional a data em que a lista foi impressa, ou seja, 06.06.01.

Sem razão as reclamadas. Na inicial, o recorrido afirmou que embora seu nome tenha sido incluído na lista ‘PISMEL’ em 03.09.98 tomou conhecimento de tal fato apenas em julho de 2006. Em defesa as reclamadas não impugnam de forma específica tal afirmação, razão

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pela qual se presume verdadeira (art. 302, *caput*, do CPC, de aplicação subsidiária). Ademais, o depoimento do informante João Oliveira da Silva, ouvido a convite do autor, corrobora a alegação da peça de ingresso. Referida pessoa declarou que *‘soube da existência da lista em junho ou julho de 2006 através do colega Manoel; que cerca de um mês depois conversou com o autor quando este veio passear em Ubiratã e lhe falou sobre o assunto; que falou para o autor pesquisar com a advogada se seu nome também estaria na lista; (...)*s (fl. 128). Não houve nenhuma outra prova nos autos em sentido diverso.

Além disso, evidente que a mera inclusão de seu nome na lista ou a impressão desta sequer gera presunção de que o trabalhador tenha tido conhecimento do fato em tais datas.

Entendo que, tratando a lide de lesão decorrente de relação de emprego, o prazo prescricional total é de dois anos, conforme previsto no art. 7º, inciso XXIX, da CF. Mas a previsão de que tal prazo é contado a partir da dissolução do pacto laboral deve ser interpretada em conjunto com o art. 189 do novo CCB, que estabelece que a pretensão nasce apenas com a violação do direito. *E enquanto a pessoa não tem ciência da lesão, evidentemente não há como ajuizar ação, de forma que o prazo prescricional flui a partir da data em que o autor toma conhecimento da violação do seu direito, conforme bem decidiu o d. juiz de origem.*

Assim, tendo restado certo que o recorrido tomou conhecimento da lista ‘PISMEL’ em julho de 2006, contava com dois anos a partir de então para ajuizar ação judicial, sendo que a presente reclamação foi protocolada em 25.09.06 (fl. 02), não havendo que se falar em prescrição total. Mantenho.” (fls. 488v.-489v., grifamos)

Inconformada, a 1ª reclamada Employer interpõe recurso de revista (fls. 498-509). Argumenta que o v. acórdão recorrido, ao manter a sentença que aplicará a prescrição, *in casu*, o fez em afronta aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, porquanto demonstrara que “a lista foi impressa em 06.06.01, data que deveria ter sido acolhida como fato gerador da suposta lesão, em vista da ausência de comprovação pelo recorrido de data diversa, ônus que lhe competia” (fl. 500).

Sem razão.

A Corte Regional não dirimiu a controvérsia pelo prisma do ônus da prova, olvidando a reclamada de prequestionar tal questão. Incidência da Súmula nº 297/TST.

Não conheço.

1.2 – “LISTA SUJA” – DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO

O colegiado *a quo* manteve a condenação referente à indenização por danos morais, registrando:

“Em que pese as longas considerações das reclamadas, a pretensão recursal não logra êxito.

Reputo demonstrado nos autos que a lista ‘PISMEL’, reconhecidamente criada e mantida pela Employer, continha dados ‘negativos’ de trabalhadores, bem como que a lista circulava entre empresas para fins de avaliação de candidatos a empregos.

As partes convencionaram a adoção de prova emprestada dos autos **ACHISTER AIND 57/06**, no que se refere ao depoimento dos prepostos das rés donde se extrai declaração prestada pelo preposto da primeira reclamada de que esta *‘tinha uma lista de ex-empregados apenas para controle de contratação, com a finalidade de facilitar a contratação, considerando que a lista constava o número do PIS e CPF; que a primeira ré costumava recontratar empregados; que não sabe por que o autor constava nesta lista se nunca trabalhou para a primeira ré, explicando que não era a depoente quem controlava esta lista, a qual era exclusiva da gerência; que não sabe como os nomes eram incluídos na lista nem quem enviava dados para a primeira ré; que desconhece se os nomes que estavam na lista eram de pessoas que haviam ajuizado ação trabalhista; que inclusive a depoente constava nesta listat (fl. 304). O preposto da segunda ré, por sua vez, disse ‘que a segunda ré utiliza serviços da primeira para contratação de empregados; que a segunda ré nunca participou da montagem de qualquer lista; que desconhece a existência de uma lista mantida pela primeira ré; que a primeira ré presta serviços para a segunda ré desde 1991; que nada sabe a respeito de como os dados do autor teriam ido parar na lista da réq. (fl. 304).*

Ainda que não tenha sido utilizado como prova emprestada neste feito, consta dos autos cópia da ata de audiência de instrução realizada dos autos da RT 194/04 (fl. 93 e seguintes) em que o preposto da Employer admitiu que *‘a lista PISMEL na verdade é um cadastro para melhor avaliar o funcionário; repete não saber o motivo por que pessoas como autor constarem desse cadastro se nunca tiveram ficha na primeira reclamadaa. Da listagem juntada à fl. 25, no campo destinado ao ‘nome da empresa’ consta ‘EORH- COAGRU’, ou seja, o nome da segunda ré, ex-empregadora do autor.*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Também há nos autos o depoimento do preposto da Employer nos autos da RT 518/2003 (fl. 79 e seguintes) que conquanto também não tenha sido adotado como prova emprestada para o presente feito diz que *‘a empresa Investig faz levantamento de dados para sua empresa para contratação de empregados; (...) que o PISMEL tem dados positivos e negativos; que entre os dados negativos constam percepção de seguro-desemprego; embriaguez, insubordinação, tempo desde a última contratação; que diz agora que embriaguez não constaa*. Portanto, a primeira ré admitiu que a listagem ‘PISMEL’ continha dados reputados negativos de candidatos a emprego e que tal lista era consultada por ocasião da avaliação dos interessados em vagas.

Na RT 518/03 foi ouvida como informante Carmen Sueli Ferreira que, embora seja tida como pessoa que guarde considerável animosidade com a Employer (com quem manteve vínculo de emprego), merece ser mencionada porque suas declarações amparam tese de ambas as partes. A da ré, no que diz respeito a contratações de pessoas cujos nomes constavam da listagem ‘PISMEL’, e a da parte autora ao declarar que *‘à época da depoente existia uma espécie de cadastro de PIS, que era uma listagem de trabalhadores que o cliente ou a própria Employer não queriam mais contratar; que a referida lista era composta de pessoas que ajuizavam ações perante a Justiça do Trabalho ou nela compareciam para prestar depoimento como testemunha; (...) que a segunda ré (COAMO) alimentava mensalmente a listagem, entregando um envelope com nomes de trabalhadores à primeira reclamada; que a depoente recebia referido envelope das mãos do Sr. Jorge Carrozza, Sílvio Lopes, bem como do preposto da segunda ré, Sr. Luiz, ora presente; que o envelope era enviado para Marco Aurélio, na matriz em Curitiba, pessoa responsável pela inserção dos nomes na lista, não tendo a depoente praticado tal ato; que havia também uma listagem ‘B’, composta de nomes de funcionários da segunda ré que, embora não tivessem ajuizado ação ou testemunhado, eram considerados desafetos da segunda ré; (...) que houve reunião enter (sic) a primeira e a segunda ré, onde deliberou-se pela permanência de uma listagem no entreposto para verificação dos nomes por ocasião da contratação; (...) que por determinação de Marcos Aurélio as contratações deveria (sic) ser precedidas de autorização da Coamo por escrito através de Jorge Carrozza ou no caso de sua ausência por Sílvio Lopes; (...) que por ocasião de seu ingresso na ré já existia o cadastro PISMEL; (...) que o documento referente à autorização para contratação de internos já*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

referida nesta ata foi entregue pela depoente à sua irmã; que no caso da autorização mencionada a pessoa não constava como reclamante e não precisou autorização da Coamo; que o OK PISMEL da autorização indica que não estava cadastrado na listagem PISMEL; que conhece Claudino Gomes e que referido nome constava de sua listagem; que Claudino Gomes trabalha na unidade da primeira ré de Rio Verde em Goiás; que ainda trabalhava para a ré por ocasião da admissão de Claudino; que enquanto estava na Employer Claudino não tinha qualquer ação na justiça, mas ele tinha autorização de Jorge Carrozza para trabalhar para a Employer; que se recorda de Antonio Bonjorno, seu nome constava como reclamante e houve autorização do Sr. Carrozza para sua admissão’.

Com a inicial (fl. 28) foi juntado documento intitulado ‘Autorização para contratação de internos’ do Sr. Marcos José de Jesus, constando o nome da Employer e um ‘ok’ junto ao nome ‘PISMEL’, o que corrobora a conclusão de que, em regra, para ser admitido, o candidato a emprego deveria não constar da lista ‘PISMEL’.

Além desse, consta uma missiva enviada por correio eletrônico (fl. 27), de Silvio Carlos Lopes (da Coamo) para a Employer. Em tal documento consta como assunto ‘liberação para contratação’, que determinada pessoa (Sr. Benedito Aparecido da Silva) fez parte do quadro funcional da Coamo e que ‘em nossos arquivos não constam informações de que o mesmo tenha movido ação trabalhista contra a empresa’. Tal documento deixa claro como era comum a Employer trocar informações com outras empresas sobre candidato a emprego. Neste caso referido, inclusive, há liberação para contratação a emprego porque o candidato não havia ajuizado ação trabalhista em face da Coamo.

Há, ainda, a fotocópia de fl. 25, da listagem ‘PISMEL’ propriamente dita que traz não só o nome do autor, como o número de seu registro junto ao PIS, sua data de nascimento e CPF e a informação ‘EORH – COAGRU’ da qual se conclui que referida empresa, contra a qual moveu ação trabalhista, forneceu dados para a confecção da lista.

Os documentos de fls. 33-68 revelam que o Ministério Público do Trabalho protocolou ação cautelar de busca e apreensão em face da Employer para posterior ajuizamento de ação civil pública. Naquele feito o Ministério Público diligenciou para verificar se as informações dela constantes eram relacionadas com o ajuizamento de reclamações trabalhistas, sendo que dos nomes pesquisados foi constatado que 57,6%

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

eram autores de reclamações trabalhistas, bem como que 71,1% das empresas réis constavam da referida listagem. Portanto, considerável quantidade dos nomes indicados nas listas havia ajuizado reclamações trabalhistas (fl. 36).

Pelas provas produzidas nos autos, especialmente pelos dados apurados pelo Ministério Público do Trabalho, restou demonstrado que a Employer mantinha a lista 'PISMEL', na qual eram incluídos nomes não apenas de trabalhadores que haviam ajuizado reclamação trabalhista, mas também daqueles que, com base em critérios subjetivos (como recebimento de seguro-desemprego e ato de mera insubordinação), contavam com algum dado 'negativo'. Também restou demonstrado que tal lista era consultada para admissão de empregados.

Embora admita a possibilidade de ter havido contratações de pessoas cujos nomes constavam da listagem 'PISMEL', há evidências de que tal ocorria de forma excepcional, não sendo esta a regra. Ficou claro que a lista sempre era consultada e que se o nome do candidato a emprego dela constasse provavelmente não seria admitido, a menos que houvesse algum interesse especial na contratação independentemente dos 'dados negativos'.

Também resta evidente que a Employer repassava tal lista ao menos para as empresas de seu grupo econômico e para aquelas que lá constavam como empregadoras. É manifesto que quem repassava os 'dados negativos' de cada trabalhador indicado na lista era o respectivo ex-empregador (quem evidentemente possuía os dados), no caso a COAGRU, o que revela o contato direto entre empresas para a formação da lista e, por conclusão lógica, o acesso comum ao 'banco de dados'. Ainda observo que, sendo a Employer empresa de porte considerável, com várias filiais cuja atividade-fim é a colocação de trabalhadores selecionados à disposição de outras empresas, por certo que a listagem acabava tendo grande alcance. Portanto, resta evidenciado que a pessoa incluída na lista podia perder várias oportunidades de emprego.

Assim como entendeu o d. julgador de origem, o simples fato de o nome do reclamante constar de listagem destinada a informações de 'dados negativos' de trabalhadores já acarreta dano moral. Além de a referida listagem a rigor atrapalhar o acesso ao mercado 'comum' de trabalho, empresta falso caráter desabonador à pessoa cujo nome nela está incluído. Para tanto, desnecessário que a lista tenha sido o motivo pelo qual o indivíduo tenha sido obstado de retornar ao mercado de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

trabalho. Mera inclusão na listagem fere a dignidade e a imagem do trabalhador, expressamente asseguradas na Constituição da República (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso X). E o art. 186 do atual CCB reza que: *‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito’*.

A conduta das reclamadas configurou ato de discriminação. A Convenção nº 111 da OIT (que dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150/68, estabelece em seu art. 1º, item 1, letra *b*, que caracteriza discriminação *‘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’*. Portanto, não há discriminação apenas por parte da empresa que não admite candidato a emprego por constar de listagem com *‘dados negativos’*, mas também por parte daquelas que criam, mantêm e compartilham tal listagem, como no caso dos autos, conduta que viola inclusive o princípio constitucional do valor social do trabalho.

O art. 5º, inciso XIV, da CF, invocado pela recorrente Employer como assegurador do direito à informação, deve ser interpretado em conjunto justamente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, expressamente previstos nos incisos III e IV do art. 1º da Lei Maior, bem como com o que dispõe o já citado art. 5º, inciso X, da Constituição da República.

Portanto, ao contrário do que sustentam as recorrentes, a pretensão do autor encontra suporte no ordenamento jurídico, não sendo permitida a conduta das reclamadas, por ser discriminatória e ilícita.” (fls. 399v.-493)

Irresignada, com base em arestos ditos divergentes (fls. 502-504) e violação dos arts. 186 e 927 do CCB, alega a 1ª reclamada, em síntese, que a comprovação do dano é requisito necessário para ensejar o direito à indenização e não a mera presunção de dano como entendeu o acórdão recorrido.

Acrescenta que o art. 5º, XIV, da CF, assegura o acesso à informação, sendo certo que “a recorrente ao elaborar um banco de dados, o qual foi intitulado como lista negra pelo recorrido, somente se utilizou de prerrogativa constitucional” (fl. 505).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Por fim, aduz que inexistente qualquer disposição constitucional ou infraconstitucional que lhe iniba de elaborar um banco de dados, restando patente que a Corte Regional feriu o art. 5º, II, da CF.

Sem razão a 1ª reclamada.

O dano moral, *in casu*, se efetiva no momento que incluído o nome do reclamante em lista suja (PISMEL), independentemente do resultado.

Isso porque, conforme leciona José Affonso Dallegrave Neto: “Enquanto o dano material encerra perdas e danos que alcança os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 402 do CC), exigindo-se assim a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral o valor é arbitrado pelo juiz que visa uma compensação financeira para a vítima, sendo desnecessária a prova do prejuízo moral, o qual é presumido da própria violação à personalidade da vítima: (...) Particularmente, entendo que *o dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo (...)*” (*Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p.151 e 154 – grifo nosso).

Por sua vez, segundo o ilustre baiano Luiz de Pinho Pedreira da Silva (in: *A reparação do dano moral no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p.145 e 146):

“Autores brasileiros seguem na mesma esteira. Assim, Carlos Alberto Bittar é, a respeito, categórico: ‘Na concepção moderna da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera pelo simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, *ipso facto*, há a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto. Neste sentido, ocorrido o fato gerador e identificadas as situações dos envolvidos, segue-se o de cunho moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral, do lesado’. Não difere em substância, sobretudo quanto ao dano extracontratual, o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves: ‘O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar o prejuízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante.”

Com efeito, levando-se em consideração que a única prova a ser produzida, em se tratando de dano moral, é a do ato ilícito, por se constituir, essencialmente, em ofensa à dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88), não se há falar em necessidade de comprovação do resultado, porquanto o prejuízo é mero agravante do lesionamento íntimo.

Esta c. Corte, quanto à controvérsia em tela, mediante a SBDI-1 e turmas, tem decidido:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DOENÇA PROFISSIONAL. COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO PERANTE TERCEIROS. DESNECESSIDADE. Cinge-se a controvérsia em se determinar se, nos casos de acidente de trabalho ou doença profissional equiparada a acidente de trabalho, é necessária a prova do efetivo prejuízo sofrido pelo empregado. De acordo com a doutrina e a jurisprudência que vem se consolidando, o dano moral, por se caracterizar como lesão a direitos da personalidade ou bens imateriais do ser humano, afasta a necessidade de efetiva comprovação do prejuízo sofrido, pois se torna extremamente difícil se averiguar os aspectos íntimos das pessoas para se demonstrar o prejuízo efetivamente sofrido. No caso dos autos, é incontroversa a premissa fática de que a reclamante foi acometida de doença profissional Síndrome do Túnel do Carpo, em virtude das atividades desempenhadas na reclamada, e que, por este motivo, percebeu auxílio-doença acidentário, posteriormente convertido em aposentadoria por invalidez. Dessarte, havendo a comprovação da lesão (doença profissional) e do nexo de causalidade (atividade desempenhada na empresa), não há como se afastar a indenização por dano moral, visto que o dano moral configura-se como um dano *in re ipsa*, ou seja, independe da prova do efetivo prejuízo. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-109040-47.2005.5.12.0012, SBDI-1, Relª Minª Maria de Assis Calsing, DEJT – 04.06.10)

“RECURSO DE EMBARGOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DOENÇA PROFISSIONAL. PROVA. DESNECESSIDADE.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O dano moral pode ser conceituado como o vilipêndio a direito da personalidade do lesado, atingindo aspectos não patrimoniais da vida do ser humano. Tal dano decorre, pois, da demonstração objetiva de que a conduta de alguém lesou direito da personalidade de outrem. Assim, inviável exigir-se a prova do sofrimento daquele que suporta o citado dano, pois, nesse caso, estar-se-ia impondo o ônus de demonstrar algo que não se concretiza no mundo dos fatos, mas, tão somente, no âmbito psicológico do lesado. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o dano moral é *damnum in re ipsa*, sendo, no caso, suficiente, para fins de atribuição de responsabilidade, a demonstração do evento, doença profissional, e fixado o nexo de causalidade. A doença profissional leva a uma perda da capacidade produtiva e, com isso, ocasiona um enfraquecimento emocional daquele que sofre a respectiva doença, sendo irrelevante a exposição do trabalhador a uma situação vexatória. A doença e a conseqüente incapacidade produtiva, por si só, causam a lesão ao princípio da dignidade humana encartado na Constituição Federal, em decorrência do constrangimento gerado ao empregado, que deve ser indenizado pelo dano moral sofrido. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-816513/2001, SBDI-1, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT 23.10.09).

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DA RECLAMADA COAMO AGROINDUSTRIAL COOPERATIVA. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (...)

DANO MORAL. INCLUSÃO DO NOME DE EX-EMPREGADO EM LISTA NEGRA. Concebendo o dano moral como a violação de direitos decorrentes da personalidade estes entendidos como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas (BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25), a sua ocorrência é aferida a partir da violação perpetrada por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, sendo dispensada a prova de prejuízo concreto, já que a impossibilidade de se penetrar na alma humana e constatar a extensão da lesão causada não pode obstaculizar a justa compensação. Depois de restar superada a máxima segundo a qual não há responsabilidade sem culpa, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento da responsabilidade, desmentido se vê hoje, também o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano, substituída que foi a comprovação antes exigida

pela presunção *hominis* de que a lesão a qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-60). O dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção *hominis*) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo (DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 154). Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmage e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo: o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito (STJ, REsp. 85.019, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10.03.98, DJ 18.12.98). Incorre na compensação por danos morais, por violação à honra do empregado, o empregador que lhe atribui acusações infundadas de ato de improbidade lesiva ao seu bom nome, dá informações desabonatórias e inverídicas a alguém que pretende contratá-lo ou, ainda, insere o trabalhador em lista negra, para efeito de restrições de crédito e outras operações, visando a discriminá-lo em futuros empregos, pelo fato de o trabalhador tê-lo acionado em juízo, fornecendo tais informações às prestadoras de serviço e exigindo que elas não contratem esse empregado (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006). Incólumes os arts. 186 e 927 do Código Civil. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA EMPLOYER ORGANIZAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS. DANO MORAL. CIRCULAÇÃO DE LISTA COM INFORMAÇÕES DE EX-EMPREGADOS. DIREITO À INFORMAÇÃO. O inciso XIV do art. 5º da Constituição da República, que prevê o acesso de todos à informação, não autoriza a exposição do nome do empregado, tampouco de aspectos da relação de emprego com ele mantida, declinados de forma unilateral pelo empregador em lista destinada a rotular ex-empregados. O ordenamento jurídico veda a imputação de fato ofensivo à reputação de outrem (art. 139 do CP), bem como a ofensa à dignidade ou ao decoro (art. 140 do CP) – aumentando de um terço a pena se qualquer dos crimes é cometido por meio que facilite a divulgação da difamação ou da injúria (art. 141 do CP), sendo inviável até mesmo a possibilidade de exceção da verdade, salvo, no caso de difamação, se provada a condição servidor público (art. 139, parágrafo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

único, do Código Penal). Os deveres de lealdade adstringem as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos, anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham a frustrar as expectativas corporificadas no contrato ou nele legitimamente sustentadas (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 112). Incólumes os incisos X e XIV do art. 5º da Constituição da República. Recursos de embargos não conhecidos.” (TST-E-ED-RR-249/2005-091-09-00.0, SBDI-1, Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU 19.10.07. Da mesma forma o ERR-625/2006-052-18-00, DEJT 17.04.09).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. O acórdão recorrido, examinando os fatos e as provas existentes nos autos, constatou que o demandante foi submetido a constrangimento (inclusão do seu nome em lista negra), consubstanciando ilícito praticado pela demandada e que denegriu a sua honra e a sua imagem. Não ocorreu inversão do ônus da prova nem qualquer violação legal. Agravo conhecido e não provido.” (TST-AIRR-619/2003-091-09-40.2, Rel. Juiz Conv. José Ronald C. Soares, 6ª T., DJU 30.03.07).

“ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE LISTA NEGRA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA SUA OCORRÊNCIA. I. O dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de consistir em ofensa a valores humanos, os quais se identificam por sua imaterialidade, sendo imprescindível apenas a demonstração do ato ilícito do qual ele resultou. II. A comprovação, pelo contexto fático-probatório, por sinal insuscetível de reexame nesta Corte, a teor da Súmula nº 126, de que o nome do autor constara de lista negra elaborada e divulgada pela empresa, caracteriza o ilícito patronal e, por consequência, fica materializado o dano moral, em função do qual é incontestável o direito à indenização compensatória. III. Vale registrar não ter sido reiterada nas contra-razões do recurso de revista a impugnação veiculada, no recurso ordinário, ao valor arbitrado pelo juízo de primeiro grau, de sorte que não há lugar para pronunciamento do TST. IV. De qualquer modo, ainda que inusual em sede de cognição extraordinária, defronta-se com a razoabilidade do valor lá arbitrado de R\$ 15.000,00, tendo em conta a estatura econômico-financeira da empresa e a gravidade da ofensa, não se dividando no arbitramento desrespeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. V. Recurso provido.” (Proc. TST-RR-196/2004-091-09-00, 4ª T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJU 11.10.07)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“LISTAGEM ELABORADA PELA EMPRESA COM DADOS PESSOAIS DO EX-EMPREGADO. DIVULGAÇÃO. DANO MORAL INDEPENDENTE DE EVENTUAIS EFEITOS NA VIDA PROFISSIONAL DO TRABALHADOR. A Corte Regional entendeu que há prejuízo à imagem, à intimidade e à dignidade do trabalhador cujos dados pessoais se encontram inseridos em um banco cadastral elaborado pela reclamada, destinado a consulta por outras empresas em face de provável contratação, independentemente do resultado na vida funcional do mesmo. Assim, considerou de direito a indenização por dano moral. Diferentemente do que alegado pela recorrente, não há no acórdão recorrido presunção de dano moral, mas simples afirmação da sua existência, diante do fato objetivo da inclusão do nome do autor em listagem que visava a consulta por outras empresas. A Corte concluiu que, independentemente do resultado sobre a vida funcional dos atingidos, a divulgação de dados pessoais dos trabalhadores entre as empresas constituía *per si* o fator gerador de irrecusável prejuízo. Violação de lei não configurada (art. 5º, II, XIV, XXXIX e LVII da Constituição Federal). Nenhum dos julgados trazidos à colação contém entendimento acerca de idêntica questão (Súmulas ns. 23 e 296/TST) (...). Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST-AIRR-558/2003-091-09-40.3, Rel. Juiz Conv. José Ronald C. Soares, 2ª T., DJU 23.03.07).

Encampa, também, a tese da desnecessidade da prova do prejuízo concreto, no tocante ao dano moral, o c. STJ. Cito precedentes:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. CANCELAMENTO INDEVIDO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO DO NÚMERO NO ‘BOLETIM DE PROTEÇÃO’ (‘LISTA NEGRA’). CONSTRANGIMENTO. COMPRA RECUSADA. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, ‘a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular’ nesse cadastro.” (REsp 233.076/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.11.99, DJ 28.02.00)

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE NARRAR. ASSERTIVA CONSTANTE DO ARESTO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NESTA INSTÂNCIA. MATÉRIA PROBATÓRIA. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA/STJ. DANO MORAL. DEMONS-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

TRAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DE DIREITO. RESPONSABILIDADE TARIFADA. DOLO DO JORNAL. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I. (...)

II. Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito.

III. (...)” (REsp 85.019, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10.03.98, DJ 18.12.98)

“PROCESSO CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE COM SUFICIENTE PROVISÃO DE FUNDOS. ERRO ADMINISTRATIVO. CONSTRANGIMENTO PREVISÍVEL. INDENIZAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO.

1. Conforme entendimento firmado nesta Corte, ‘não há falar em prova de dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam’ (Precedentes: REsp 261.028/RJ, Rel. Min. Menezes Direito; REsp 294.561/RJ, Rel. Aldir Passarinho Júnior; REsp 661.960/PB, Relª Minª Nancy Andrighi). O v. acórdão recorrido não se afastou da jurisprudência desta Corte, ao decidir que decorre da indevida devolução de cheque a presunção de existência de dano moral indenizável.

2. (...)” (REsp 727.369/AL, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 16.05.05).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL. DANO MORAL. PROVADO PREJUÍZO. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

Provados o fato e as circunstâncias pessoais do viajante, para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não se exige a prova do desconforto, da dor ou da aflição, que são admitidos através de um juízo da experiência. Precedente da Quarta Turma.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Fixação do montante indenizatório que não ofende as disposições da Convenção de Varsóvia ou da lei. Recurso especial não conhecido.” (REsp 168976/SP, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 02.12.02)

Incide, portanto, na hipótese o óbice da Súmula nº 333/TST e o do art. 896, § 4º, da CLT.

Ressalte-se, ainda, que está fora do poder diretivo e disciplinar do empregador perseguir seus ex-empregados, criando empecilhos quanto ao acesso e/ou permanência em outros postos de trabalho, porquanto o trabalho constitui-se em instrumento essencial à dignidade humana, resguardada constitucionalmente (art. 1º, III), razão pela qual a CLT, sabiamente, proíbe que o empregador faça qualquer anotação, na CTPS, que desabone o empregado, sob pena de incorrer em multa administrativa (art. 29, §§ 4º e 5º).

Por fim, frise-se que a questão em torno dos incisos II e XIV do art. 5º Constituição da República sequer foi prequestionada, atraindo o obstáculo da Súmula nº 297/TST.

Não conheço.

1.3 – DANO MORAL – VALOR ARBITRADO

A Corte *a quo* manteve o valor da condenação arbitrado pelo juízo de primeiro grau, valendo-se da seguinte fundamentação:

“De forma sucessiva à pretensão recursal atinente ao próprio dano moral, buscam as recorrentes a redução do valor fixado em sentença (R\$ 25.000,00) a título de indenização por dano moral. A reclamada COAGRU afirma que o autor, em audiência, para fins de acordo aceitava a quantia de R\$ 10.000,00 e que para a fixação de um justo valor deve se ter em mente a inexistência de culpa da recorrente, que atua apenas como tomadora de serviços, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A ré Employer sustenta, em síntese, que: a importância fixada não encontra consonância com a realidade vivida pelo recorrido e que importando em R\$ 10.000,00 o valor proposto pelo recorrido para fins de acordo, este deve ser tido como valor máximo suficiente para compensar o constrangimento moral dito como sofrido.

A pretensão não merece amparo. A fixação de indenização por dano moral deve possuir caráter nitidamente exemplar, visando a impedir que o ofensor pratique novamente o ato. Assim, em tal fixação deve-se considerar, além da gravidade do dano ocorrido e da condição financeira

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

da vítima, a capacidade econômica do ofensor. Considerando tais fatos, reputo que o valor arbitrado em 1º grau não se mostra exagerado, não merecendo restrição. Observo que o valor apontado pelo autor quando da oportunidade de acordo não pode ser tido como patamar para a fixação de indenização, pois, a meu ver, sua mera indicação para fins de transação pressupõe que o próprio reclamante já esteja abrindo mão de parte de direito que entenda possuir. Mantenho.” (fls. 493v.-494)

Aduz a 1ª Reclamada que merece ser reduzido o *quantum* indenizatório, uma vez que o critério adotado para fixação do dano moral aponta aspectos distintos aos do aresto que colaciona (fls. 507-508), o qual não fixa a indenização com base no critério punitivo.

Sem razão, na medida em que o aresto que colaciona está, na verdade, em conformidade com o *decisum* recorrido.

Ademais, o fato de o paradigma, naquela situação em concreto, arbitrar valores distintos do presente, não torna específico o aresto, porquanto distintas as situações fáticas confrontadas. Incidência da Súmula nº 296/TST.

Por oportuno, frise-se que o valor a ser fixado a título de dano moral não possui expressa previsão legal. Ao contrário, é na doutrina e jurisprudência que encontramos os elementos balizadores da sua fixação.

Não conheço.

1.4 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Quanto aos honorários advocatícios, decidiu o e. Tribunal Regional ao apreciar o recurso da reclamada:

“Pugnaram as recorrentes pela reforma do julgado que as condenou ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor da condenação. Afirmam que a decisão encontra-se em desacordo com o entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula nº 219 do C. TST e que nesta Justiça do Trabalho a condenação deve observar o que dispõe a Lei nº 5.584/70 e a Lei nº 1.060/50.

Razão não lhes assiste. Segundo entendimento desta 5ª Turma Julgadora, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/05, que deu nova redação do art. 114 da CF, permanecem com natureza civil as ações de indenização por danos morais, ainda que decorram da relação de emprego, porque o direito não tem natureza de crédito trabalhista.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Alia-se a este argumento o fato de que, em razão da necessidade de adaptação do procedimento dos processos que tramitavam perante a Justiça Comum e que passaram para a competência material da Justiça do Trabalho, em face da EC 45/04, o TST emitiu a Instrução Normativa nº 27/05, a qual em seu art. 5º determina que: *‘Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência’*.

O autor busca o ressarcimento pelos danos morais causados pela inclusão de seu nome em lista negra. Por tal motivo, entendo que a situação ora examinada deve ser analisada à luz da lei civil e da Instrução Normativa do TST supramencionada, autorizando a fixação de honorários de sucumbência à parte vencedora na demanda. Nada a alterar.” (fl. 494)

Por sua vez, julgando o recurso ordinário adesivo do reclamante, registrou:

“Neste tópico a parte autora busca a revisão do julgado para que seja majorado o percentual de honorários advocatícios de sucumbência de 10% para 20% considerando-se a natureza e importância da causa além do trabalho e tempo exigido para tanto por parte de seus patronos.

A insurgência procede. Segundo entendimento desta 5ª Turma Julgadora, consoante já salientado no recurso das reclamadas, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/05, que deu nova redação do art. 114 da CF, permanecem com natureza civil as ações de indenização por danos morais, ainda que decorram da relação de emprego, porque o direito não tem natureza de crédito trabalhista.

Assim cabível a condenação em honorários de sucumbência de que trata o art. 20 do CPC, cujo percentual entendo também deva ser majorado ante o trabalho e tempo despendido pelo procurador do autor, na reunião de documentos para elaboração da ação, realização de audiência e confecção de peças processuais.

Reformo para majorar o percentual de honorários de sucumbência para o montante de 20%.” (fl. Alega a 1ª reclamada que merece reforma a decisão quanto a ambos os aspectos (os próprios honorários, porque ausentes os requisitos da Lei nº 5.584/70, e o percentual). Denuncia contrariedade às Súmulas ns. 219 e 329/TST.

Com razão.

Esta Corte, por meio da Súmula nº 219, pacificando entendimento acerca do cabimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, elenca dois

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

requisitos para o deferimento da verba, a saber: estar a parte assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação que não lhe permita demandar sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

Ademais, nos termos da OJ-SDI1-TST-305 esses dois requisitos devem ocorrer de forma concomitante.

Dessa forma, conclui-se que o e. Tribunal Regional, ao deferir os honorários somente pelo prisma da sucumbência, acabou por contrariar a referida Súmula nº 219.

Conheço, pois, do recurso, por contrariedade à Súmula nº 219/TST.

2 – MÉRITO

2.1 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conhecido o recurso por contrariedade à súmula deste Tribunal, a medida que se impõe é o seu *provimento* para excluir da condenação os honorários advocatícios.

II – RECURSO DE REVISTA DA 2ª RECLAMADA COAGRU – COOPERATIVA AGROINDUSTRIAL UNIÃO LTDA. (FLS. 511-516)

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade referentes a tempestividade (fls. 497 e 511), representação processual (fl. 517 e 350) e preparo (fls. 394, 414 e 510), passo ao exame dos específicos do recurso.

A 2ª reclamada COAGRU – Cooperativa Agroindustrial União Ltda. recorre de revista em relação aos temas “dano moral – ausência de prova” e “honorários advocatícios”, controvérsias já dirimidas no recurso anterior da Employer, razão pela qual resta *prejudicado* o exame do presente apelo.

Isto posto, acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista da 1ª reclamada Employer Organização de Recursos Humanos Ltda. apenas quanto aos honorários advocatícios, por contrariedade à Súmula nº 219/TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a aludida verba. Prejudicado o exame do recurso de revista interposto pela 2ª Reclamada COAGRU – Cooperativa Agroindustrial União Ltda.

Brasília, 30 de junho de 2010. *Horácio Senna Pires*, relator.

DANO MORAL. VIOLAÇÃO À IMAGEM E À DIGNIDADE

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL. CHARGE PROPAGADA POR E-MAIL ATENTATÓRIA À IMAGEM E À DIGNIDADE DO RECLAMANTE. CULPA DO EMPREGADOR POR ATO DE EMPREGADO OU PREPOSTO.

1. *Consoante se infere do acórdão recorrido, ao reputar configurada violação à imagem e à dignidade do autor, condenando a reclamada ao pagamento de indenização derivada de dano moral, o Tribunal Regional fundamentou a decisão nos arts. 932, III, e 933 do Código Civil e na Súmula nº 341 do STF. Ressaltou que o reclamante, após a prestação de quase 24 anos de irrepreensíveis serviços, teve contra ele expedido mandado de prisão por crime de desobediência e viu-se ridicularizado, desrespeitado e humilhado por ato do superior hierárquico, este responsável por charge propagada via e-mail.*

2. *Não restam configuradas, portanto, as hipóteses de violação da literalidade do art. 5º, XII, da Constituição da República e de divergência jurisprudencial.*

3. *A solução do litígio não se deu sob o lume da inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das correspondências, de que trata o dispositivo constitucional invocado. Daí não haver falar em violação, na espécie.*

4. *O ato ilícito contra os direitos da personalidade do reclamante teve como agente lesante o superior hierárquico, portanto o preposto do empregador, sendo este responsável pela reparação civil, nos termos do art. 932, III, do Código Civil e da Súmula nº 341 do STF. Os arestos colacionados ou são formalmente inválidos (Súmula nº 337 do TST) ou não guardam a necessária especificidade fática (Súmula nº 296, I, desta Corte Superior).*

Recurso de revista de que não se conhece, nesse tema.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE ARBITRADO À CONDENAÇÃO. DESPROPORÇÃO ENTRE A GRAVIDADE DA CULPA E O DANO. REVISÃO DO VALOR.

1. *No tocante ao quantum indenizatório fixado pelas instâncias a quo, a jurisprudência em formação neste Tribunal Superior vem consolidando orientação*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada a título de reparação de dano moral, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. No caso vertente, a Corte Regional destoou da realidade ao fixar a compensação do dano moral no montante de 240 vezes a maior remuneração, no valor aproximado de R\$ 600.000,00, mensurando em demasia a lesão íntima sofrida pelo autor, sem observar que a indenização é medida pela extensão do dano e devem ser observados, nesse balizamento, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com os arts. 944, parágrafo único, do Código Civil, e 5º, V e X, da Constituição Federal.

3. Revisão do valor da indenização para o montante de R\$ 180.000,00, mais adequado às circunstâncias do caso concreto, às condições econômicas das partes e à finalidade da reparação (teorias do desestímulo e da vedação ao enriquecimento sem causa).

Recurso de revista conhecido, nesse particular, e provido para reduzir o valor da indenização.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA E INDENIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

1. O fundamento do acórdão recorrido para a condenação da empresa ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé foi a alteração da verdade dos fatos quando, em sede de embargos de declaração, tentou compensar valores que teria pago ao autor, em discordância com os termos da rescisão contratual (arts. 17, II, e 18, § 2º, do CPC).

2. A aplicação de penalidade por litigância de má-fé, devidamente fundamentada, não maltrata o direito de defesa estabelecido no art. 5º, LV, da Carta Magna, por constituir dever de qualquer juiz ou tribunal punir condutas da parte que atenta contra a dignidade da justiça e o conteúdo ético do processo, matéria afeta à normatividade inferior.

Recurso de revista de que não se conhece, nesse particular.

(Processo nº TST-RR-131240-59.2003.5.01.0033 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-131240-59.2003.5.01.0033 (Convertido de agravo de instrumento de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

mesmo número), em que é Recorrente Light – Serviços de Eletricidade S.A. e recorrido Clemente Miceli.

Contra a decisão proferida à fl. 220, por meio da qual a presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região denegou seguimento a recurso de revista, a reclamada interpõe agravo de instrumento, conforme as razões às fls. 02-10.

O reclamante apresentou contraminuta (fls. 227-231) e contrarrazões (fls. 233-238).

Autos não remetidos ao Ministério Público do Trabalho, por não estar caracterizada hipótese prevista no art. 83, § 2º, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO

1 – CONHECIMENTO

Na contraminuta (fls. 227-231), o agravante suscita a preliminar de não conhecimento do agravo, ante a irregularidade na formação do instrumento, no tocante à ausência das cópias das peças relativas ao Proc. RT-0293-2004-033-01-00-2, cuja ação fora proposta por dependência à ação principal; à falta de procuração específica, pois o substabelecimento à fl. 38 confere poderes à subscritora do agravo para agir junto ao TRT da 1ª Região; a não juntada da procuração original e a falta de autenticação da procuração à fl. 40 e do substabelecimento à fl. 38 e, finalmente, por inobservância às Instruções Normativas ns. 16 e 23 do TST.

Todavia, não se constata os vícios formais apontados pelo agravado.

O instrumento do agravo está formado com todas as peças de traslado obrigatórios e necessárias à compreensão integral da controvérsia, a teor do art. 897, § 5º, I, da CLT, não sendo obrigatórias aquelas referidas pelo agravado.

No que concerne à autenticação das peças que formam o instrumento do agravo, constata-se, à fl. 03, declaração expressa da advogada subscritora do recurso quanto à autenticidade das peças trasladadas, nos termos da IN-16/2000 desta Corte Superior, com força de validar as cópias simples, aí incluídas a procuração à fl. 40 e o substabelecimento à fl. 38.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A respeito à validade do instrumento de mandato com cláusula limitativa de poderes ao âmbito do Tribunal Regional do Trabalho, a matéria já se encontra pacificada pela Orientação Jurisprudencial nº 374 da SBDI-1 desta Corte uniformizadora, *verbis*:

“374. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. REGULARIDADE. PROCURAÇÃO OU SUBSTABELECIMENTO COM CLÁUSULA LIMITATIVA DE PODERES AO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. (DJe divulgado em 19, 20 e 22.04.10)

É regular a representação processual do subscritor do agravo de instrumento ou do recurso de revista que detém mandato com poderes de representação limitados ao âmbito do Tribunal Regional do Trabalho, pois, embora a apreciação desse recurso seja realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a sua interposição é ato praticado perante o Tribunal Regional do Trabalho, circunstância que legitima a atuação do advogado no feito.”

Finalmente, restam observados os requisitos formais estabelecidos nas Instruções Normativas ns. 16 e 23 do TST, razão por que, presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade, *conheço* do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE ARBITRADO À CONDENAÇÃO. DESPROPORÇÃO ENTRE A GRAVIDADE DA CULPA E O DANO. REVISÃO DO VALOR

A Corte Regional, julgando os embargos de declaração interpostos pelo reclamante (fls. 177-178), acolheu-os, com efeito modificativo, para negar provimento ao recurso empresarial e prover parcialmente o recurso do autor para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral, tal como requerido na peça vestibular, no montante de 240 remunerações do autor, equivalente, à época, segundo a reclamada, o valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

Ao reputar configurada a violação aos atributos da personalidade do reclamante (imagem e dignidade) e condenar a reclamada ao pagamento de indenização derivada de dano moral, o Tribunal *a quo* fundamentou a decisão nos arts. 932, III, e 933 do Código Civil e na Súmula nº 341 do STF. Salientou que o reclamante, após a prestação de quase 24 anos de irrepreensíveis serviços,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

teve contra si expedido mandado de prisão por crime de desobediência e viu-se ridicularizado, desrespeitado e humilhado por ato do superior hierárquico, este responsável por charge propagada via *e-mail*, ridicularizando-o (fl. 177).

Todavia, em face do expressivo valor atribuído à condenação e a extensão do dano, além das circunstâncias relatadas na decisão recorrida, visualiza-se a possibilidade de violação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, dando ensejo ao provimento do agravo, para melhor exame do recurso de revista.

Do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para destrancar o recurso de revista, observado o procedimento estabelecido na Resolução Administrativa nº 928/03 do Tribunal Superior do Trabalho.

II – RECURSO DE REVISTA

1 – CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se à análise dos específicos de cabimento do recurso de revista.

1.1 – RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL. CHARGE PROPAGADA POR *E-MAIL* ATENTATÓRIA À IMAGEM E À DIGNIDADE DO RECLAMANTE. CULPA DO EMPREGADOR POR ATO DE EMPREGADO OU PREPOSTO

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, mediante o acórdão prolatado às fls. 176-177, deu provimento aos embargos de declaração interpostos pelo reclamante, mediante os seguintes fundamentos, *verbis*:

“Por óbvio, os fatos lamentáveis ocorridos (mandado de prisão expedido contra o reclamante, a *charge* propagada por *e.mail* de um chefe do autor ridicularizando-o) enseja ‘dano moral’, exatamente por conta de responsabilidade objetiva da empregadora, nos termos dos arts. 932, III, e 933, do Código Civil brasileiro, o que é corroborado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 341, *in verbis*:

(...)

Saliente-se que o autor, após a prestação de quase 24 (vinte e quatro) anos de irrepreensíveis serviços, viu-se ridicularizado, desrespeitado e humilhado não se podendo olvidar dos depoimentos colhidos, que nomeavam sempre o superior hierárquico do autor, como

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

responsável pelos acontecimentos v. fls. 100/101 e 104, vindo daí a inafastável responsabilidade objetiva da empregadora.

Assim, neste tópico, lastrado nos arts. 932, inciso III e 933, do CCB, e Súmula nº 341 do Colendo STF, acolho os embargos declaratórios, com efeito modificativo, para, provendo parcialmente o recurso ordinário de fls. 134/146, determinar a paga de indenização por dano moral tal como requerido na peça vestibular.

Por tais fundamentos, e via de consequência, nega-se provimento ao apelo patronal.”

A empresa recorrente sustenta, em síntese, que “não se tem nos autos qualquer prova que comprove (*sic*) e correlacione o alegado ato ilícito com o lesionamento íntimo”, sendo “inconteste que a ofensa que gerou o deferimento por dano moral não foi feita por qualquer um dos representantes da empresa no exercício de suas atribuições, não atuava o ex-funcionário remetente do *e-mail* naquela oportunidade como representante da empresa”. Aduz, ainda, que “também não pode prevalecer a condenação à reparação de dano moral sofrida por piada enviada por *e-mail*, quando se sabe que inexistente legislação específica em relação à privacidade e o sigilo da correspondência e da comunicação de dados”. Aponta violação do art. 5º, II, da Constituição Federal e transcreve arestos a cotejo.

O recurso não alcança conhecimento, nesse tema.

Consoante se infere do acórdão recorrido, ao reputar configurada violação à imagem e à dignidade do autor, condenando a reclamada ao pagamento de indenização derivada de dano moral, o Tribunal Regional fundamentou a decisão nos arts. 932, III, e 933 do Código Civil e na Súmula nº 341 do STF. Salientou que o reclamante, após a prestação de quase 24 anos de irrepreensíveis serviços, teve contra ele expedido mandado de prisão por crime de desobediência e viu-se ridicularizado, desrespeitado e humilhado por ato do superior hierárquico, este responsável por charge propagada via *e-mail*.

Assim, não restam configuradas as hipóteses de violação da literalidade do art. 5º, XII, da Constituição da República, e de divergência jurisprudencial. A solução do litígio não se deu sob o lume da inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das correspondências, de que trata o dispositivo constitucional invocado. Daí não haver falar em violação, na espécie. O ato ilícito contra os direitos da personalidade do reclamante, de acordo com as premissas fáticas constantes do acórdão recorrido, teve como agente lesante o superior hierárquico; portanto, o preposto do empregador,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sendo este responsável pela reparação civil, nos termos do art. 932, III, do Código Civil e da Súmula nº 341 do STF.

Afora a natureza fática da controvérsia, insuscetível de reexame em sede recursal de natureza extraordinária, nos moldes da Súmula nº 126 do TST, verifica-se que os arestos colacionados às fls. 212-214 não guardam a necessária especificidade fática, atraindo o óbice da Súmula nº 296, I, desta Corte Superior.

Com efeito, o primeiro modelo veicula tese unicamente acerca do valor da indenização a título de danos morais, não tratando dos requisitos para a caracterização ou não da lesão extrapatrimonial, nos moldes do aresto recorrido.

Quanto ao aresto trazido às fls. 213-214, seu primeiro enfoque se compatibiliza com a decisão recorrida, no sentido de que a prova produzida fornece elementos para configuração de dano moral, e o segundo versa sobre o *quantum* indenizatório.

No que se refere ao julgado referido à fl. 211, não cuidou a recorrente de demonstrar o alegado conflito pretoriano, nos moldes da Súmula nº 337 do TST, limitando-se a citar o número do processo e a referência do TRT da 2ª Região.

Não conheço.

1.2 – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE ARBITRADO À CONDENAÇÃO. DESPROPORÇÃO ENTRE A GRAVIDADE DA CULPA E O DANO. REVISÃO DO VALOR

A Corte de origem, lastrada nos arts. 932, III, e 933 do Código Civil e Súmula nº 341 do STF, acolheu os embargos declaratórios interpostos pelo reclamante, com efeito modificativo, para, provendo parcialmente o recurso ordinário, *determinar a paga de indenização por dano moral tal como requerido na peça vestibular* (fl. 177, grifou-se), ou seja, “indenização por danos morais no montante de 240 remunerações do reclamante”.

A recorrente sustenta que a condenação a título de dano moral totaliza cerca de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), fora dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade que devem balizar o arbitramento, para que se evitem injustiças, sendo violado o art. 944, parágrafo único, do Código Civil, quando a reparação do dano moral é diametralmente oposta à extensão do dano.

Razão assiste à recorrente.

Na petição inicial da reclamatória trabalhista, o reclamante postulou que a reclamada fosse condenada ao pagamento de 240 vezes o valor de sua maior

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

remuneração, como ressarcimento pelos danos causados e pelos seus 24 anos de serviços prestados.

O Juiz de 1º Grau, na sentença, fixou o valor da condenação por danos morais no equivalente a 24 vezes o valor da maior remuneração do autor, utilizando-se do critério do tempo de serviço estabelecido no art. 478 da CLT.

O colegiado regional, em sede de embargos de declaração interpostos pelo reclamante, conferindo efeito modificativo ao julgado, deu-lhes provimento para “determinar a paga de indenização por dano moral tal como requerido na peça vestibular”.

Contra essa decisão recorre a empresa, pugnando a redução do valor da compensação por dano moral fixada na instância ordinária.

Ressalte-se que, na espécie, os atos gravosos aos direitos da personalidade do reclamante tiveram como causa a expedição de mandado de prisão por crime de desobediência, em face de descumprimento de decisão judicial relacionada ao corte de energia elétrica de cliente da reclamada, e a propagação de charge pelo superior hierárquico, humilhando e constrangendo o autor perante os colegas de trabalho.

Diante das circunstâncias do caso concreto, tendo em conta a extensão do dano e sua gravidade e conduta culposa da empregadora, por ato de preposto, entendo que o montante indenizatório arbitrado pela instância ordinária para compensar o sofrimento causado ao reclamante não observou os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, preconizados no art. 5º, V e X, da CF/88, e a extensão preconizada no art. 944, parágrafo único, do Código Civil, que dispõe, *verbis*:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

A função reparatória da indenização por dano moral tem como finalidade oferecer compensação à vítima e, assim, atenuar seu sofrimento, recaindo em montante razoável do patrimônio do ofensor, de tal modo que ele não persista na conduta ilícita, sob pena de se tornar desproporcional o montante indenizatório, havendo de existir equilíbrio entre o dano e o ressarcimento, pois, do contrário, configuraria enriquecimento sem causa da vítima.

No tocante ao *quantum* indenizatório fixado pelas instâncias *a quo*, a jurisprudência em formação neste Tribunal Superior vem consolidando orien-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

tação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada a título de reparação de dano moral, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte uniformizadora:

“DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. MONTANTE ARBITRADO À CONDENAÇÃO. No acórdão recorrido foi mantida a condenação ao pagamento de indenização por dano moral arbitrada na quantia de R\$ 453.000,00, atualizáveis, ao fundamento de que a reparação pecuniária não retorna à situação anterior, mas indeniza a perda. Diante das circunstâncias do caso concreto, o montante indenizatório arbitrado pelas instâncias ordinárias não observou os critérios da proporcionalidade e razoabilidade preconizados no inciso V do art. 5º da CF/88, violado, portanto, pela decisão recorrida. A função reparatória da indenização por dano moral tem como finalidade oferecer compensação à vítima e, assim, atenuar o seu sofrimento, recaindo em montante razoável do patrimônio do ofensor, de tal modo que ele não persista na conduta ilícita, sob pena de se tornar desproporcional o montante indenizatório, havendo de existir equilíbrio entre o dano e o ressarcimento. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido, nesse tema, para reduzir a indenização ao montante arbitrado em R\$ 50.000,00. (RR 530/1999-043-15-00, Rel Juiz Conv. Walmir Oliveira da Costa, 5ª T., DJ 01.04.0 EMBARGOS DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE ARBITRADO À CONDENAÇÃO. A Turma, para concluir pela fixação do valor da indenização, em montante inferior àquele fixado pelo Regional, não incursionou na prova dos autos, mas amparou-se na inobservância dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade preconizados no inciso V do art. 5º da CF, que restou violado em sua literalidade. Ausência de violação do art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos. (Processo: ED-RR 53000-75.1999.5.15. 0043, j. 24.10.06, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DJ 24.11.06)

EMBARGOS – DANOS MORAIS – REALIZAÇÃO DE REVISTA ÍNTIMA – CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 37 da C. SBDI-1, a Turma é soberana na análise de divergência jurisprudencial. DANOS MORAIS – REEXAME DE MA-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

TÉRIA FÁTICA A C. Turma conheceu do recurso de revista da reclamante por divergência jurisprudencial, a evidenciar a não-ocorrência de revisão do conjunto probatório. No mérito, julgou segundo os fatos revelados pelo acórdão regional. Incólume o Enunciado nº 126/TST. DANOS MORAIS – RECONHECIMENTO DO DANO – PREVISÃO NORMATIVA DA REVISTA. 1. O Eg. Tribunal Regional consignou que a reclamante era submetida a revistas diárias, nas quais lhe era demandado abaixar as calças até os joelhos e levantar a camisa até os ombros. 2. Demonstrada a violação à honra e intimidade da reclamante, não aproveitada à reclamada a alegação de previsão normativa da revista. A autorização de realização do procedimento não se comunica com a abusividade dos meios empregados, razão da condenação. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO 1. O arbitramento do dano moral, pelas próprias circunstâncias que o definem, ocorre de maneira necessariamente subjetiva, segundo critérios de justiça e equidade, ainda que, em cada situação específica, seja dada ao magistrado a oportunidade de fixar parâmetros à apreciação do dano sofrido. 2. O dano moral tem o escopo de, por um lado, compensar a vítima pelo dano sofrido e, por outro, punir o infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia. Na fixação desse valor, levam-se em conta as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, bem como a gravidade da falta cometida. 3. Assim, *em sendo plausível o quantum fixado pela C. Turma, que levou em consideração o dano causado e a condição econômica da reclamada, não há falar em sua alteração, a fortiori, pela inexistência de firme critério legal.* Embargos não conhecidos.” (Proc. ED-RR- 641571-42.2000.5.02.5555, j. 28.06.04, Rel^a Min^a Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DJ 13.08.04 [grifou-se])

Em situações análogas, o C. Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que “evidenciada a exorbitância ou irrisoriedade do *quantum* indenizatório, é possível a esta Corte a revisão do valor fixado” (AgRg no REsp 617.219-RJ, DJ 02.09.09; REsp 1.060.740-RJ, DJ 08.06.09; AgRg no REsp 1.124.213-AL, DJ 17.03.10; REsp 879.460-AC, DJ 26.04.10).

Como antes frisado, no caso vertente, a Corte Regional destoou da realidade ao fixar a compensação do dano moral no montante de 240 vezes a maior remuneração, no valor aproximado de R\$ 600.000,00, mensurando em demasia a lesão íntima sofrida pelo autor, sem observar que a indenização é medida pela extensão do dano e devem ser observados, nesse balizamento, os

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com os arts. 944, parágrafo único, do Código Civil, e 5º, V e X, da Constituição Federal.

Cumprе ressaltar, a propósito, que não se está a rever as provas, mas procedendo nova qualificação jurídica aos fatos delineados no acórdão recorrido, subsumindo-os ao preceito normativo que estabelece critério objetivo para a mensuração da indenização a título de dano moral, em operação exclusivamente de direito.

Com apoio em tais fundamentos, *conheço* do recurso de revista por violação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

1.3 – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA E INDENIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A recorrente esgrime a tese de que a condenação ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé configura violação da ampla defesa, uma vez que a empresa não pretendeu levar o juízo a erro, como assim entendeu o julgador. Aponta como violado o art. 5º, LV, da Constituição Federal/88.

Contudo, o fundamento do acórdão recorrido para a condenação da empresa ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé, como se infere à fl. 204, foi a alteração da verdade dos fatos quando, em sede de embargos de declaração, tentou compensar valores que teria pago ao autor, em discordância com os termos da rescisão contratual (arts. 17, II, e 18, § 2º, do CPC).

Assim, a aplicação de penalidade por litigância de má-fé, devidamente fundamentada, não maltrata o direito de defesa estabelecido no art. 5º, LV, da Carta Magna, por constituir dever de qualquer juiz ou tribunal punir condutas da parte que atenta contra a dignidade da justiça e o conteúdo ético do processo, matéria afeta à normatividade inferior.

Não conheço.

2 – MÉRITO

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE ARBITRADO À CONDENAÇÃO. DESPROPORÇÃO ENTRE A GRAVIDADE DA CULPA E O DANO. REVISÃO DO VALOR

No mérito, conhecido o recurso de revista por violação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, impõe-se seu provimento.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tendo em vista os fundamentos expostos quando do exame do conhecimento do recurso, por violação de dispositivo de lei (CLT, art. 896, c), entendo que, inobservados os parâmetros estabelecidos na legislação para arbitramento, é possível a revisão do montante da condenação, uma vez que, a teor da Súmula nº 457 do STF, “o Tribunal Superior do Trabalho, conhecendo do recurso de revista, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

O critério utilizado na inicial e na sentença quanto ao cálculo do valor da indenização a título de dano moral com arrimo no art. 478 da CLT – indenização por tempo de serviço – não é adequado à mensuração desse tipo de indenização, cujos fundamentos legais e parâmetros são diametralmente opostos. Logo, não é possível utilizá-lo, na espécie.

Dessarte, acolhendo o posicionamento da d. Terceira Turma, arbitra-se o montante da condenação em R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), mais adequado às circunstâncias do caso concreto, às condições econômicas das partes e à finalidade da reparação (teoria do desestímulo e regra da vedação ao enriquecimento sem causa).

Do exposto, *dou provimento* ao recurso de revista para, reformando, nesse ponto, o acórdão recorrido, fixar o valor da condenação a título de dano moral no montante de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), com juros a contar do ajuizamento da reclamação trabalhista (CLT, art. 883) e a correção monetária contada da publicação da presente decisão.

Isto posto,

Acordam os ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar a preliminar suscitada em contraminuta do agravado e conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o julgamento do recurso de revista. Acordam, ainda, por unanimidade, julgando o recurso de revista, na forma do que dispõe o art. 897, § 7º, da CLT, não conhecer dos temas relativos à responsabilidade por dano moral e à litigância de má-fé e conhecer do recurso, quanto ao tema afeto ao valor da indenização a título de dano moral, por violação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento, para fixar o valor da condenação a título de dano moral no montante de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), com juros a contar do ajuizamento da reclamação trabalhista (CLT, art. 883) e a correção monetária contada da publicação da presente decisão. Ressalvas de fundamentação do Exmo. Ministro Waldir Oliveira da Costa, Relator.

Brasília, 16 de junho de 2010. *Waldir Oliveira da Costa*, relator.

DISPENSA ARBITRÁRIA. DOENÇA GRAVE NÃO OCUPACIONAL. DISCRIMINAÇÃO

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO. A dispensa do trabalhador em função de redução de sua produtividade decorrente de doença grave e crônica que passa a se manifestar ao longo da relação empregatícia, ainda que sem nexo com o ambiente e características do trabalho, tem, em parte, caráter discriminatório, afrontando os arts. 7º, XXXII, 5º, caput, e inciso I, art. 5º, XXIII, art. 170, caput, e inciso III, e art. 193 da Constituição, ensejando indenização equitativa.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-783194-33.2001.5.03.555 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-783194-33.2001.5.03.5555, em que é recorrente Antônio Carlos Gobbi e recorrida B F – Utilidades Domésticas Ltda.

O TRT da 3ª Região deu provimento parcial ao apelo do reclamante apenas para reduzir o valor dos honorários periciais para R\$ 600,00 (fls. 157-159).

O reclamante interpõe recurso de revista (fls. 161-171), pugnando pela reforma do acórdão regional quanto aos seguintes temas: preliminar de cerceamento de prova; reintegração e honorários periciais.

A Presidência do TRT da 3ª Região admitiu a revista com fundamento no art. 896, a, da CLT (fl. 172).

Foram apresentadas contra-razões ao recurso de revista (fls. 173-176), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso, passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE PROVA

O Eg. TRT assim decidiu:

“O reclamante não se conforma com o indeferimento da oitiva da testemunha arrolada na petição de fl. 103, pois pretendia provar que sua dispensa ocorreu de forma discriminatória, fato de que tinha conhecimento a referida testemunha. Argumenta que o indeferimento da prova testemunhal, seguido de decisão desfavorável, constituiu cerceamento do direito de produzir prova.

Não assiste razão ao reclamante. Na r. sentença constou que o reclamante pretendia produzir prova testemunhal para provar que houve agravamento da doença a que estava acometido ainda no curso do contrato de trabalho. Ora, tais fatos foram amplamente esclarecidos pela prova pericial, com a qual concordou expressamente o reclamante a fl. 122.

Nas razões recursais, o próprio reclamante aduziu que a reclamada confirmou (fl. 55) que a dispensa teve como causa a baixa produção. As provas produzidas, máxime a pericial e a documentação colacionada aos autos, são suficientes para o deslinde da controvérsia.

Assim, não se vislumbra o alegado cerceio, já que o Juiz Presidente apenas velou pela celeridade processual, coibindo a produção de provas inúteis, nos precisos termos do art. 130/CPC e do art. 765/CLT. Portanto, não há nulidade alguma a ser declarada.” (fls. 157-158)

No recurso de revista, o reclamante alega, em síntese, que: em face da exaustiva atividade por ele desempenhada, com deslocamentos contínuos realizados em transporte coletivo ou a pé, a maioria das vezes agravado pelo excesso de peso suportado, começou a sentir cansaço físico no decorrer de 1996; em março de 1997, iniciou uma maratona de exames e tratamentos que diagnosticaram estresse, exaustão muscular, lesões de fibra muscular; a doença constatada acarretou uma baixa de produção; ao invés de encaminhá-lo para um tratamento adequado, a reclamada dispensou-o, tão logo tomou conhecimento do seu gravoso quadro de saúde; a baixa de produção está intimamente relacionada com o agravamento da doença; requereu a produção de prova testemunhal, que foi indeferida pelo juízo de primeira instância, sob protestos; com a oitiva dessa testemunha pretendia provar que sua dispensa ocorreu de forma discriminatória. Requer seja reconhecida a nulidade da sentença, a partir do indeferimento da prova testemunhal, para o fim de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

realização da prova pretendida. Lastreia o apelo em violação do art. 5º, LV, da CF. Colaciona arestos para cotejo de teses.

Em face do disposto no art. 249, § 2º, do CPC, deixo de analisar a preliminar em apreço.

Não conheço.

2 – DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO

Sobre o tema, o Tribunal *a quo* decidiu:

“DA REINTEGRAÇÃO

O reclamante sustenta que quando do desligamento encontrava-se acometido de doença intratável, incurável, com sintomatologia progressiva e incapacitante para o trabalho, pelo que pleiteou nulidade da dispensa. Requer reintegração ao emprego, com o restabelecimento do convênio médico, garantia dos salários vencidos e vincendos e demais benefícios legais.

Na causa *petendi* da inicial, o reclamante afirmou que a doença foi provocada em face das inadequadas condições de trabalho a que se expunha e que a dispensa foi discriminatória porquanto estava acometido de doença profissional (LER). Requeriu fosse emitida a CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho).

Frise-se que o pedido do reclamante restringiu-se ao fato de considerar discriminatória a dispensa quando estava acometido de doença profissional.

A i. expert concluiu que o reclamante apresenta quadro grave de Distrofia Muscular de Steinert, patologia autossômica dominante, genética, que não guarda qualquer nexos com o trabalho.

A perita informou que ‘referida doença leva a quadros graves de atrofia muscular em todos os segmentos corpóreos, dificuldades para abrir as mãos, fraqueza muscular, dificuldades na fala, catarata, calvície precoce, diabetes, sonolência etc. É uma patologia intratável, incurável, com sintomatologia progressiva que pode levar à morte, por apnéia ou insuficiência cardíaca. Não guarda qualquer nexos com o trabalho/atividades laborativas que lhe eram inerentes’.

Assim, com base na prova pericial produzida, tem-se que *o reclamante, quando da dispensa, não estava acometido de doença profissional, e sim de doença de ordem genética, razão pela qual não se trata de acidente de trabalho, não havendo que se falar em reintegração ao emprego.*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

É oportuno ressaltar que a patologia é causada por um gene autossômico dominante, existente desde o nascimento do reclamante.

A doença foi diagnosticada em outubro/97 e o reclamante continuou trabalhando normalmente até a dispensa, em 06.04.98, sem qualquer controle médico da doença, pois não foi devidamente esclarecido sobre o seu quadro, pelos médicos que o atenderam. Mesmo após o desligamento, o reclamante continuou sem tratamento ou controle da doença até novembro de 1999, quando após progressão acentuada da sintomatologia, retomou o seu tratamento na Santa Casa, conforme constou no laudo pericial (fls. 109/111).

Em que pese a gravidade do quadro clínico do reclamante, não há fundamento legal para deferir o pedido de reintegração ao emprego, haja vista que a doença não guarda nexos com o trabalho. Também não restou evidenciada a dispensa discriminatória alegada nas razões recursais, sendo que ao proceder à dispensa do empregado, a reclamada estava simplesmente exercendo seu direito potestativo. Mesmo que a causa do desligamento tenha sido pela baixa produção, tal fato não constitui um ato discriminatório.

Registre-se que a jurisprudência transcrita nas razões recursais refere-se a trabalhador acometido por LER, lesão que guarda nexos com o trabalho desenvolvido pelo empregado. Portanto, não serve de parâmetro para o caso dos autos.

Por fim, constou no item VII do laudo pericial que o reclamante não passou pela perícia médica do INSS em momento algum do seu pacto de trabalho ou após ele, pois não foi encaminhado por nenhum dos médicos que o atendeu, apesar da gravidade da doença de que é portador. Saliente-se que a rescisão do contrato de trabalho do reclamante foi devidamente homologada pelo sindicato de sua categoria, conforme se infere do verso do TRCT de fl. 20. Logo, cabia ao sindicato orientar o empregado sobre possíveis direitos junto à Previdência Social. Lembre-se que o empregado mantém a qualidade de segurado, independente de contribuição até 12 meses após a cessação das contribuições para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela previdência social, sendo que referido prazo poderá ser acrescido de 12 meses para o segurado desempregado. Registre-se que durante tais prazos o segurado conserva todos os direitos perante a previdência social.” (fls. 158-159, g-n)

No recurso de revista, o reclamante alega, em síntese, que: a sua dispensa pela reclamada foi discriminatória, haja vista que, à época, encontrava-se acometido de doença intratável, incurável e com sintomatologia progressiva e incapacitante; durante todo o período do contrato de trabalho, desempenhou suas funções externamente, fazendo supervisão de demonstradores de vendas do Baú da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Felicidade, que se instalavam em agência de correios e casas lotéricas; a partir de 1996 passou a sentir muito cansaço físico; em março de 1997, iniciou uma maratona de exames e tratamentos que diagnosticaram estresse, exaustão muscular e lesões de fibra muscular; a doença constatada acarretou uma baixa de produção no trabalho; ao invés de encaminhá-lo para um tratamento adequado, a reclamada dispensou-o, tão logo tomou conhecimento do seu gravoso quadro de saúde; é estranho, diante de todo esse quadro clínico, ter sido considerado como apto pelo trabalho no exame demissional; se foi dispensado em razão da queda de produtividade, foi dispensado por causa da doença, o que corrobora a tese de que a dispensa foi discriminatória; a dispensa lhe trouxe graves prejuízos materiais e psicológicos, não só em razão da perda de salário, mas também em função da perda do convênio médico. Requer seja declarada nula a sua dispensa, com a sua reintegração ao emprego, com o restabelecimento do convênio médico, garantia dos salários vencidos e vincendos e demais benefícios legais. Lastreia o apelo em violação dos arts. 5º, *caput*, I, e 7º, XXXII, da CF; 3º, parágrafo único, da CLT. Colaciona arestos para cotejo de teses.

Com razão, ainda que apenas em parte.

Da leitura do acórdão recorrido, conforme concluído pelo perito, depreende-se que o reclamante apresentava quadro grave de Distrofia Muscular de Steinert, patologia autossômica dominante, genética, que não guardava qualquer nexos com o trabalho.

Assentou o Tribunal *a quo* que a doença foi diagnosticada em outubro/97, e que o reclamante teria continuado trabalhando normalmente até a dispensa, em 06.04.98, sem qualquer controle médico da doença, pois não foi devidamente esclarecido sobre o seu quadro, pelos médicos que o atenderam.

No entanto, entendeu a origem que não seria devida a reintegração ao emprego, pelo fato de não se tratar de acidente do trabalho, bem como que não seria o caso de dispensa discriminatória, porquanto a reclamada, ao proceder à dispensa do emprego, simplesmente teria exercido seu direito potestativo – ainda que o desligamento tenha sido causado pela baixa produção.

Data venia, divirjo, ainda que parcialmente, do entendimento proferido pelo Eg. TRT.

De fato, constitui a denúncia vazia do contrato de trabalho, na ordem jurídica brasileira, um direito meramente potestativo, realizando-se por meio de uma declaração volitiva de caráter receptício e constitutivo, com efeitos imediatos quanto à extinção contratual, tão logo recebida pela parte adversa.

Entretanto, tal direito potestativo encontra limites no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que algumas situações restringem ou até mesmo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

inviabilizam o livre exercício do poder resilitório (como exemplo, as garantias provisórias de emprego).

Na hipótese dos autos, a dispensa imotivada não se viabiliza, porquanto decorrente de ato discriminatório, indo de encontro, portanto, aos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF).

Importante ressaltar que o combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do Direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, em contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis, marcados pela exclusão social e individual. Nesse sentido, o princípio da não-discriminação, o respeito ao valor do trabalho e a subordinação da livre iniciativa à sua função social atuam como fatores limitadores à dispensa imotivada.

Ora, o trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a manutenção da atividade laborativa e conseqüente afirmação social, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa) em face de sua circunstancial debilidade física causada por grave doença.

No mesmo sentido, cito o seguinte precedente desta Turma, *verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO E JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. JURISDICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL. O trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a manutenção da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa do emprego) em face de sua circunstancial debilidade física causada pela grave doença (câncer). Decisão recorrida juridicamente assentada, que se mantém. Agravo de instrumento desprovido.” (TST-AIRR-49/2006-046-02-40.7, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª T., **ACHISTER** p. 28.08.2009)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No caso concreto, portanto, resulta claramente que a dispensa do obreiro foi discriminatória, ainda que parcialmente, porquanto derivada da baixa produtividade provocada pela doença por ele sofrida.

Acrescente-se, ainda, a violação ao *caput* do art. 5º da CF, que trata do princípio da igualdade, cujo desrespeito implica afronta à dignidade da pessoa humana, haja vista que sua conquista e afirmação não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural – o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego.

Registre-se, por oportuno, que a indicação do art. 5º, *caput*, da CF, já seria apta ao conhecimento do recurso de revista.

Nesse contexto, ainda que a doença não tenha nenhuma relação com o trabalho – não implicando, em si, garantia de emprego –, tem efeitos no contrato, uma vez que a despedida discriminatória é repudiada pelo nosso ordenamento jurídico.

Logo, faz *jus* o empregado a uma indenização por analogia ao disposto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 e Súmula nº 396/TST, pela metade (uma vez que apenas parcialmente é que se considerou afrontada a regra discriminatória, sendo, por isso, parcial o resultado analógico), equivalente a 6 meses de remuneração (cálculo simples, sem reflexos), o que corresponde a R\$ 5.594,76 (conforme valor da maior remuneração – fl. 20), que deverá ser atualizado monetariamente a partir da data da rescisão contratual. Juros na forma da lei, desde a data da propositura da ação. Invertidos os ônus sucumbenciais, com custas pela reclamada calculadas sobre R\$ 15.000,00, valor ora estimado à condenação para fins meramente processuais.

Ante o exposto, *conheço* do recurso de revista por violação direta do art. 7º, XXXII, além do art. 5º, *caput*, da Constituição.

II – MÉRITO

DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO

Como conseqüência do conhecimento do recurso por violação direta dos arts. 5º, *caput*, e 7º, XXXII, da CF, *dou-lhe provimento* para condenar o

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

reclamado a pagar ao reclamante uma indenização por analogia ao disposto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 e Súmula nº 396/TST, pela metade (uma vez que apenas parcialmente é que se considerou afrontada a regra discriminatória, sendo, por isso, parcial o resultado analógico), equivalente a 6 meses de remuneração (cálculo simples, sem reflexos), o que corresponde a R\$ 5.594,76 (conforme valor da maior remuneração – fl. 20), que deverá ser atualizado monetariamente a partir da data da rescisão contratual. Juros na forma da lei, desde a data da propositura da ação. Invertidos os ônus sucumbenciais, com custas pela reclamada calculadas sobre R\$ 15.000,00, valor ora estimado à condenação para fins meramente processuais.

Isto posto, acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria: I – conhecer do recurso de revista por violação direta dos arts. 5º, *caput*, e 7º, XXXII, da CF, vencido o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga; II – e, no mérito, vencido o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, dar-lhe provimento para condenar o reclamado a pagar ao reclamante uma indenização por analogia ao disposto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 e Súmula nº 396/TST, pela metade (uma vez que apenas parcialmente é que se considerou afrontada a regra discriminatória, sendo, por isso, parcial o resultado analógico), equivalente a 6 meses de remuneração (cálculo simples, sem reflexos), o que corresponde a R\$ 5.594,76 (conforme valor da maior remuneração – fl. 20), que deverá ser atualizado monetariamente a partir da data da rescisão contratual. Juros na forma da lei, desde a data da propositura da ação. Invertidos os ônus sucumbenciais, com custas pela reclamada calculadas sobre R\$ 15.000,00, valor ora estimado à condenação para fins meramente processuais.

Brasília, 07 de abril de 2010. *Mauricio Godinho Delgado*, relator.

IDOSO. PREFERÊNCIA NA ORDEM DE PENHORA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREFERÊNCIA DE EXEQUENTE IDOSO NA ORDEM DE PENHORA SOBRE CRÉDITO FUTURO DA EXECUTADA. ART. 71 DO ESTATUTO DO IDOSO E ART. 1.211-A DO CPC. ALCANCE. 1. Mandado de segurança pretendendo prioridade de tramitação processual de idoso na ordem de penhora. A reclamação trabalhista foi proposta em 1995 e o reclamante, ora impetrante, conta 78 anos de idade, sem perspectiva de satisfação do seu crédito. 2. No caso em exame, antes mesmo de um conflito aparente de normas, a controvérsia envolve uma colisão de princípios: de um lado, a proteção ao idoso, de outro, a anterioridade da penhora. Na esteira da doutrina perfilhada por Alexy, expli-

citada por Paulo Bonavides, a prevalência de determinado princípio não repercute no âmbito de validade do arcabouço legal amparado no outro postulado em colisão. A proteção ao idoso nada mais é que um corolário da dignidade da pessoa humana, diante da presunção de que o indivíduo idoso encontra-se em situação de vulnerabilidade, daí a merecer especial proteção do Estado. O princípio da razoável duração do processo e da garantia dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, comporta alcance diverso para o jurisdicionado idoso, em face da reduzida expectativa de vida que lhe resta, de modo que uma justiça em prazo razoável para um indivíduo comum talvez nunca seja uma justiça eficaz para o idoso, se já falecido. Assim, a interpretação a ser conferida ao art. 71 da Lei nº 10.741/03, bem como ao art. 1.211-A do CPC, deve considerar as peculiaridades do seu destinatário, cotejando-se com a amplitude do princípio contido no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna. Dessa feita, a redação dos citados dispositivos, ao determinar a “prioridade na tramitação dos processos” e “na execução dos atos e diligências judiciais” alcança também a prioridade na ordem de penhora de créditos futuros da empresa executada, pois, no caso concreto, considerando a técnica de ponderação de valores e o escopo de obter-se a máxima efetividade dos princípios, exsurge a imperiosa prevalência do princípio da proteção ao idoso, como consectário, inclusive, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

(Processo nº TST-ROMS-174300-50.2004.5.01.0000 – Ac. SBDI-2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-174300-50.2004.5.01.0000, em que é recorrente Clóvis Carneiro da Silva e recorrida Real Benemérita Sociedade portuguesa de Beneficência do Rio de Janeiro e autoridade coatora Juiz Titular da 24ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro.

O Eg. TRT da 1ª Região, pelo acórdão de fls. 43/45, denegou a segurança.

O impetrante interpõe recurso ordinário (fls. 46/52). Afirma que a prioridade de tramitação processual prevista no Estatuto do Idoso e no CPC alcança a penhora sobre créditos da executada.

Guia de recolhimento das custas processuais à fl. 53.

Admitido o recurso pelo despacho de fl. 54.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme atesta a certidão de fl. 56.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A D. Procuradoria-Geral do Trabalho manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 61/64).

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Presentes os requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal: tempestivo o apelo (fls. 45 – verso e 46), regular a representação processual (fl. 8) e recolhidas as custas processuais (fl. 53).

Conheço do recurso ordinário.

II – MÉRITO

MANDADO DE SEGURANÇA. PREFERÊNCIA DE EXEQUENTE IDOSO NA ORDEM DE PENHORA SOBRE CRÉDITO FUTURO DA EXECUTADA. ART. 71 DO ESTATUTO DO IDOSO E ART. 1.211-A DO CPC. ALCANCE

O recorrente impetrou o mandado de segurança, pretendendo a cassação da decisão de fl. 21, pela qual o MM. Juiz da 24ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, nos autos do Processo nº 1.895/95, indeferiu o pedido de prioridade de penhora.

Eis o teor do ato impugnado (fl. 21):

“Indeferido o requerimento formulado.

A Lei nº 10.173, de 9 de janeiro de 2001 e a Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, garantem a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e em execução dos atos e diligências judiciais.

Foi essa a intenção do legislador.

O crédito trabalhista do trabalhador comum tem os mesmos privilégios que os créditos trabalhistas das pessoas idosas.

De modo que embora tenha o legislador assegurado ao idoso tal prioridade, não colocou o seu crédito acima de qualquer privilégio.

Além de que deve ser resguardado o princípio da anterioridade da penhora e dos bloqueios efetivados.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Eg. TRT da 1ª Região denegou a segurança, declinando os seguintes fundamentos (fls. 44/45):

“ Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Clóvis Carneiro da Silva *contra ato do MM. Juízo da 24ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro que indeferiu o requerimento de preferência no bloqueio de créditos do 3º interessado*, Real e Benemérita Sociedade Portuguesa de Beneficência do Rio de Janeiro, *em poder de terceiros*.

Sustenta que o indeferimento da preferência no bloqueio é manifestamente ilegal, uma vez que contraria os arts. 2º, 3º e 71 da Lei nº 10.741/03.

Deferida a liminar postulada, conforme decisão de fls. 31/33.

O juízo impetrado prestou esclarecimento às fls. 27/29.

Não houve manifestação do 3º interessado.

O douto Ministério Público do Trabalho, às fls. 39/40, por seu ilustre Procurador José Cláudio Codeço Marques, opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

DECISÃO

Trata-se de ação de segurança, com pedido liminar, impetrada por Clóvis Carneiro da Silva, em face da decisão proferida pelo MM. Juízo da 24ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que indeferiu seu requerimento de preferência na execução.

Fazendo uma análise percuciente dos fatos trazidos à colação, não se vislumbra plausibilidade jurídica suficiente na tese esposada pelo impetrante.

Todo crédito trabalhista tem natureza alimentar e é privilegiado. Os idosos têm, por força do disposto no art. 71 da Lei nº 10.173/03, a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente. Não há, entretanto, na lei nada que autorize a quebra do princípio da anterioridade da penhora e dos bloqueios efetivados.

Por conseguinte, denego a segurança.”

O impetrante interpõe recurso ordinário (fls. 46/52). Afirma que, na condição de idoso, assiste-lhe o direito à tramitação preferencial também no

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que tange à penhora sobre crédito da litisconsorte passiva, em face do que dispõem as Leis ns. 10.173/01 e 10.741/03.

À análise.

No processo matriz, a autoridade coatora determinou a penhora sobre crédito da executada, ora litisconsorte passiva junto a terceiros, que informaram a impossibilidade de fazê-lo imediatamente, em face das inúmeras ordens de penhora que precediam àquela.

O exequente, ora impetrante, invocando sua condição de idoso, requereu fosse observado o direito de prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução de atos e diligências judiciais, a teor dos arts. 2º, 3º e 71 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e da Lei nº 10.173, que introduziu o art. 1.211-A no CPC.

A autoridade coatora indeferiu o requerimento, fundamentando que os dispositivos evocados pelo exequente não comportam a interpretação e o alcance por ele vislumbrados, isso porque confrontam com o privilégio do próprio crédito trabalhista e com o princípio da anterioridade da penhora e dos bloqueios efetivados.

A redação do art. 71 do Estatuto do Idoso é clara ao dispor que “é assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância”.

No mesmo sentido, é o art. 1.211-A do CPC, introduzido pela Lei nº 10.173/01, o qual difere, apenas, no tocante à idade para titularizar o benefício.

De outro lado, os arts. 612 e 711 do CPC dispõem no sentido de que a penhora implica a preferência do credor sobre os bens penhorados.

No caso em exame, antes mesmo de um conflito aparente de normas, a controvérsia envolve uma colisão de princípios: de um lado, a proteção ao idoso, de outro, a anterioridade da penhora.

Acerca da colisão de princípios, invoco a lição de Alexy, cuja doutrina é explicitada por Paulo Bonavides no seguinte excerto:

“Afirma Alexy: ‘Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (ungültig). Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.

Já os conflitos de regras – assevera o eminente jurista – se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.

Da posição de Alexy se infere uma suposta contiguidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que **ACHISTER** com os valores.

Teoriza Alexy na mesma direção da jurisprudência dos valores, e aqui a inteira contemporaneidade, bem como a importância vanguardeira de seu pensamento jurídico tocante ao valor normativo dos princípios.” (In: *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed., Malheiros. p. 279-280)

Dessa feita, a prevalência de determinado princípio não repercute no âmbito de validade do arcabouço legal amparado no outro princípio em colisão, isso porque a técnica da ponderação de valores dar-se-á no caso concreto, a fim de que se possa extrair a máxima efetividade dos postulados.

O princípio da proteção ao idoso nada mais é que um corolário da dignidade da pessoa humana, diante da presunção de que o indivíduo idoso encontra-se em situação de vulnerabilidade, daí a merecer especial proteção do Estado.

Ressalte-se que o princípio da razoável duração do processo e da garantia dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, insculpido no art. 5º,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

LXXVIII, da Constituição Federal, comporta alcance diverso para o jurisdicionado idoso, em face da reduzida expectativa de vida que lhe resta, de modo que uma justiça em prazo razoável para um indivíduo comum talvez nunca seja uma justiça eficaz para o idoso, se já falecido.

Nesse sentido, a doutrina de Marco Antonio Vilas Boas:

“A prioridade na tramitação dos processos e procedimentos em que figure o idoso como parte ou interveniente é de uma importância ímpar, tendo-se em vista a urgência na finalização do processo. A demorar a prestação jurisdicional, em tempos não razoáveis, o idoso talvez já esteja morto e sepultado. Jamais verá o idoso sua possível vitória.” (In: *Estatuto do Idoso Comentado*. 2. ed., Forense. p. 168-169)

A interpretação a ser conferida ao art. 71 da Lei nº 10.741/03, bem como ao art. 1.211-A do CPC, deve considerar as peculiaridades do seu destinatário, cotejando-se com a amplitude do princípio contido no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna.

No caso em exame, a reclamação trabalhista foi proposta em 1995 e o reclamante, ora impetrante, conta, em 2010, 78 anos de idade, sem perspectiva de satisfação do seu crédito, pois a ordem penhora sobre os valores a serem recebidos de terceiros pela litisconsorte passiva precedem tantas outras ordens de constrição oriundas de outros processos.

Nessa esteira, a redação do citado art. 71 do Estatuto do Idoso e do art. 1.211-A do CPC, ao determinar a “prioridade na tramitação dos processos” e “na execução dos atos e diligências judiciais” alcança também a prioridade na ordem de penhora de créditos futuros da executada, pois, no caso concreto, considerando a técnica de ponderação de valores e o escopo de obter-se a máxima efetividade dos postulados, exsurge a imperiosa prevalência do princípio da proteção ao idoso, como consectário, inclusive, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nem se diga de ofensa aos arts. 612 e 711 do CPC, pois a assertiva é lançada contra os créditos a receber, sobre os quais, portanto, ainda não se efetivou o gravame, de tal sorte que não se há falar em mácula ao princípio da anterioridade da penhora, restando incólumes os interesses de terceiros credores da litisconsorte passiva, mormente porque não se trata de concurso de credores em processo de falência.

Outrossim, diversamente do que consignou o regional, não se há falar em vulneração da prevalência do crédito trabalhista, em virtude de sua natureza alimentar, pois tal prerrogativa já assiste ao impetrante.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Diante do exposto, verifico que, no ato coator, o MM. Juiz da 24ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, ao indeferir o pedido de preferência da penhora de exequente idoso sobre crédito futuro da executada, incorreu em violação do direito líquido e certo do impetrante à prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais.

Ressalte-se, contudo, que tal conclusão não implica a prioridade absoluta, mas apenas em relação às determinações de penhora nos demais processos que ainda não foram realizadas e aguardam por ordem de expedição dos mandados, devendo ser observada, ainda, a ordem cronológica entre todos os exequentes idosos.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário para conceder parcialmente a segurança, a fim de que seja observada a prioridade da ordem de penhora em favor do impetrante sobre os créditos futuros da executada em face de terceiros apenas em relação aos mandados de penhora oriundos de outros processos cuja constrição não foi efetivada, devendo ser observada, ainda, a ordem cronológica entre todos os exequentes idoso.

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para conceder parcialmente a segurança, a fim de que seja observada a prioridade da ordem de penhora em favor do impetrante sobre os créditos futuros da executada em face de terceiros apenas em relação aos mandados de penhora oriundos de outros processos cuja constrição não foi efetivada, devendo ser observada, ainda, a ordem cronológica entre todos os exequentes idosos. Custas invertidas. Comunique-se, com urgência, ao Eg. TRT da 1ª Região e à MM. 24ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro – RJ, o inteiro teor da presente decisão.

Brasília, 29 de junho de 2010. *Emmanuel Pereira*, relator.

INTERVALO INTRAJORNADA. HORAS EXTRAS

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA DO ART. 253 DA CLT. RECUPERAÇÃO TÉRMICA. AMBIENTES ARTIFICIALMENTE FRIOS. SIMILARIDADE COM AS CÂMARAS FRIGORÍFICAS. NÃO CONCESSÃO DAS PAUSAS. HORAS EXTRAS. 1. O art. 253 da CLT, que assegura intervalos para recuperação térmica aos empregados que laboram no interior de câmaras frigoríficas e aos que movimentam mercadorias do ambiente

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

quente ou normal para o frio e vice-versa, merece interpretação extensiva, ao influxo não apenas do princípio da proteção, norteador do Direito do Trabalho como também dos princípios da prevenção do dano ao meio ambiente – exteriorizado, na esfera trabalhista, no art. 7º, XXII, da Carta Política –, e da máxima efetividade dos preceitos constitucionais, este hábil a viabilizar a concretização do direito a um meio ambiente do trabalho equilibrado, saudável e seguro (CF, arts. 200, caput, e inciso VIII, e 225) e do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196), de fundamentalidade manifesta, dada a importância de que se revestem “tanto para o gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). 2. À interpretação literal do art. 253 da CLT se sobrepõem a exegese sistemática e a teleológica, à luz em especial do princípio do in dubio pro dignitate, que respalda – e impõe – a concessão de tais intervalos também aos trabalhadores que permanecem, ao longo da jornada, sob temperaturas inferiores às previstas no parágrafo único do referido dispositivo legal. 3. Além do amparo do Anexo 9 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do MTE, que trata da insalubridade causada pelo frio, a NR 29 também do MTE, ao disciplinar o trabalho portuário, fixa parâmetros para a “jornada de trabalho em locais frigorificados” com idênticos tempos de exposição e de pausa tanto para os sujeitos, em seu trabalho, a temperaturas típicas de câmaras frias, quanto para os que laboram em temperaturas superiores, mas aquém dos limites do art. 253 da CLT, considerada a zona climática dos serviços. 4. Impositivo considerar tais marcos, objeto de destaque também no Manual de Riscos Físicos da Fundacentro (1991), para identificar os beneficiários do preceito, não estipuladas, na NR 15, Anexo 9, do MTE, temperaturas limítrofes para a caracterização da insalubridade. 5. Os óbices invocados em absoluto autorizam a pretendida restrição da tutela, até porque o mencionado Anexo 9 não visa a resguardar dos efeitos nocivos do frio apenas os trabalhadores expressamente citados na literalidade do caput do art. 253 da CLT, e sim todos os que laboram “em locais que apresentem condições similares, que exponham os trabalhadores ao frio”, caso dos setores de corte e desossa dos frigoríficos.

Recurso de revista conhecido e não provido.

(Processo nº TST-RR-204800-95.2008.5.18.0191 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-204800-95.2008.5.18.0191, em que é recorrente Marfrig Alimentos S.A. e é recorrido Júlio Cezar Contardi.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, por meio do acórdão das fls. 406-18v, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a condenação ao pagamento, como extras, dos intervalos previstos no *caput* do art. 253 da CLT e não usufruídos.

Dessa decisão a Marfrig interpõe o recurso de revista das fls. 422-60, alegando, em síntese, dissenso de teses e violação dos arts. 5º, II, da CR/88 e 253 da CLT.

Despacho positivo de admissibilidade às fls. 467-70.

Contrarrazões não apresentadas (certidão da fl. 472).

Processo não remetido ao Ministério Público do Trabalho (art. 83 do RITST).

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (fls. 420 e 422), regular a representação (fl. 28) e efetuado o preparo (fls. 385 e 461), tenho por presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade da revista.

2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

INTERVALO INTRAJORNADA DO ART. 253 DA CLT. RECUPERAÇÃO TÉRMICA. AMBIENTES COM TEMPERATURAS INFERIORES ÀS PREVISTAS NO PARÁGRAFO ÚNICO DESSE DISPOSITIVO LEGAL. SIMILARIDADE COM AS CÂMARAS FRIGORÍFICAS. NÃO CONCESSÃO DAS PAUSAS

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a condenação ao pagamento, como extras, dos intervalos previstos no *caput* do art. 253 da CLT e não usufruídos, aos seguintes fundamentos:

“A MM. juíza *a quo* deferiu ao autor o pagamento de 20 minutos, como horas extras, por cada 1h 40min de trabalho por dia, com adicional de 50% da hora normal e reflexos decorrentes, sob o fundamento de que

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

o uso de EPI's não tem o condão de refutar o direito ao intervalo para recuperação térmica, sobretudo quando é perceptível pelos contracheques a manutenção do pagamento do adicional de insalubridade pela empresa, tornando irrefutável a não neutralização dos efeitos da baixa temperatura como agente nocivo à saúde dos trabalhadores.

A reclamada pede a reforma da r. sentença, alegando que a atividade do reclamante não se enquadraria nas exigências do art. 253 da CLT, vez que não se desenvolvia em câmara frigorífica, mas sim em sala levemente refrigerada artificialmente (fls. 366).

Acrescenta que o setor de desossa, onde trabalhava o reclamante, não se equipara à câmara frigorífica, uma vez que naquele a temperatura varia entre destinar a 'congelamento', apresenta temperaturas bem inferiores, e também pelo fato de que o obreiro não efetuava movimentação entre o setor quente e frio e vice-versa (fls. 366).

Por fim, a recorrente alega que a regra do art. 253 da CLT assegura o referido intervalo somente para os trabalhadores que laboram no interior de câmaras frias ou que movimentam mercadorias do ambiente quente para o frio e vice-versa (fls. 375).

Sem razão.

Ressalte-se que esta Turma Julgadora tem decidido de forma reiterada que o adicional em questão é devido nas situações como a retratada nos presentes autos.

Neste sentido foi o julgamento do RO-00158-2008-191-18-00-7 de relatoria do Exmo. Desembargador Mário Sérgio Bottazzo, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, *in verbis*:

‘Desta feita, sendo incontroverso que a reclamante trabalha na área de desossa e que no referido setor a temperatura varia de 1° C a 12° C, em razão da conserva das peças de carne, conforme admitiu a preposta em inúmeros outros processos, entendo ser necessária a pausa para recuperação térmica. Nesse passo, trago à colação o seguinte excerto da sentença recorrida, cujo teor adoto como razões para decidir, por comungar com o entendimento ali manifestado pela juíza de primeiro grau, nos seguintes termos:

‘É incontroverso que a reclamante laborava no setor de desossa, cuja temperatura varia de 8° C a 10 °C, segundo o Anexo I do PPRa da reclamada (citado no laudo pericial), admitido neste feito como prova

emprestada. A despeito desse fato, a reclamada não logrou êxito em demonstrar a efetiva concessão dos intervalos de recuperação térmica.

Cinge-se a controvérsia à equivalência dos conceitos de local artificialmente frio ao de câmara fria, bem como à necessidade de movimentação de mercadorias de ambiente quente ou norma 1 para o frio e vice-versa para fins de aplicação do caput do art. 253, CLT, o qual dispõe, in verbis:

‘(...)

Extrai-se do texto legal que é requisito imprescindível para a concessão de 20 (vinte) minutos de intervalo para repouso, o trabalho contínuo no interior de câmaras frigoríficas ou a entrada e saída de ambiente frio para o quente ou normal e vice-versa, durante uma hora e quarenta minutos. Dessume-se do exposto que o dispositivo legal contemplou duas circunstâncias diversas. Na primeira, o empregado faz jus ao intervalo de 20 (vinte) minutos se permanecer em ambiente artificialmente frio de forma continuada por uma hora e quarenta minutos. Na segunda hipótese, se o empregado, apesar de não permanecer de forma ininterrupta por 1h 40min (uma hora e quarenta minutos) no interior de câmaras frigoríficas, promove a movimentação de mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa. Assim, considerando a distinção das hipóteses previstas pelo legislador celetista, passo a perquirir acerca da identidade conceitual de câmaras frias e ambiente artificialmente frio para fins de aplicação do art. 253. A Norma Regulamentadora nº 15, anexo 09, dispõe que as atividades ou operações executadas no interior de câmaras frigoríficas, ou em locais que apresentem condições similares, que exponham os trabalhadores ao frio, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres em decorrência de laudo de inspeção realizado no local de trabalho’. Já a NR 29 que cuida da segurança e saúde do trabalho, assegura no item 29.3.16, uma jornada especial para locais frigorificados cujo teor apenas pragmatiza a necessidade de concessão dos intervalos exigidos pelo art. 253 e parágrafo único da CLT. Tal norma dispõe sobre máxima exposição diária ao frio permissível a pessoas adequadamente vestidas – a qual é plenamente aplicável à hipótese por analogia.

Na faixa de temperatura média que compreende o Município de Mineiros (4ª Região Climática – Portaria nº 21, de 16.12.94) o tempo total de trabalho no ambiente frio é de 6h 40min (seis horas quarenta minutos), sendo 4 (quatro) períodos de 1h 40min (uma hora e quarenta

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

*minutos) alternados com 20min (vinte minutos) de repouso, recuperação térmica fora do ambiente de trabalho (Tabela 1, item 29.3.16). Partindo dessas premissas, é imperioso reconhecer a exegese sistemática do art. 253 da CLT **ACHISTER** permite estabelecer uma equivalência entre o conceito de câmara fria e o de ambiente artificialmente frio, com temperatura inferior a 12° C., para efeito de concessão do intervalo para recuperação térmica. Nesse contexto, é certo concluir que os trabalhadores que pertencem à quarta e quinta regiões climáticas estão adstritos a diferentes situações em face do que considerado ambiente artificialmente frio. Desse modo, verifica-se que a norma alcançou o seu objetivo de tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam ao dispor que os trabalhadores da quarta região climática têm direito aos intervalos de repouso térmico ao passo que aqueles da quinta região não fazem jus ao benefício legal. É importante destacar que as normas que dispõem sobre os intervalos de recuperação térmica constituem medidas de saúde e segurança no trabalho, garantidas por norma de ordem pública (art.7º, XXII, CF/88) – as quais têm caráter imperativo. A concessão do referido intervalo veio a reduzir o tempo de trabalho efetivo, visando a amenizar os distúrbios na saúde do trabalhador **ACHISTER** labora câmaras frigoríficas em face de seus efeitos danosos – bem destacados pelo ilustre expert, tais como: enregelamento dos membros, pés de imersão, ulcerações de frio e doenças reumáticas e respiratórias (laudo pericial).*

(...)

Destaco, a título elucidativo, que o fato de o autor utilizar equipamento de proteção individual não elimina o direito ao intervalo de recuperação térmica, eis que o EPI não tem o condão de afastar o regime especial de trabalho' (fls. 211/215).

Friso que a juíza de primeiro grau nada mais fez do que uma interpretação teleológica e sistemática do preceito legal, restando evidenciado que o conceito também abrange as câmaras frigoríficas.

Acresço, por fim, que os julgados citados pelo recorrente referem-se a casos diversos e, de qualquer forma, não vinculam o juízo.

Nada a reformar'.

De todo o exposto, conclui-se que o reclamante faz jus aos intervalos do art. 253 da CLT.

Nego provimento.” (fls. 411-4, destaquei)

Inconformada, a Marfrig recorre de revista, afirmando, em síntese, indevidos os intervalos objeto do art. 253 da CLT, por não trabalhar, o reclamante, no interior de câmara frigorífica, nem movimentar mercadorias do ambiente quente para o frio e vice-versa. Argumenta que o conceito de câmara frigorífica, em que a temperatura é inferior a 0° C, não se equipara ao de ambiente artificialmente frio, como o local de trabalho do autor. Sustenta que, sendo notória a definição de câmara frigorífica, a delimitação do ambiente artificialmente frio, contida no parágrafo único do art. 253 da CLT, diz com os locais frios de que cogita a segunda parte do *caput*. Defende inadequado o uso de analogia na espécie, diante da existência de norma taxativa a regulamentar a matéria. Afirma prequestionar, nesta oportunidade, para fins de interposição de recurso extraordinário, os arts. 1º, 2º, 5º, XXXV e LV, da Constituição da República; 3º e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil; 333 do CPC e 8º, 769, 794 e 818 da CLT. Refere, ainda, os arts. 22, I, e 59, I a VII, da Lei Fundamental, apontando violação, de forma expressa, tão só dos arts. 5º, II, da CF/88 e 253 da CLT. Alega, por fim, dissenso de teses.

O recurso merece conhecimento.

De plano, entretanto, esclareço que prequestionamento, nos moldes da Súmula nº 297/TST, implica a adoção explícita, “na decisão impugnada”, de tese acerca de matéria ou questão, não sendo suficiente à caracterização do prequestionamento – explícito ou implícito – a simples reivindicação desse nas razões recursais, dissociada da provocação do colegiado *a quo*, no recurso anteriormente interposto, no sentido de se manifestar a respeito da tese defendida, e, caso silente o Tribunal, da oposição de embargos de declaração e posterior arguição, na revista, de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional na hipótese de subsistência da omissão.

Assim, carecem de prequestionamento as normas insertas nos arts. 22, I, e 59, I a VII, da Constituição da República e 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que a Corte de origem não examinou a matéria à luz de tais dispositivos, nem foi provocada a fazê-lo por meio de embargos declaratórios.

De outro lado, à exceção do art. 253 da CLT, os demais preceitos invocados na revista – em relação aos quais a Turma julgadora rechaçou explicitamente a infringência (fl. 418) –, não resultam vulnerados em sua literalidade, porque não guardam relação direta com a discussão empreendida nestes autos, sendo insuscetíveis, por isso, de ensejar o conhecimento do apelo nos moldes do art. 896, c, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Autoriza, contudo, o conhecimento da revista a transcrição do primeiro aresto, extraído do sítio oficial do TRT da 15ª Região, à medida que trata de decisão em que mantido o indeferimento do intervalo previsto no art. 253 da CLT, porque, no “labor realizado em ambientes de 8º a 10º C, como ocorria no setor de desossa da recorrida, inexistente necessidade de recuperação fora do ambiente frio”.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

II – MÉRITO

A discussão empreendida nos autos diz com o alcance do art. 253 da CLT, que estabelece, em seu *caput* e parágrafo único, *verbis*:

“Art. 253. Para os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, computado esse intervalo como de trabalho efetivo.

Parágrafo único. Considera-se artificialmente frio, para os fins do presente artigo, o que for inferior, na primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a 15º (quinze graus), na quarta zona a 12º (doze graus), e nas quinta, sexta e sétima zonas a 10º (dez graus).”

O cerne da controvérsia reside na possibilidade, ou não, de exegese extensiva do aludido preceito, de modo a conferir-lhe sentido e alcance mais amplos, via identificação, dentre os seus destinatários, também dos empregados que, embora não laborem no interior de câmaras frias, nem movimentem mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, permanecem, durante toda a jornada, em ambientes artificialmente frios, consideradas as temperaturas previstas no respectivo parágrafo único para as zonas climáticas em que desempenhado o trabalho, conforme definidas no Mapa de Climas do Ministério do Trabalho e Emprego.

Reputo imperativo atribuir à regra em comento uma compreensão mais alargada, em face, antes de tudo, do princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho e não constitui, na lição abalizada de Plá Rodriguez, “(...) método especial de interpretação, mas um princípio geral que inspira todas as normas de Direito do Trabalho e que deve ser levado em conta na sua aplicação”

(RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000).

Do princípio maior da tutela derivam as regras da norma mais favorável, da condição mais benéfica e a do *in dubio pro misero* ou *pro operario*, a ser observada pelo operador do Direito para escolha, dentre os vários sentidos possíveis de interpretação, daquele que mais favoreça o trabalhador.

Nas palavras do eminente juslaboralista e Ministro desta Casa Mauricio Godinho Delgado – para quem abrangido o *in dubio pro misero* ou *pro operario* pelo princípio da norma mais favorável, esta se desdobra em três dimensões, dentre as quais avulta a interpretativa, a permitir ao intérprete, pautado em critérios objetivos e científicos, a opção, dentre duas ou mais “consistentes alternativas de interpretação”, aquela que “melhor realize o sentido teleológico do Direito do Trabalho (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 211-212).

Forte, pois, em primeiro lugar, no megaprincípio da proteção – considerado seu papel descritivo, que o constitui como instrumental de auxílio à interpretação jurídica”, hábil a propiciar a “compreensão da regra e institutos jurídicos, balizando-os à essência do conjunto do sistema de Direito” (DELGADO, Mauricio Godinho. Ob. cit., p. 142) – é que entendo devam ser contemplados com os intervalos previstos no art. 253 da CLT, e a jornada especial que resulta de sua observância, também aqueles que trabalham em ambientes artificialmente frios, não necessariamente no interior de câmaras frigoríficas.

Tal entendimento funda-se também na necessidade de proceder à leitura da norma em discussão à luz do princípio da prevenção do dano ao meio ambiente, exteriorizado, no âmbito do Direito do Trabalho, na literalidade do art. 7º, XXII, da Carta Magna, segundo o qual é direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, dentre outros, “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Imperiosa essa releitura sob a ótica da Lei Maior, porque “não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo II – Constituição. 5. ed., ver. e atual. Lisboa: Coimbra, 2003, p. 292).

A exegese perfilhada permite que se atribua ao mencionado princípio máxima efetividade, outorgando-lhe “o sentido que mais eficácia lhe dê (...)” e conferindo a essa norma fundamental, “ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação e de realização” (Ob. cit., p. 291),

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de modo a permitir a concretização não apenas do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado (CR, arts. 200, *caput*, e VIII, e 225), mas também a propiciar a materialização do direito fundamental à saúde do trabalhador (CR, art. 6º), uma das dimensões do direito à vida, o qual constitui “suporte para existência e gozo dos demais direitos (...), sendo necessário, para sua proteção, assegurar-se os seus pilares básicos: trabalho digno e saúde” (MELO, Raimundo Simão de. Proteção legal e tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. In: *Meio Ambiente do Trabalho*. Coordenação Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002. p. 13-14. Nesse mesmo trilhar, a Convenção nº 155 da OIT, de 1981, estipula, em seu art. 16, que “deverá exigir-se dos empregadores que, na medida em que seja razoável e factível, garantam que os lugares de trabalho, a maquinaria, o equipamento e as operações e processos que estejam sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores”.

No Brasil, bem antes da promulgação dessa norma internacional, pelo Decreto nº 1.524/94, o legislador infraconstitucional já reputara indispensável à efetivação da segurança e da saúde dos trabalhadores a elaboração de normas regulamentadoras dos dispositivos constantes do Capítulo V da CLT, da Segurança e Medicina do Trabalho, nos termos do art. 200, *caput* e inciso V, *verbis*:

“Art. 200. Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.77)

(...)

V – proteção contra insolação, calor, frio, umidade e ventos, sobretudo no trabalho a céu aberto, com provisão, quanto a este, de água potável, alojamento, profilaxia de endemias; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.77).”

O Ministério do Trabalho e Emprego, por sua vez, cumprindo o comando consolidado, editou, dentre outras, a Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria nº 3.214/78, com a seguinte dicção em seu Anexo 9:

“As atividades ou operações executadas no interior de câmaras frigoríficas, ou em locais que apresentem condições similares, que exponham os trabalhadores ao frio, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho.”

Noutro giro, a Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Portuário do MTE, a NR 29, em sintonia com os parâmetros insculpidos no parágrafo único do art. 253 da CLT, consagra, ao se referir à “máxima exposição diária permissível para pessoas adequadamente vestidas para exposição ao frio”, o mesmo tempo de trabalho e pausa – “Tempo total de trabalho no ambiente frio de 6 horas e 40 minutos, sendo quatro períodos de 1 hora e 40 minutos alternados com 20 minutos de repouso e recuperação térmica fora do ambiente de trabalho” –, tanto para os que trabalham em temperaturas típicas de câmaras frias, quanto para os que laboram em temperaturas superiores a essas, mas inferiores às previstas no parágrafo único do referido dispositivo legal, caso dos autos.

A consideração dessas balizas na solução do caso concreto – destacadas também no Manual de Riscos Físicos da Fundacentro (1991) – encontra respaldo na doutrina, assinalando Tuffi Messias Saliba que o mencionado quadro pode ser usado como parâmetro para aferição da tolerância da exposição do trabalhador ao frio, uma vez que “leva em consideração a temperatura de bulbo seco, zona climática onde atua o trabalhador e fornece a máxima exposição diária permissível, de acordo com o estabelecido no art. 253 – CLT” (SALIBA, Tuffi Messias. *Curso básico de segurança e higiene ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 237).

Embora se refira a tabela constante da NR 29 do MTE ao trabalhador portuário, consoante já gizado, e dependa de fatores físicos e subjetivos a capacidade de resistência ao frio (COX, Joe. W. *Temperaturas Extremas*. In: *Curso para engenheiros de segurança do trabalho*. São Paulo: Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – Fundacentro – Ministério do Trabalho e Emprego, 1979. p. 709), os limites estipulados no citado quadro tiveram, decerto, como objeto, homens médios, comuns, sujeitos a reações se não idênticas, pelo menos similares àquelas demonstradas pela maioria dos trabalhadores submetidos, com proteção térmica análoga, a semelhantes temperaturas e demais fatores ambientais influentes na sensação de frio – tais como velocidade do ar e umidade relativa do ambiente –, assim como igual zona climática.

Nem se digam inaplicáveis à hipótese os marcos em referência, por fixados para o trabalhador portuário. É sabido que a NR 29 do MTE disciplina, no item 29.3.15.2, a “jornada de trabalho em locais frigorificados”, e se reporta às mesmas temperaturas a que submetidos os empregados nos setores de corte e desossa dos frigoríficos, como o reclamante.

Destaco, aqui, meu entendimento de que não se está a recorrer à analogia, que pressupõe lacuna legislativa, e sim a proceder a interpretação extensiva do

art. 253 da CLT, existente lei a disciplinar a matéria. Necessário tão somente, na lição de Pablo Stolzer, “revelar o sentido da norma”, fixar-lhe o alcance social e, ainda, com esboço no art. 5º da LICC, “atualizar o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda aos reclamos das necessidades do momento histórico em que está sendo aplicada” (GAGLIANO, Pablo Stolzer e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68). Como pontua a melhor doutrina, no método analógico de integração normativa, “o magistrado aplicará ao caso concreto a norma jurídica prevista para situação semelhante, dada a identidade de razões ou de finalidade”, enquanto na interpretação extensiva da norma, “existindo lei aplicável ao caso, nada se acresce a ela, mas apenas se estabelecem (novos) legítimos limites da norma, realizando o juiz uma interpretação menos literal, para alargar o alcance da regra, a despeito de sua dicção original estreita” (Ob. cit., p. 70).

A respaldar, outrossim, a invocação da NR 29 do MTE, em apoio à interpretação extensiva do art. 253 da CLT, lembro o comentário doutrinário, sobre ela tecido, no sentido de que, não obstante os “parâmetros de temperatura não estejam citados na NR 15, Anexo 9 (frio) vale lembrar que o art. 253 da CLT trata do trabalho em frigoríficos estabelecendo a necessidade da classificação das zonas climáticas” (ARAÚJO, Giovanni Moraes de (Org.). *Normas regulamentadoras comentadas*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: 2000. p. 856).

Nesse contexto, não me parece razoável ignorar a citada norma regulamentadora no exame do caso concreto, em especial diante das diferentes leituras que o art. 253 da CLT está a ensejar quanto a seus destinatários e uma vez não estipuladas, na NR 15, Anexo 9, do MTE, temperaturas limítrofes a partir das quais configurável a insalubridade, o que em absoluto pode reverter em detrimento do obreiro. Em reforço à adoção, para o deslinde da controvérsia, de exegese sistemática dos princípios e normas do ordenamento jurídico, a observação de Álvaro Ruas, *pesquisador* da Fundacentro, em tese de doutorado em Engenharia Civil, na área de Concentração de Saneamento, diante do panorama normativo alusivo ao trabalho em baixas temperaturas, no sentido de que “analisar um ambiente de trabalho somente sob a ótica da legislação atual pode significar condenar os trabalhadores a um extremo desconforto térmico” (RUAS, Álvaro César. *Sistematização da avaliação de conforto térmico em ambientes edificados e sua aplicação num software*. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas, 2002. p. 5).

Nesse passo, embora as alegações de profissionais que atuam na área de Saúde e Medicina do Trabalho, quanto à “imprecisão do Anexo 9”, às dificuldades detectadas em face da “ausência de estudos, trabalhos técnicos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

científicos ou referências sobre ambientes com temperaturas frias”, bem como quanto ao fato de que a tabela da Fundacentro “não reflete a realidade de alguns ambientes de trabalho” (As pontas do termômetro. *Revista Proteção*. São Paulo, ano VII, n. 38, fev/1995, p.14 e 16), não se pode julgar, ante os argumentos expostos e considerando a existência de limites estipulados para situação idêntica, em detrimento do bem último a ser tutelado, no caso, a saúde do trabalhador, cuja fundamentalidade é indene de dúvida, dada sua importância “tanto para o gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129).

De outro lado, não obstante o Anexo 9 da NR 15 do MTE condicione a caracterização da insalubridade à ausência ou ineficácia de proteção, a norma inserta no art. 253 da CLT não condiciona a concessão dos intervalos regulares nela previstos à demonstração de eficiente isolamento térmico, estabelecendo, tão somente, em seu parágrafo único, limites de temperatura para a consideração de ambientes artificialmente frios, observada a zona climática em que exercido o labor. A esse respeito, leciona Segadas Vianna, ao tratar dos empregados em frigoríficos, que “a redução da jornada, nas condições estabelecidas na Consolidação, independe da existência de outras medidas de proteção, tais como vestuário apropriado etc.” (SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTR, 2000. v. II. p. 1.037-1.038).

Ademais, não se reveste de razoabilidade a limitação dos beneficiários da tutela do art. 253 da CLT tão só aos que exercem suas atividades no interior de câmaras frigoríficas e aos que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, consabido que o Anexo 9 da NR 15 visa a resguardar das consequências deletérias do frio não apenas esses trabalhadores, mas também aqueles que laboram “em locais que apresentem condições similares, que exponham os trabalhadores ao frio”, caso das áreas de corte e desossa dos frigoríficos.

Assim, apesar de o dispositivo em debate não fazer alusão específica aos trabalhadores que desempenham suas atividades sob temperaturas superiores àquelas das câmaras frigoríficas – mas inferiores àquelas descritas no parágrafo único do referido dispositivo –, o fundamento determinante da concessão dos intervalos intrajornada especiais para os que laboram nas referidas câmaras também se faz presente em relação àqueles que trabalham em ambientes artificialmente frios, consideradas as zonas climáticas definidas no preceito legal em debate, a saber, a minimização dos efeitos nocivos do

trabalho exercido em locais de baixa temperatura. Fosse diferente o fundamento, não teria a Fundacentro, órgão de pesquisa do Ministério do Trabalho e Emprego, fixado idêntico tempo máximo de exposição e de pausa para os que trabalham em ambientes sob temperaturas entre 15°C e -17°C, a determinar igual necessidade de intervalo para recuperação térmica, independentemente de realizadas as atividades no interior de câmaras frigoríficas.

Saliento que, diverso do que alega a reclamada, nem todas as câmaras frias têm temperaturas abaixo de 0°C. O sítio, na Rede Mundial de Computadores, da própria Marfrig, noticia a existência de câmaras de resfriamento, utilizadas para o processo de “maturação sanitária”, que atuam “sob uma faixa de temperatura entre 2,1°C até 7°C” (Disponível em: <<http://www.marfrig.com.br/marfrig/content/view/full/99>> Acesso em: 12 maio 2010), a evidenciar que a definição de câmaras frigoríficas não é notória, como parece emergir da manifestação da ré no sentido de que “se explica por si só como sendo ambientes extremamente frios abaixo de zero grau, não necessitando de um parágrafo para explicá-las” (fl. 458).

Desse modo, tenho que a tabela da NR 29 do MTE decorre da verificação da similaridade, de que trata o Anexo 9 da NR 15 do MTE, das condições inerentes ao trabalho realizado sob temperaturas entre -17°C e 15°C, a demandar medidas de controle semelhantes para a obtenção de conforto térmico. Ratificando tal assertiva, pesquisa do Serviço de Psicologia Ambiental do Instituto Nacional de Pesquisa e Segurança de Paris – desenvolvida com o objetivo de verificar a diminuição da agilidade dos trabalhadores expostos ao frio em locais cuja temperatura se situa entre -30°C e 10° C – conduziu à conclusão de que o frio deve ser considerado como “fator suplementar de risco e causador de acidentes de trabalho” (Diminuição da agilidade dos empregados que trabalham no frio. *Caderno de notas documentais*, n. 128, 3º trimestre de 1987, p. 373, tradução livre), a evidenciar que os resultados nefastos das atividades realizadas em ambientes artificialmente frios ocorrem, de modo igual, no interregno especificado na aludida pesquisa, próximo àquele a que submetido o reclamante.

Ao tratar do conforto térmico dos que trabalham em baixas temperaturas, Joe W. Cox, engenheiro civil e de segurança do trabalho e mestre em Engenharia Civil, na área de Higiene Industrial, pela Universidade de Michigan, EUA, afirma que, frente ao incômodo gerado pelo frio intenso – considerado como aquele em torno de 10°C e abaixo –, o organismo humano produz uma série de respostas fisiológicas de adaptação (“aclimatização”), a fim de reduzir o desconforto térmico, que “diminui com o tempo”, ao ponto de o trabalhador necessitar de menor proteção. Esclarece que isso ocorre porque a pessoa

desenvolve “o ‘hábito’ de estar exposto ao frio e passa a ignorar as sensações que antes o incomodavam” (COX, Joe. W. Ob. cit., p. 707).

Tal assertiva poderia ser invocada em reforço à tese contrária à ora adotada, não fosse a constatação do citado engenheiro, de que, “porém, além de certos limites, a adaptação torna-se difícil e o trabalhador passa a apresentar uma série de sintomas”, tais como a “vasoconstrição periférica, cuja finalidade é diminuir a perda de calor do organismo” (COX, Joe. W. Ob. cit., p. 707).

Nessa trilha, ante a verificação da dificuldade de adaptação do organismo humano diante de “certos limites” e a imprecisão destes marcos, a avaliação acerca da necessidade dos intervalos para reabilitação térmica do trabalhador deve ser norteada pela ideia da prevenção da sua saúde, pois “alguns tipos de alterações podem ocorrer, apesar de existir mecanismo automático de regulação de temperatura do corpo. Muitas vezes a ação do frio se faz notar em locais ou modos onde tais mecanismos se tornam ineficazes. É o caso das queimaduras pelo frio causadas pelo contato da pele com o frio. Algumas alterações, por outro lado, são desencadeadas pelo frio em indivíduos previamente ‘marcados’. São os indivíduos mais sensíveis que outros ao frio e que podem desenvolver urticárias ou alterações de pele tipo alérgicas. Várias outras doenças podem ser desencadeadas ou agravadas pelo frio” (MENDES, René; KITAMURA, Satoshi. Doenças provocadas por agentes físicos, químicos e biológicos. In: *Curso de Supervisores de Segurança do Trabalho*. São Paulo: Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho – Fundacentro – Ministério do Trabalho, 1979, p. 172).

A mencionada variação individual quanto à capacidade de resistência ao frio foi detectada também por Tuffi Messias Saliba que, ao tratar da “aclimatização”, informou tratar-se de “uma medida que, para a exposição ao frio, não está ainda muito estudada, mas sabe-se que *alguns indivíduos conseguem respostas termo-reguladoras satisfatórias*, quando gradualmente são expostos a ambientes frios, ou seja, segundo determinados gradientes térmicos e sob controle da velocidade do ar, *alguns indivíduos têm boa adaptação*” (SALIBA, Tuffi Messias. Ob. cit., p. 237, destaquei).

Assim, em que pese as diferenças de raça, tipo físico, alimentação e metabolismo, determinantes da variação individual da resistência humana ao frio, não têm elas o condão de tornar insignificante para toda e qualquer pessoa o desconforto insito a ambientes com temperatura abaixo de 15°C, sendo certo que, nas atividades desempenhadas nessas condições, “o critério a ser observado sempre na avaliação do problema ocupacional, é o *conforto* do trabalhador” (COX, Joe. W. Ob. cit., p. 709, destaque no original), definido o mencionado

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

conforto pela ISO 7730 (1984), como sendo “o estado de espírito que exprime satisfação com o ambiente térmico e considera que a insatisfação pode ocorrer em razão do aquecimento ou resfriamento do corpo como um todo ou de partes determinadas, o que recebe a designação de desconforto localizado” (RUAS, Álvaro César. Ob. cit., p. 40).

Também essa é a opinião de Ruas, segundo o qual os limites de tolerância para a exposição ao frio, a serem fixados pelo Ministério do Trabalho, “procuram evitar a condição extrema que é a de sobrecarga térmica e assim estão muito distantes da condição desejável, que é a de conforto térmico” (RUAS, Álvaro César. Ob. cit., p. 4-5).

Para esse pesquisador, a falta de conforto térmico, comum nos ambientes de trabalho do país, “pode ser em parte explicada pela escassez de literatura e incipiente pesquisa sobre esse tema no Brasil, bem como por não termos método normalizado para avaliar a sensação térmica das pessoas e nem legislação que estabeleça condições de conforto ou limites de desconforto térmico”. Acrescenta, outrossim, que “a única menção a condições de conforto térmico é feita na Norma Regulamentadora nº 17, que usa o índice das temperaturas efetivas para estabelecer o intervalo de conforto para atividades sedentárias” (RUAS, Álvaro César. Ob. cit., p. 4-5)

Igualmente sem estabelecer parâmetros específicos de conforto térmico em atividades como as desempenhadas pelo reclamante, estabelece o art. 177 da CLT que: “Se as condições de ambiente se tornarem desconfortáveis, em virtude de instalações geradoras de frio ou de calor, será obrigatório o uso de vestimenta adequada para o trabalho em tais condições ou de capelas, anteparos, paredes duplas, isolamento térmico e recursos similares, de forma que os empregados fiquem protegidos contra as radiações térmicas”.

Com esse mesmo propósito, os profissionais de segurança e medicina do trabalho sugerem providências destinadas igualmente a garantir o conforto térmico do trabalhador exposto a baixas temperaturas.

Como medida de controle dos riscos desencadeados pelo frio, o engenheiro mecânico Torreira indica a “diminuição da exposição do trabalhador ao ambiente frio” (TORREIRA, Raul P. Os efeitos do frio. *CIPA – Caderno Informativo de Prevenção de Acidentes*, v. 25, n. 294, maio/2004, p. 74), assinalando Saliba, quanto a esse aspecto, a necessidade de o trabalhador, em caso de exposição a frio intenso, “intercalar períodos de descanso em local termicamente superior ao local frio, de forma a manter uma resposta termoreguladora satisfatória do corpo humano” (SALIBA, Tuffi Messias. Ob. cit., p. 238).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em face dessa compreensão, reputo impositiva a concessão dos intervalos previstos no art. 253 da CLT para recuperação térmica dos que trabalham em baixas temperaturas.

Ressalto que, mesmo em relação àqueles trabalhadores que, em virtude do maior esforço despendido na atividade – v.g. corte de peças maiores de carne –, produzam mais calor interno, o intervalo se impõe, porque, segundo explicam os especialistas, tendem naturalmente a dissipá-lo por meio do suor, contribuindo, a umidade desencadeada, para o resfriamento da superfície do corpo e, conseqüentemente, para a elevação da sensação de frio do ambiente. Tal conclusão é compartilhada por Torreira, para quem “nosso corpo perde calor na medida em que aumenta a diferença de temperatura entre a pele (...) e um determinado ambiente frio. Desta forma, quanto maior for a perda, maior é a sensação de frio que se experimenta” (TORREIRA, Raul P. Ob. cit., p. 73).

Ainda como medida de controle, é preconizada a conservação do calor interno, com vista a coibir, ao máximo, o mecanismo da evaporação, por meio da regulação “da exata quantidade de roupas que mantenham a transpiração do indivíduo num mínimo”, devendo “a umidade, portanto, qualquer que seja sua origem (...) ser evitada” (COX, Joe. W. Ob. cit., p. 710).

No que tange a esse importante fator de determinação da temperatura efetiva (umidade), cumpre lembrar que, em se tratando de trabalhadores que efetuam o corte e a desossa de carnes, a recomendação nem sempre é observada, visto que, quando não utilizadas luvas apropriadas e eficazes, a umidade gerada pelo manuseio do produto é inerente à simples realização da tarefa, o que concorre para a majoração da sensação de frio, causando o desconforto térmico comum “nos locais que manipulam e/ou estocam produtos resfriados ou congelados, como supermercados e frigoríficos” (RUAS, Álvaro César. Ob. cit., p. XII).

Destarte, apreciando a lide sob esse viés, tem-se que a afronta à saúde do trabalhador submetido continuamente a temperaturas inferiores a 12°C, próprias das salas de corte e desossa, a rigor, é maior do que a perpetrada aos trabalhadores das câmaras frigoríficas, uma vez que nestas “o frio raramente chega a preocupar (embora muitas vezes as temperaturas atinjam até -30°C), pois geralmente os tempos de exposição são curtos e os operários utilizam invariavelmente vestimentas adequadas” (COX, Joe. W. Ob. cit., p. 707), enquanto naquelas os trabalhadores laboram efetivamente no local frio ao longo, em tese, da jornada de oito horas. E os efeitos nocivos citados, fruto dessa exposição prolongada, são as doenças reumáticas e respiratórias, incluídos os resfriados, infecções das vias aéreas e alergias.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Oportuno referir que a exposição dilatada a baixas temperaturas reflete negativamente também sobre a produtividade da empresa, haja vista que “o frio interfere decisivamente na eficiência do trabalho e na incidência de acidentes”, sendo tal incidência oriunda, por exemplo, da “diminuição de sensibilidade dos dedos e de flexibilidade das juntas, que *ocorre a temperaturas de 15°C e abaixo* (temperatura das mãos)” (COX, Joe. W. Ob. cit., p. 709, destaquei).

Com efeito, consistindo a destreza uma habilidade imprescindível ao tipo de atividade do reclamante, desempenhada em regra com faca, a redução da sensibilidade e da flexibilidade das mãos propicia a ocorrência de acidentes do trabalho, cujos custos “são muito elevados para os empregadores e indiretamente para toda a sociedade” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 28). Merece ênfase a referência, no parágrafo anterior, de que ocorrida a mencionada redução da sensibilidade e da flexibilidade, desencadeada principalmente pela falta de vascularização das pontas dos dedos, já em temperaturas de 15°C, superiores, portanto, àquelas a que submetido o autor.

O potencial risco à saúde e segurança dos que trabalham nos processos de produção, nas empresas de abate e processamento de carnes, foi verificado também pelos auditores fiscais da Comissão Nacional de Ergonomia do Ministério do Trabalho e Emprego que, em recomendação técnica de caráter não oficial – obtida mediante contato com a Coordenadoria Geral de Normatização e Programas do MTE – CGNOR/ DSST/ SIT –, concluíram pela existência de ambiente favorável à ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais, em razão da forma de organização das atividades no setor, marcadas, principalmente, pela cadência elevada das atividades, repetitividade, monotonia, exigência sensorial, posturas inadequadas, ruído, contato com agentes biológicos e, na fração do que importa especificamente ao deslinde da controvérsia, marcadas pela exigência de força nas mãos, ante a consistência aumentada do produto, mantido em temperatura entre 4°C e 7°C, e pela redução da destreza, da flexibilidade e da sensibilidade das mãos, decorrente do uso de luvas inadequadas ou, ainda, oriunda tal diminuição, em caso da ausência de luvas, da baixa temperatura do ambiente, entre 9°C e 12°C, e do contato direto com o objeto de corte, sempre gelado e úmido.

No que tange à eficiência do trabalho, “as condições ambientais que proporcionam o conforto térmico são também condições que favorecem a obtenção da sua maior produtividade” (RUAS, Álvaro César. Ob. cit., p. 75). Corroboram o entendimento referente à diminuição da produtividade do trabalhador as conclusões, aludidas por Ruas, da pesquisa de MEESE et al.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

(1984), envolvendo “experimentos em fábrica da África do Sul utilizando uma câmara climatizada móvel com o objetivo de verificar os efeitos das condições térmicas do ambiente na performance dos trabalhadores”, no desempenho de tarefas manuais leves. Registra o pesquisador que “os principais resultados obtidos pelos autores foram: a) *a performance da maioria das tarefas foi consideravelmente reduzida pelo frio*; b) dos 36 critérios de performance utilizados, encontrou-se efeitos negativos significativos devido ao frio em 26 critérios para os negros e em 22 para os brancos; c) *um surpreendente número de tarefas foi significativamente afetado pela temperatura de 18°C*; d) na série de verão verificou-se que o intervalo de máximo conforto foi de 20 a 22°C e somente na temperatura de 38°C a performance foi significativamente menor” (RUAS, Álvaro César. Ob. cit., p. 77, destaquei).

Tais conclusões, embora invocadas, na espécie, em desfavor da ré, se observadas, poderiam reverter, em última análise, em benefício da empresa. É que, conquanto a concessão dos intervalos especiais intrajornada implique *a priori* ônus financeiro para o empreendimento, pode redundar, ao final, em maior produtividade global, pelo em tese aumento da eficiência individual e redução dos afastamentos por acidentes do trabalho, tanto os propriamente ditos, quanto os decorrentes de doença ocupacional, àqueles equiparados por ficção jurídica. E estaria a empresa a cumprir sua função social, com o consequente reconhecimento da sociedade.

Releva referir, ainda, quanto aos equipamentos de proteção individual e à adoção de medidas efetivas de controle dos riscos à saúde do trabalhador sujeito a baixas temperaturas, que os profissionais de Segurança e Medicina do Trabalho têm constatado que “a prática mais comum é utilizar equipamentos de proteção individual que não resolvem a questão e ainda causam desconforto aos trabalhadores”, bem como considerado que “nem a Fundacentro, órgão que faz ensaio nos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), para a liberação do Certificado de Aprovação pelo Ministério do Trabalho, tem condições de acompanhar estes equipamentos, o que torna o próprio fabricante responsável pela garantia do produto (*As pontas do termômetro*. Ob. cit., p. 14).

Acerca da carência de elementos capazes de atestar a eficiência dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) no Brasil, verificou Ruas, em sua pesquisa, “a existência de pouquíssima informação sobre taxas de metabolismo do trabalhador brasileiro e a inexistência de dados sobre o isolamento térmico das roupas e dos equipamentos de proteção individual utilizados no país”, ressaltando a essencialidade do desenvolvimento de pesquisas sobre esses temas “não só para os estudos de conforto térmico como também para os trabalhos relativos a sobrecarga térmica” (RUAS, Álvaro César. Ob. cit., p. 170).

De fato, estudos realizados na área de Engenharia de Produção – em situações de labor em baixas temperaturas – têm apontado a necessidade de maior controle, quanto à eficácia dos EPIs, observando-se “critérios ergonômicos e antropométricos de concepção”, assim como a necessidade de “fiscalização mais eficiente dos órgãos responsáveis” (GALLOIS, Nelson Simões Pires. *Análise das condições de stress e conforto térmico sob baixas temperaturas em indústrias frigoríficas de Santa Catarina*. 2002. Dissertação para obtenção do título de Mestre em Engenharia de Produção. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 43. Disponível em: <<http://www.labeee.ufsc.br/arquivos/publicacoes/dissertacao>> Acesso em: 16 abr. 2010). Esse especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho e Auditor Fiscal do Trabalho (Ministério do Trabalho e Emprego – Blumenau-SC), por exemplo, constatou, em sua dissertação sobre a matéria, que, além de os trabalhadores dos frigoríficos pesquisados não se sentirem adequadamente protegidos, “(...) as vestimentas, consideradas pelo Ministério do Trabalho como EPIs (equipamentos de proteção individual), não apresentam uma especificação de isolamento confiável, uma vez que não existem normas e tampouco análises técnicas para a certificação expedida (CA – certificado de aprovação), que é dada por declaração do fabricante (registrado com o Certificado de Registro de Fabricante – CRF). Consequentemente, uma série de patologias adversas, correlacionadas ao frio, são detectadas junto aos ambulatórios médicos das empresas bem como em hospitais das regiões as quais preponderam estes tipos de atividades com frio intenso” (Ob. cit., p. 43).

A situação descrita nessa pesquisa, quanto aos certificados de aprovação, é confirmada pela reportagem sobre vestimentas de segurança, de Lia Nara Bau, segundo a qual “a certificação, inclusive, é um capítulo à parte no mercado de EPIs, esbarrando na falta de estrutura técnica e legal para a emissão do CA – Certificado de Aprovação – (Muito além da roupa. *Revista Proteção*. São Paulo, ano XIX, n. 172, abr. 2006, p. 54).

A aludida assertiva é corroborada, ainda, pelo depoimento, em abril de 2006, do Coordenador das Comissões de Estudos de Luvas e Vestimentas de Proteção – Requisitos Gerais e Riscos Mecânicos/CB-32/ABNT, Luís Carlos Faleiros Freitas, para quem a principal preocupação não é a falta de normatização brasileira: “A preocupação maior é a capacitação laboratorial para que as normas possam ser seguidas e utilizadas” (*Muito além da roupa*. Ob. cit., p. 60).

Outra pesquisa, também na área de Engenharia de Produção, foi realizada junto aos trabalhadores de frigorífico da Região Sul do país, com o intuito de “analisar o desempenho e a saúde do trabalhador exposto a baixas temperaturas, com informações obtidas de funcionários que trabalham expostos a uma

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

temperatura igual ou inferior de 10°C”, na qual verificado que “a proteção individual fica sempre prejudicada, uma vez que, apesar de o trabalhador normalmente utilizar em tais atividades EPIs do tipo luvas, botas de borracha, japonsa e outros, ficam sempre desprotegidos em relação ao seu aparelho respiratório” (BUZANELLO, Márcia Rosângela. *Influência de variáveis ambientais em frigorífico da unidade climática subtropical sul sobre os trabalhadores expostos a baixas temperaturas*. Dissertação para obtenção do título de Mestre em Engenharia de Produção. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003, p. 60. Disponível em: <<http://www.labeee.ufsc.br/arquivos/publicacoes/dissertacao>> Acesso em: 16 abr. 2010, destaquei). Constatou, outrossim, a professora citada, que “o desenvolvimento tecnológico dos equipamentos coletivos e individuais tem aumentado consideravelmente, inclusive no Brasil. O aprimoramento dos fabricantes de matérias-primas e vestuário para temperaturas extremas é constante em busca de novos tecidos sintéticos e naturais que ofereçam conforto, qualidade e segurança aos produtos. No entanto, o Brasil carece de normas técnicas para serem utilizadas como parâmetros para a realização dos testes de resistência para adequação do vestuário ao trabalhador” (Ob. cit., p. 63), não sendo demais lembrar que “a melhor defesa ‘contra a sensação de frio’ consiste em utilizar a roupa adequada” (TORREIRA, Raul P. Ob. cit., p. 73), hábil a proteger, acrescento, todas as partes do corpo suscetíveis de sofrer a influência negativa desse agente físico.

Ressalto que a ausência de normas técnicas aptas a atestar o isolamento térmico das vestimentas de segurança dos empregados encerra inobservância das normas de proteção à saúde dos trabalhadores, abordado, o mencionado desrespeito, em artigo escrito por Sandro Eduardo Sarda, Procurador do Trabalho, Roberto Carlos Ruiz, médico e mestre pela Universidade Estadual de Campinas, e Guilherme Kirtschig, Especialista em Direito do Trabalho, versando sobre as condições de trabalho nas empresas de abate e processamento de carnes (frigoríficos), “setor econômico que apresenta alta prevalência de doenças ocupacionais”. Sustentam os autores que, “não obstante, o elevado patamar que os direitos à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado ocupam na Constituição Federal e a existência de verdadeira sinergia de fatores de risco à saúde dos trabalhadores (repetitividade, monotonia, pressão de tempo, frio, ritmo excessivo, jornadas exaustivas, posturas inadequadas) as empresas do setor não vêm adotando as medidas preconizadas no ordenamento jurídico, gerando um elevado contingente de trabalhadores lesionados, sobretudo jovens empregados”. Concluem, por fim, após observar duas empresas do setor, que “a realidade encontrada é caracterizada pelo descumprimento das normas de proteção a saúde dos trabalhadores preconizada na Constituição Federal” (Sarda

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

SE; Ruiz RC; Kirtschig G. *Tutela jurídica da saúde dos empregados de frigoríficos*: considerações dos serviços públicos. Disponível em: <<http://www.actafisiatrica.org.br>> Acesso em: 16 abr. 2010.

Nessa linha, os preceitos legais e constitucionais mencionados, aliados aos princípios jurídicos e às normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, nos moldes expostos, conduzem, a meu sentir, à conclusão de que devidos, na espécie, os intervalos vindicados, para recuperação térmica, inclusive em homenagem ao direito fundamental de todos à saúde (CR, arts. 6º e 196).

Em respaldo ao posicionamento adotado, a jurisprudência majoritária desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LAUDO PERICIAL. DEFERIMENTO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS REFERENTES AOS 20 MINUTOS DE INTERVALO NÃO UTILIZADOS. JORNADA DE TRABALHO EM AMBIENTE FRIO. APLICAÇÃO DO ART. 253 DA CLT. VIOLAÇÃO DO ART. 896 NÃO RECONHECIDA. A baixa temperatura no local de trabalho da reclamante confirmada por laudo pericial, e as circunstâncias apresentadas, quais sejam, não utilização de agasalho adequado e permanência no local de trabalho por período superior ao legalmente permitido, caracterizou a insalubridade. Nos termos do art. 253 da CLT, a reclamante tem direito de usufruir 20 minutos de intervalo para repouso. *O trabalho em jornada de oito horas em ambiente com temperatura abaixo de 15º, sem proteção adequada e sem intervalo, assegura o direito de o empregado receber o período como horas extraordinárias. Embargos não conhecidos.*” (TST-E-RR-719679/2000.5, SDI-I, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 06.06.08)

“RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. RECUPERAÇÃO TÉRMICA. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. ART. 253 DA CLT. O art. 253 da CLT prevê o intervalo de vinte minutos, a cada uma hora e quarenta minutos de labor contínuo, para os empregados que trabalham no interior de câmara frigorífica ou para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa. De outro lado, o parágrafo único traduz o que seria ambiente artificialmente frio, qual seja, o que for inferior, na primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho, a 15º (quinze graus), na quarta zona a 12º (doze graus), e na quinta, sexta e sétima zonas a 10º (dez graus). O Regional registrou que

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

o setor de desossa, onde a reclamante trabalhava, tratava-se de ambiente resfriado com temperatura variando entre 8°C e 10°C, pelo que faz jus a empregada ao intervalo intrajornada para recuperação térmica, previsto no art. 253 da CLT. Recurso de revista a que se nega provimento.” (RR-111900-93.2008.5.18.0191, Rel^a Min^a Kátia Magalhães Arruda, j. 22.09.09, 5^a T., data de publicação: 16.10.09)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. HORAS EXTRAS. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. INTERVALOS. ART. 253 E PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT. O art. 253 da CLT prevê o intervalo de vinte minutos, a cada uma hora e quarenta minutos de labor contínuo, para os empregados que trabalham no interior de câmara frigorífica ou para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa. O parágrafo único, por seu turno, elucida que o preceito inscrito no *caput* há de ser compreendido com olhos postos em ambientes artificialmente frios. A constatação de trabalho em condições que se enquadram nos mínimos a que alude a lei, de manifesta insalubridade e óbvia nocividade à saúde, recomenda a concessão dos intervalos em questão, de vez que presentes os requisitos previstos pelo legislador. Vale ressaltar que as situações previstas na norma não são cumulativas, incidindo o seu conteúdo quer quando há ambiente artificialmente frio, quer quando há percurso entre ambientes frios e quentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.” (TST-AIRR-916/2007-056-24-40.2, 3^a T., Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 27.03.09)

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE – INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA – EXTENSÃO DA VANTAGEM PARA ALÉM DAS HIPÓTESES DO *CAPUT* DO ART. 253 DA CLT – INTELIGÊNCIA DA NORMA DO SEU PARÁGRAFO ÚNICO. I. Da interpretação sistemática do *caput* e do parágrafo único do art. 253 da CLT, sobressai a certeza de o legislador ter pretendido estabelecer clara equivalência entre o trabalho prestado no interior de câmaras frigoríficas e o trabalho prestado em ambiente artificialmente frio, a fim de beneficiar os empregados que laboram num e noutro local com o intervalo de vinte minutos de repouso depois de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo. II. Efetivamente, se não houvesse essa consentida correlação, não haveria razão para que se acrescesse ao art. 253 da CLT o seu parágrafo único, pois bastava a norma do *caput* daquele preceito para se concluir que a vantagem ali contemplada o teria sido apenas em benefício dos empregados que trabalhassem no interior de câmaras frigoríficas e

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

daqueles que movimentassem mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa. III. Tendo por norte a assertiva do Regional de que o reclamante exercia a função de auxiliar geral no setor de limpeza industrial, laborando em ambiente resfriado artificialmente (temperatura inferior a 12°C), ressaltou incontestável o seu direito ao intervalo de 20 minutos de repouso depois de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, na conformidade do art. 253 da CLT e seu parágrafo único. Nesse sentido, precedentes desta Corte. Recurso provido.” (RR-70000-59.2008.5.24.0096, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 10 mar. 2010, 4ª T., data de publicação: 19.03.10)

“RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DO INTERVALO PREVISTO NO ART. 253 DA CLT. Ainda que o empregado não labore em câmara frigorífica propriamente dita, o labor em ambiente considerado artificialmente frio para a respectiva zona climática, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, enseja o direito ao intervalo de vinte minutos a cada uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, por tratar de medida que visa preservar a saúde do trabalhador submetido habitualmente a baixas temperaturas. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-359/2007-096-24-00.4, Ac. 8ª T., Relª Minª Dora Maria da Costa, DEJT 13.02.09)

“TRABALHO REALIZADO EM AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO – INTERVALO DE RECUPERAÇÃO TÉRMICA DE 20 MINUTOS – INTERPRETAÇÃO DO ART. 253, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO ART. 896, A- E C, DA CLT. 1. Conforme dispõe o art. 253, *caput*, da CLT, para os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 minutos de repouso, computado esse intervalo como de trabalho efetivo. Já o parágrafo único desse dispositivo estabelece que se considera artificialmente frio, para os fins do presente artigo, o que for inferior, na primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a 15°C (quinze graus Celsius), na quarta zona a 12°C (doze graus Celsius), e na quinta, sexta e sétima zonas a 10°C (dez graus Celsius). 2. No caso, o Regional deixou claro que a reclamante trabalhava em ‘ambiente artificialmente frio’, setor de desossa, no qual a temperatura variava entre 8°C e 12°C, e não usufruía do intervalo de 20 minutos a cada uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo. Sali-

entou, ainda, que a faixa de temperatura média que compreende o Município de Mineiros (GO), localidade onde a reclamante laborava, enquadra-se na quarta zona climática da Portaria nº 21/94, que definiu o mapa oficial do MTE a ser observado para efeitos de aplicação do parágrafo único do art. 253 da CLT. Assim, concluiu não haver dúvidas de que a reclamante faz jus ao percebimento, como hora extra, do tempo destinado ao intervalo não fruído. 3. O entendimento adotado pelo Regional não viola o mencionado art. 253, *caput* e parágrafo único, da CLT, mas resulta justamente da observância da norma legal contida nesse dispositivo. Ademais, para se concluir pela violação do art. 5º, II, da CF, seria necessário verificar prévia vulneração às normas infraconstitucionais que regem a matéria, o que não atende ao estabelecido no art. 896, *c*, da CLT. Já os arestos trazidos a cotejo não servem ao intuito de demonstrar a alegada divergência jurisprudencial, pois ou não atendem ao assentado na Súmula nº 337, I, *a*, do TST, ou afiguram-se inespecíficos, circunstância que atrai a incidência do óbice da Súmula nº 296, I, desta Corte Superior. Recurso de revista não conhecido. (RR-321/2008-191-18-00.1, 7ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 26.06.09)

“INTERVALO INTRAJORNADA PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA. CÂMARA FRIGORÍFICA. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. ART. 253 DA CLT. Segundo o art. 253 da CLT, o trabalho expendido em câmara frigorífica, local em que o ambiente é considerado artificialmente frio, dá ensejo ao intervalo intrajornada para recuperação térmica de vinte minutos a cada uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, por tratar de medida que visa preservar a saúde do trabalhador submetido habitualmente a baixas temperaturas. De acordo com o parágrafo único do art. 253 da CLT: ‘Considera-se artificialmente frio, para os fins do presente artigo, o que for inferior, nas primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a 15º (quinze graus), na quarta zona a 12º (doze graus), e nas quinta, sexta e sétima zonas a 10º (dez graus)’. Segundo a Portaria nº 21/94 do MTE, o Estado de Goiás, local no qual situa-se a reclamada, encontra-se inserido na quarta zona climática, onde se considera artificialmente frio o ambiente cuja temperatura encontrar-se abaixo de 12ºC. Assim, o ‘setor de desossa’, recinto no qual laborava a reclamante e em que a temperatura era mantida abaixo de 12ºC, independente da denominação, deve ser considerado como ambiente artificialmente frio, fazendo jus a empregada ao intervalo intrajornada previsto no art. 253 da CLT. Precedentes desta Corte. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provi-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

mento. (RR-766/2008-191-18-00.1, 7ª T., Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJ 19.06.09)

Na hipótese, a Corte de origem, considerando que o autor trabalhava no setor de desossa, em ambiente cuja temperatura oscilava entre 8°C e 10°C, confirmou o deferimento, como extras, dos intervalos, não usufruídos, de 20 minutos a cada 1h 40min de trabalho, ao fundamento, referido em decisão adotada como razões de decidir, de que, “na faixa de temperatura média que compreende o Município de Mineiros (4ª Região Climática – Portaria nº 21, de 16.12.94) o tempo total de trabalho no ambiente frio é de 6h 40min (seis horas quarenta minutos), sendo 4 (quatro) períodos de 1h 40min (uma hora e quarenta minutos) alternados com 20min (vinte minutos) de repouso recuperação térmica fora do ambiente de trabalho (Tabela 1, item 29.3.16). Partindo dessas premissas, é imperioso reconhecer a exegese sistemática do art. 253 da CLT **ACHISTER** permite estabelecer uma equivalência entre o conceito de câmara fria e o de ambiente artificialmente frio, com temperatura inferior a 12°C, para efeito de concessão do intervalo para recuperação térmica. Nesse contexto, é certo concluir que os trabalhadores que pertencem à quarta e quinta regiões climáticas estão adstritos a diferentes situações em face do que considerado ambiente artificialmente frio”.

Consonante, pois, a decisão regional com o entendimento deste Tribunal, de que o art. 253 da CLT se aplica também ao trabalhador que – apesar de não laborar no interior de câmaras frigoríficas, nem movimentar mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa –, permanece em ambiente artificialmente frio, observados os parâmetros do respectivo parágrafo único.

Pautado o acórdão recorrido na consideração dos aludidos limites e na constatação de trabalho em ambiente cuja temperatura é inferior ao marco fixado para a zona climática em que realizado o labor, tem-se como presentes os requisitos para a percepção do intervalo pleiteado.

Incólume, ante o arrazoado, a literalidade do *caput* e parágrafo único do dispositivo legal em debate.

Recurso de revista conhecido e não provido.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 04 de agosto de 2010. *Rosa Maria Weber Candiota da Rosa*, relatora.

Jurisprudência Atual

ENGENHEIRO. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. ENGENHEIRO. PROFISSIONAL LIBERAL. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. 1. Cinge-se a controvérsia em se saber se o engenheiro, empregado de instituição bancária e que desempenha as atribuições inerentes de sua profissão, deve ser enquadrado como bancário. 2. A primeira questão que deve ser considerada diz respeito ao tratamento sindical que deve ser conferido aos empregados da categoria de profissionais liberais. 3. O quadro anexo do art. 577 da CLT não insere a profissão de “engenheiro” como categoria profissional diferenciada, mas, sim, como profissional liberal. Apesar disso, verifica-se que inexistente qualquer incompatibilidade para a aplicação para essa categoria de empregados das regras concernentes à categoria profissional diferenciada. Primeiro porque tanto os profissionais liberais como os empregados de categoria diferenciada exercem suas profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial. No caso, a profissão dos engenheiros encontra-se regulada pela Lei nº 4.950-A/66. Segundo, porque o art. 1º da Lei nº 7.361/85, confere à Confederação das Profissões Liberais o mesmo poder de representação atribuído aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas. 4. De outro lado, esta Corte já sedimentou o entendimento de que as instituições bancárias podem legalmente contratar empregados de categorias diferenciadas em regime de trabalho diverso do aplicado aos bancários, conforme o que se infere da Súmula nº 117.

Recurso de Embargos conhecido e provido.

(Processo nº TST-E-ED-RR-785/2005-067-02-00 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-785/2005-067-02-00.0, em que é Embargante Caixa Econômica Federal – CEF e Embargado R.A.B.

RELATÓRIO

A Sexta Turma desta Corte, mediante acórdãos a fls. 329/332 e 345/346, não conheceu do Recurso de Revista interposto pela parte reclamada no

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

tocante ao tema “Engenheiro. Bancário. Categoria Diferenciada. Jornada de Trabalho”.

Interpõe a parte reclamada o presente Recurso de Embargos, pelas razões a fls. 349/368.

Foi apresentada impugnação, a fls. 370/385.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo (acórdão publicado em 31.07.09, sexta-feira, conforme certidão lavrada a fls. 347, e Apelo interposto em 10.08.09), mostra-se regular a representação processual (a fls. 341) e foi comprovado o recolhimento das custas processuais e do depósito recursal no valor total da condenação.

I – Conhecimento

ENGENHEIRO. PROFISSIONAL LIBERAL. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

A Turma não conheceu do Recurso de Revista interposto pela parte reclamada no tocante ao tema “Engenheiro. Bancário. Categoria Diferenciada. Jornada de Trabalho”. Para tanto, valeu-se dos seguintes fundamentos (a fls. 330/332):

“O Eg. Tribunal Regional se manifestou no sentido de que o autor, que exerce funções técnicas de engenheiro, pertence à categoria dos bancários, fazendo jus à jornada de seis horas diárias. *In verbis*:

‘A recorrente insurge-se contra a r. sentença de origem, que a condenou ao pagamento das 7^a e 8^a horas trabalhadas pelo recorrido, como horas extras, sustentando, em resumo, que no contrato de trabalho firmado entre as partes, bem como no acordo coletivo da categoria, e no seu Plano de Cargos e Salários, foi estipulado o cumprimento da jornada de oito horas diárias, tendo em vista que o Recorrido exerce a função de engenheiro, pertencendo, pois, à categoria profissional diferenciada, e não à categoria dos bancários.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A legislação sindical do Brasil adotou o regime da sindicalização pelas categorias econômicas que representam os empregadores, e as categorias profissionais que representam os empregados, cujo enquadramento da categoria profissional, como regra, é feito em razão da correspondente atividade econômica, conforme se infere do disposto no art. 511 e respectivos §§ 1º e 2º da CLT. As categorias profissionais diferenciadas se originam de trabalhadores de certas profissões que se organizam em sindicatos, independentemente da natureza da atividade desenvolvida pelos estabelecimentos em que prestam serviços, conforme disposto no § 3º do art. 511 da CLT, e por isso mesmo constituem exceção àquela regra geral. Contudo, o fato dos exercentes de determinadas profissões poderem ser considerados profissionais liberais, por si só, não os convertem em categoria profissional diferenciada.

Na hipótese dos autos, a Recorrente trata-se da Caixa Econômica Federal e, portanto, via de regra, seus empregados enquadram-se nas disposições do *caput* do art. 224 da CLT, aplicáveis à categoria profissional dos bancários e, em consequência, estão sujeitos à jornada de seis horas diárias, e trinta horas semanais, salvo se enquadrados no § 2º desse mesmo artigo, ou se pertencerem a alguma categoria profissional diferenciada.

No entanto, o Recorrido não exerce função de direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalentes, ou outros cargos de confiança, visto que exerce apenas funções técnicas de engenheiro e, portanto, não se enquadra nos cargos de confiança bancária, previstos no § 2º do art. 224 da CLT. A par disso, embora em razão de sua profissão possa ser considerado profissional liberal, na recorrente é empregado e, portanto, tampouco pertence à categoria profissional diferenciada. Assim sendo, o Recorrido enquadra-se na regra geral da categoria profissional, correspondente à respectiva atividade econômica da Recorrente que, conforme acima apreciado, trata-se da categoria profissional dos bancários e, portanto, está sujeito à jornada de seis horas diárias e trinta horas semanais. A par disso, as normas de proteção ao trabalho, especialmente as que dispõem sobre limites da duração do trabalho, como é o caso do disposto no art. 224 da CLT, são normas imperativas e, portanto, sobrepedem-se à vontade das partes, visto que irrenunciáveis. Assim, ao contrário do pretendido pela recorrente, as cláusulas do contrato individual do trabalho do Recorrido, bem como as cláusulas do acordo coletivo e as disposições do regulamento da Recorrente que instituiu o novo plano de cargos e salários, que estipulam jornada de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

trabalho para o Recorrente superior a seis horas diárias e trinta horas semanais, são nulas de pleno direito, por contrariar as normas imperativas supracitadas.

No que diz respeito à jornada de trabalho efetivamente cumprida, restou incontroverso que o Recorrido cumpre jornada de oito horas diárias e, portanto, é de se reconhecer correto o decidido na sentença de origem, no sentido de condenar a Recorrente ao pagamento das 7ª e 8ª horas diárias como horas extras.

No que diz respeito às questões referentes aos descontos da contribuição previdenciária e imposto de renda, bem como às relativas aos juros e correção monetária, não se vislumbra interesse processual da Recorrente, porque as pretensões da Recorrente já restaram acolhidas na sentença de origem, razão pela qual, deixo de conhecer essas questões.’ (a fls. 214/215)

Nas razões de recurso, a Reclamada sustenta que os engenheiros civis contratados pelo Banco se enquadram na categoria diferenciada e não exercem cargo de confiança, nos termos do art. 224, § 2º, da CLT. Argumenta que o Reclamante se submeteu a concurso público que previa em seu edital uma jornada de trabalho de 40 horas semanais, condição constante de forma expressa no contrato de trabalho, razão pela qual não pode ser enquadrado no *caput* do art. 224 da CLT. Aponta violação dos arts. 7º, XXVI, e 37, II, da CF, 461, § 2º, da CLT, 3º da Lei nº 4.950-A, bem como contrariedade às Súmulas ns. 117 e 370/TST. Traz arestos ao cotejo de teses.

Sem razão, contudo.

O Eg. Tribunal Regional estabeleceu como parâmetro fático que o autor desenvolvia atividades técnicas de engenheiro, e que não exercia função de direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalentes, nem outros cargos de confiança. Que não pertencia à categoria diferenciada, se tratando de bancário.

O art. 224, *caput*, da CLT assegura a jornada reduzida de seis horas diárias aos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal.

Assim, a única condição prevista em lei para que o trabalhador se beneficie da referida jornada é que seja empregado em banco, não havendo qualquer restrição quanto às suas atribuições funcionais, se técnicas ou afetas diretamente à atividade bancária.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Corroborando a exegese acima exposta, o art. 226 da CLT estende o regime especial de seis horas de trabalho aos empregados de portaria e de limpeza, tais como porteiros, telefonistas de mesa, contínuos e serventes, empregados em banco e casas bancárias.

No caso dos autos, restando incontroverso o fato de ser o Reclamante engenheiro empregado da Caixa Econômica Federal, deve-lhe ser imputada a condição de economiário, sendo-lhes assegurada a jornada de seis horas diárias, nos termos do art. 224 da CLT.

Este C. Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento pacífico no sentido de que o engenheiro empregado de banco não integra categoria diferenciada, sendo bancário, e se beneficiando da jornada prevista no art. 224 da CLT. *In verbis*:

ENGENHEIRO. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. JORNADA REDUZIDA. HORAS EXTRAS. EMBARGOS DO ART. 894, INCISO II, DA CLT. A profissão de engenheiro não pertence a categoria diferenciada, mas integra o rol das profissões liberais. Quando empregado de estabelecimento bancário, ainda que exercendo atividade-meio e, como no caso dos autos, admitido mediante prévia aprovação em concurso público, cujas instruções previam jornada de oito horas, é de se reconhecer o enquadramento do engenheiro como bancário, com direito à jornada reduzida e, por conseguinte, ao pagamento, como extras, das horas trabalhadas após a sexta diária. Precedentes da Corte. Ressalvado entendimento pessoal do relator em sentido contrário, em homenagem à disciplina judiciária. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento. (*Processo: E-RR-384/2006-002-13-00.6 Data de Julgamento: 29.09.08, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Divulgação: DEJT 24.10.08*).

BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. ENGENHEIRO. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CATEGORIA PROFISSIONAL DIFERENCIADA. 1. O enquadramento sindical no Direito do Trabalho brasileiro dá-se em face da atividade econômica preponderante da empresa, salvo se integrante de categoria diferenciada, a que não se equipara o ofício que, se exercido com autonomia, compõe profissão liberal. 2. O engenheiro, empregado de Banco, precisamente por não se encontrar listado no Quadro Anexo a que alude o art. 577 da CLT, não integra, nos termos do § 3º do art. 511, categoria profissional diferenciada. É bancário, para todos os efeitos legais, máxime se admitido como escriturário. 3. Beneficia-se, portanto, da jornada reduzi-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

da de 6 (seis) horas, prevista no art. 224 da CLT para os bancários, engenheiro que presta, como empregado, serviços à instituição bancária. Entendimento que se robustece ante a dicção da Súmula nº 117 do TST de aplicação restrita aos integrantes de categoria diferenciada. 4. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento para restabelecer o acórdão regional. (*Processo: E-RR-569155/1999.7 Data de Julgamento: 22.11.04, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 18.02.05.*)

Dessa forma, a decisão do E. Tribunal Regional está em consonância com notória jurisprudência do TST, não havendo de se falar em violação dos dispositivos legais e constitucionais apontados, nem em dissenso jurisprudencial. Incide, como óbice ao conhecimento do Recurso de Revista, o § 4º do art. 896 e a Súmula nº 333 do Colendo TST.

Destaque-se que não há de se falar em contrariedade às Súmulas ns. 117 e 370/TST, pois impertinentes à situação fática delineada nos autos, em que não se trata de empregado pertencente a categoria profissional diferenciada, mas de bancário sujeito à jornada prevista no art. 224 da CLT.

Não conheço.”

A Reclamada, em suas razões recursais, sustenta que o cargo de engenheiro faz parte de categoria profissional diferenciada, regido por estatuto próprio (Lei nº 4.950-A/66), razão pela qual os seus integrantes não se encontram sujeitos à jornada legal dos bancários, sobretudo porque os engenheiros desempenham funções inerentes à sua profissão. Afirma que foi firmado acordo coletivo entre a CEF e o Sindicato representante de seus empregados prevendo a jornada de oito horas para os engenheiros. Aduz, ainda, que o Reclamante se submeteu a concurso público que previa a jornada de trabalho de quarenta horas semanais.

O Recurso de Embargos vem calcado em violação dos arts. 5º, II, 7º, XXVI, da Constituição Federal; 3º, parágrafo único, da Lei nº 4.950/66; 511, § 3º, e 896 da CLT e 334, III, do CPC, em contrariedade às Súmulas ns. 117 e 370 do TST e em divergência jurisprudencial.

A Embargante logra êxito em demonstrar dissenso pretoriano com os arestos a fls. 355/357 oriundos, respectivamente, das 2ª e 3ª Turmas, que expressam tese especificamente divergente da adotada pela Turma, que os engenheiros e arquitetos, por serem enquadrados como categoria diferenciada, não se beneficiam do regime legal relativo aos bancários.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ante o exposto, conheço do Recurso de Embargos, por divergência jurisprudencial.

II – Mérito

ENGENHEIRO. PROFISSIONAL LIBERAL. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

Cinge-se a controvérsia em se saber se os engenheiros, empregados de instituição bancária e que desempenham as atribuições inerentes de sua profissão, devem ser enquadrados como bancário.

A primeira questão a ser considerada diz respeito ao tratamento sindical que deve ser conferido aos empregados da categoria de profissionais liberais.

O art. 511, *caput*, da CLT preconiza que “é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou *profissionais liberais* exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas”. No § 3º do mesmo dispositivo houve a conceituação de categoria profissional diferenciada como sendo “a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de *estatuto profissional especial* ou em consequência de condições de vida singulares”.

Ao tratar do enquadramento sindical, a Consolidação das Leis do Trabalho, prevê, em seu art. 570, que “os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio”.

O quadro anexo do art. 577 da CLT não insere a profissão de “engenheiro” como categoria profissional diferenciadas, mas, sim, como profissional liberal. Apesar disto, verifica-se que inexistente qualquer incompatibilidade para a aplicação a essa categoria de empregados das regras concernentes à categoria profissional diferenciada, pelos motivos a seguir expostos.

Primeiro, porque tanto os profissionais liberais como os empregados de categoria diferenciada exercem suas profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial. No caso, a profissão dos engenheiros encontra-se regulada pela Lei nº 4.950-A/66.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Segundo, porque o art. 1º da Lei nº 7.361/85, confere à Confederação das Profissões Liberais o mesmo poder de representação atribuído aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas, *in verbis*:

“Nas ações individuais e coletivas de competência da Justiça do Trabalho, as entidades sindicais que integram a Confederação Nacional das Profissões Liberais terão o mesmo poder de representação dos trabalhadores-empregados atribuído, pela legislação em vigor, aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas.”

Nesse sentido, bem se posicionou o Ministro Barros Levenhagen, em processo julgado perante a Quarta Turma desta Corte, na sessão do dia 07.05.09, TST-RR-277/2007-021-03-00.1, publicado no DJE de 22.05.09, cuja decisão encontra-se assim ementada, *in verbis*:

“ARQUITETO. CONTRATAÇÃO PARA DESEMPENHAR A PROFISSÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE BANCÁRIA. NÃO ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO PARA FINS DO ART. 224 DA CLT. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 511, § 3º, 577 DA CLT E 1º DA LEI Nº 7.316/85. I. Para fins de enquadramento sindical dos profissionais liberais, admitidos como empregados, impõe-se salientar a sua afinidade com os integrantes de categoria diferenciada, consubstanciada na constatação de que, conforme o § 3º do art. 511 da CLT, uns e outros exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. II. Não se mostra juridicamente relevante para desautorizar essa assinalada afinidade a circunstância, que se extrai do confronto entre o § 3º do art. 511 e o art. 577, ambos da CLT, de a categoria diferenciada achar-se subordinada ao requisito suplementar do reconhecimento da diferenciação mediante ato da autoridade administrativa competente. III. Isso porque o elemento comum aos integrantes das categorias diferenciadas e os profissionais liberais, decisivo para dilucidar o seu enquadramento sindical, reside no fato de que, à sombra do § 3º do art. 511 da CLT, num e noutro caso os empregados exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. IV. Tanto é certo o caráter marginal do requisito suplementar de a diferenciação da categoria profissional ser reconhecido por ato da autoridade administrativa competente, que o art. 1º da Lei nº 7.316/85 dispõe que as entidades sindicais representativas desses profissionais compõem a Confederação Nacional das Profissões Liberais, detendo, quer em sede de dissídio individual

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ou em sede de dissídio coletivo, o mesmo poder de representação atribuído aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas. V. Efetivamente, estabelece a norma em apreço que – nas ações individuais e coletivas de competência da Justiça do Trabalho, as entidades sindicais que integram a Confederação das Profissões Liberais terão o mesmo poder de representação dos trabalhadores empregados atribuído, pela legislação em vigor, aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas. VI. Tendo por norte que a Recorrente fora contratada como arquiteta, cuja profissão acha-se regulamentada pela Lei nº 4.950-A, de 22 de abril de 1966, e que a desempenhara, ao longo do contrato de trabalho, o seu enquadramento sindical há de sê-lo no âmbito da entidade sindical representativa dos profissionais liberais, afastada a possibilidade de o ser no âmbito do sindicato representativo da categoria dos bancários, em virtude de não ser aplicável, no particular, a regra do enquadramento a partir da categoria econômica preponderante da empresa, infirmando desse modo o seu pretense direito à regência pelos arts. 224 e seguintes da CLT. Recurso conhecido e desprovido.”

A última consideração que deve ser feita é que esta Corte já sedimentou o entendimento de que as instituições bancárias podem legalmente contratar empregados de categorias diferenciadas em regime de trabalho diverso do aplicado aos bancários, conforme o que se infere da Súmula nº 117, *in verbis*:

“BANCÁRIO. CATEGORIA DIFERENCIADA. Não se beneficiam do regime legal relativo aos bancários os empregados de estabelecimento de crédito pertencentes a categorias profissionais diferenciadas.”

Ora, conforme anteriormente mencionado, inexistente qualquer incompatibilidade para a aplicação a essa categoria de empregados das regras concernentes à categoria profissional diferenciada, inclusive no que tange ao entendimento jurisprudencial acima citado.

Dessarte, sendo a profissão de engenheiro regulada por lei específica, no caso a Lei nº 4.950-A/66, e desempenhando esse as funções inerentes da sua profissão (conforme expressamente consignado pelo Regional, a fls. 197), não há como enquadrá-lo como bancário, de forma a se aplicar a jornada reduzida de trabalho prevista no art. 224 da CLT.

Nesse sentido, pronunciou-se esta Subseção na sessão realizada no dia 28.05.09, ao julgar os seguintes processos: TST-E-ED-RR-783/2005-033-02-00.4 e TST-E-RR-104/2006-006-05-00.9.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso de Embargos da Caixa Econômica Federal – CEF, para excluir da condenação o pagamento de horas extras e, por conseguinte, julgar improcedente a Reclamação Trabalhista. Invertido o ônus da sucumbência. Isento o Reclamante do pagamento das custas processuais.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, vencido o Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento de horas extras e, por conseguinte, julgar improcedente a Reclamação Trabalhista. Invertido o ônus da sucumbência. Isento o Reclamante do pagamento das custas processuais.

Brasília, 26 de novembro de 2009.

Maria de Assis Calsing – Relatora.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Concurso público. Impedimento de inscritos demitidos por justa causa ...	183
Dano moral. Prescrição. Ônus da prova	190
Dano moral. Violação à imagem e à dignidade	210
Dispensa arbitrária. Doença grave não ocupacional. Discriminação	222
Idoso. Preferência na ordem de penhora	229
Intervalo intrajornada. Horas extras	236
Jurisprudência atual	
Engenheiro. Enquadramento como bancário. Impossibilidade	264