



REVISTA TRT 10



Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

v. 27 n. 2

Brasília

2023

ISSN 0104-7027

Rev. do Trib. Reg. Trab.10ª R.
2023

Brasília

v. 27

n. 2

p. 1- 214

jul./dez.

Ficha Técnica

Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

Endereço: SAS Quadra 1, Bloco “D” Praça dos Tribunais Superiores - Brasília/DF - CEP: 70097-900

Telefone: (61) 3348-1100 CNPJ:02.011.574/0001-90

<http://www.trt.jus.br>

Escola Judicial do TRT-10ª Região

SGAN 916, Lote A2 - Asa Norte - Brasília/DF CEP: 70.790-160

(61) 3348-1870

<https://escolajudicial.trt10.jus.br/>

email: escola.judicial@trt10.jus.br

Catálogo na Fonte elaborada pela Seção de Pesquisa e Documentação

Márcia Basílio Lage – Bibliotecária – CRB 732

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

v. 1, n. 1, 1982/1983- . – Brasília: TRT 10ª Região, 1982/83 – .

Bienal: 1982/1987.

Anual: a partir de 1994.

Publicação interrompida durante o período de 2012 a 2014. Numeração reiniciada a partir do v. 20 de 2016.

ISSN 0104-7027

1. Direito do trabalho – periódicos. 2. Jurisprudência trabalhista.

CDD 342.6

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista são de estrita responsabilidade de seus autores.

Coordenação: Desembargador Desembargador João Luis Rocha Sampaio

Produção: Anastácia Freitas de Oliveira

Projeto gráfico e diagramação: Weslei Marques dos Santos

Esta edição contou com a colaboração das magistradas: Ananda Tostes Isoni, Maria José Rigotti e Audrey Choucair Vaz

A Revista do TRT-10ª é classificada como B4 nas áreas de Direito e Serviço Social no Qualis/Capes e é indexada em:

JusLaboris - Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho

Rede RVBI (formada pelas bibliotecas da Advocacia-Geral da União, Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa do Distrito Federal, Ministério da Justiça, Procuradoria-Geral da República, Senado Federal, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal de Contas do Distrito Federal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios)

Rede REDIJT - Rede de informação da Justiça do Trabalho

Google Acadêmico

Portal Livre

Sumários.org

Academia.edu

Composição

Tribunal Pleno

Desembargadores

Alexandre Nery de Oliveira - Presidente
José Ribamar Oliveira Lima Júnior - Vice-Presidente e Corregedor
João Amílcar Silva e Souza Pavan
Flávia Simões Falcão
Ricardo Alencar Machado
Elaine Machado Vasconcelos
André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Pedro Luís Vicentin Foltran
Maria Regina Machado Guimarães
Brasilino Santos Ramos
José Leone Cordeiro Leite
Dorival Borges de Souza Neto
Elke Doris Just
Cilene Ferreira Amaro Santos
Grijalbo Fernandes Coutinho
João Luís Rocha Sampaio

1ª Seção Especializada

Desembargador	Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira - Presidente
Desembargador	José Ribamar Oliveira Lima Júnior - Vice-Presidente
Desembargador	João Amílcar Silva e Souza Pavan
Desembargadora	Elaine Machado Vasconcelos
Desembargador	André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Desembargadora	Maria Regina Machado Guimarães
Desembargadora	Elke Doris Just
Desembargadora	Cilene Ferreira Amaro Santos
Desembargador	João Luís Rocha Sampaio

2ª Seção Especializada

Desembargador	Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira - Presidente
Desembargador	José Ribamar Oliveira Lima Júnior - Vice-Presidente

Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargador Ricardo Alencar Machado
Desembargador Pedro Luiz Vicentin Foltran
Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior
Desembargador José Leone Cordeiro Leite
Desembargador Dorival Borges de Souza Neto
Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho

Primeira Turma

Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos - Presidente
Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargador André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Desembargador Dorival Borges de Souza Neto
Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho

Segunda Turma

Desembargador Maria Regina Machado Guimarães - Presidente
Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan
Desembargadora Elke Doris Just
Desembargador João Luis Rocha Sampaio

Terceira Turma

Desembargador Ricardo Alencar Machado - Presidente
Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran
Desembargador Brasilino Santos Ramos
Desembargador José Leone Cordeiro Leite
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos

Foros Trabalhistas

Brasília (DF)

SEPN 513, Bloco B, Lotes2/3, CEP 70.760-522

01ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Martha Franco de Azevedo
02ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Larissa Lizita Lobo Siveira
03ª Vara do Trabalho - Titular: Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota
04ª Vara do Trabalho - Titular: Juiza Naiana Carapeba Nery de Oliveira
05ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Elisângela Smolareck

06ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior
07ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Mônica Santos Emery
08ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Urgel Ribeiro Pereira Lopes
09ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Fernando Gabriele Bernardes
10ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Márcio Roberto Andrade Brito
11ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Rubens Curado Silveira
12ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Patrícia Germano Pacífico
13ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Juíza Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas - Diretora do Foro
14ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Idália Rosa da Silva
15ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Augusto C. A. de Souza Barreto
16ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Luiz Fausto Marinho de Medeiros
17ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Paulo Henrique Blair de Oliveira
18ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Jonathan Quintão Jacob
19ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Patrícia Soares Simões de Barros
20ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Júnia Marise Lana Martinelli
21ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Luiz Henrique Marques da Rocha
22ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins

Taguatinga (DF)

QNC 4/5 Avenida Samdu Norte, CEP 72115-540

1ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Alexandre de Azevedo Silva - Diretor do Foro
2ª Vara do Trabalho -	Juiz Mauro Santos de Oliveira Góes
3ª Vara do Trabalho -	Juíza Noemia Aparecida Garcia Porto
4ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Elaine Mary Rossi de Oliveira
5ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Luciana Maria do Rosário Pires -

Gama (DF)

Praça 02 Lote 06, Setor Central - Gama-DF, CEP 72405-610

Titular: Juíza Tamara Gil Kemp

Palmas (TO)

Quadra 302 Norte, Conjunto QI 12, Alameda 2, Lote 1A, CEP 77700-000

1ª Vara - Juiz Reinaldo Martini

2ª Vara - Juíza Débora Heringer Megiorin

Araguaína (TO)

Av. Neief Murad, 1131, Bairro Jardim Goiás, CEP 77.824-022

1ª Vara - Juiz Rogério Neiva Pinheiro

2ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Sandra Nara Bernardo Silva - Diretora do Foro

Gurupi (TO)

Rua Antônio Lisboa da Cruz, 2031, Centro – Setor Central - CEP: 77.405-090

Titular: Juiz Denilson Bandeira Coêlho

Dianópolis (TO)

Avenida Wolney Filho, Qd. 69-A, Setor Novo Horizonte, CEP 77300-000

Titular: Juíz Oswaldo Florêncio Neme Junior

Guaraí (TO)

Avenida Araguaia, Esquina com a Avenida Bernardo Sayão N° 1360, CEP 77700-000

Titular: Juiz Substituto Maximiliano Pereira de Carvalho (até nova designação para outro juiz ou juíza titular, conforme o artigo da lei 93, II, da Constituição Federal)

Juízes substitutos

Erica de Oliveira Angoti

Patricia Birchall Becattini

Rossifran Trindade Souza

Cristiano Siqueira de Abreu e Lima

Jose Gervasio Abrao Meireles

Joao Batista Cruz de Almeida

Thais Bernardes Camilo Rocha

Acelio Ricardo Vales Leite

Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes

Marcos Alberto dos Reis

Raquel Gonçalves Maynarde Oliveira

Osvani Soares Dias de Medeiros

Raquel Gonçalves Maynarde Oliveira

Raul Gualberto F. Kasper de Amorim

Claudinei da Silva Campos

Audrey Choucair Vaz

Mauricio Westin Costa

Rejane Maria Wagnitz

Daniel Izidoro Calabro Queiroga

Adriana Zveiter
Carlos Augusto de Lima Nobre
Laura Ramos Morais
Vilmar Rego Oliveira
Vanessa Reis Brisolla
Natalia Queiroz Cabral Rodrigues
Almiro Aldino de Sateles Junior
Gustavo Carvalho Chehab
Larissa Leonia Bezerra de A. Albuquerque
Elysangela de Souza Castro Dickel
Alcir Kenupp Cunha
Renato Vieira de Faria
Edisio Bianchi Loureiro
Ricardo Machado Lourenco Filho
Francisca Brenna Vieira Nepomuceno
Roberta de Melo Carvalho
Angelica Gomes Rezende
Regina Celia Oliveira Serrano
Maximiliano Pereira de Carvalho
Marcos Ulhoa Dani
Fernando Goncalves Fontes Lima
Jaeline Boso Portela de Santana Strobel
Margarete Dantas Pereira Duque
Wanessa Mendes de Araujo Amorim
Simone Soares Bernardes
Katarina Roberta Mousinho de M. Brandao
Natalia Luiza Alves Martins
Maria Jose Rigotti Borges
Ananda Tostes Isoni
Shirley da Costa Pinheiro
Luana Marques Domitilo Azaro D'Lippi
Bruno Lima de Oliveira
Joao Otavio Fidanza Frota
Gisele Bringel de Oliveira

Escola Judicial

Diretor - Desembargador João Luis Rocha Sampaio
Vice-Diretora - Desembargadora Flávia Simões Falcão

Conselho Consultivo

Desembargador João Luis Rocha Sampaio
Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargador Brasilino Santos Ramos
Juiz do Trabalho Rubens Curado Silveira
Juíza do Trabalho Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes
Servidora Susan Carla Lavarini dos Santos

Comissão da Revista e outras publicações

Desembargador João Luis Rocha Sampaio (Diretor da Escola Judicial) - Presidente
Desembargadora Flávia Simões Falcão (Vice-Diretora da Escola Judicial) -
Vice-Presidente
Juiz Vilmar Rego Oliveira
Juiza Maria José Rigotti Borges
Servidora Anastácia Freitas de Oliveira

Escola Judicial do TRT 10ª Região

Secretaria Executiva da Escola Judicial - SEEJUD

Secretária Executiva: João Batista Português Júnior
Seção de Administração e Logística - SCALO - Vinicius Barbosa Araújo
Seção de Formação Jurídica - SCFJU - Mauro Jean Pires Doxa
Seção de Formação Técnico-Administrativa e Gerencial - SCFTG- Carolina França Noleto Taveira
Seção de Estratégias de Ensino e Aprendizagem - SCEE - Shirley Ayres Oliveira

Sumário

Artigos

- 12** AS PROVAS DIGITAIS COMO INSTRUMENTO PARA COMBATER A DISCRIMINAÇÃO SALARIAL FEMININA
Camila Miranda de Moraes, Hélio Barbosa Hissa Filho, Naira Pinheiro Rabelo de Alencar
- 23** O PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL COMO MECANISMO DE INCLUSÃO SOCIAL E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Carlos Eduardo Andrade Gratão
- 34** SOLUÇÕES DECOLONIAIS PARA UM CAPITALISMO DE MULTIDÃO E ECONOMICAMENTE INCLUSIVO
Francisca Brenna Vieira Nepomuceno
- 40** CONDIÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO DE MAGISTRADAS(OS) E SERVIDORAS(ES): INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL E AUXILIAR NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO
Natália Luiza Alves Martins; Wanessa Mendes de Araújo
- 49** DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO SÉCULO 21: UM DEBATE SOB O ENFOQUE DO ECOFEMINISMO
Noemia Porto
- 60** DIREITO, CIDADANIA E DEFICIÊNCIA: APORTES TEÓRICOS PARA O USO DA CATEGORIA CAPACITISMO NO DISCURSO JUDICIAL
Ricardo Lourenzo Filho
- 73** SAÚDE PROFISSIONAL DA MULHER: UMA QUESTÃO DE GÊNERO
Rosane Gauriau

Seção Arte e Trabalho

- 82** Carta a Drummond
Marcela Hallack

Acórdãos e Sentenças

- 85** Acordãos e sentenças temáticos

Apresentação

Encerrando a gestão à frente da Escola Judicial, onde foram encarados muitos desafios, despeço-me também da coordenação da Revista do TRT 10. O número que agora apresento é muito especial: é fruto de um grupo de estudos interseccional que ao longo de 2023 debateu temas muito importantes que atravessam não só a jurisdição, mas nossas vidas enquanto cidadãos.

Os temas debatidos no grupo de estudos são: Direito antidiscriminatório; estudos sobre a branquitude; Poder Judiciário antirracista, inclusivo e democrático; atuação judicial sob perspectiva interseccional de gênero; teorias feministas do Direito; Direito do Trabalho e combate à LGBTIfobia; combate ao capacitismo e ecofeminismo.

Contamos com a valorosa ajuda das magistradas Ananda Tostes Isoni, Maria José Rigotti e Audrey Choucair Vaz, coordenadoras do Grupo de Estudos, na avaliação dos artigos.

Como contribuições temos dois artigos de dois palestrantes do grupo: A magistrada Noemia Porto sustenta que para o efetivo desenvolvimento sustentável é necessário o foco no ecofeminismo. Já o magistrado Ricardo Lourenço Filho fornece aportes teóricos para o uso da categoria capacitismo no discurso judicial.

Também são de autoria de magistrados do TRT 10 os artigos “Soluções descoloniais para um capitalismo de multidão social e economicamente inclusivo”, da Doutora Francisca Brenna Vieira Nepomuceno, já apresentado no *Colonization, Decolonization and Neocolonialism from the Perspective of Justice and the Common Good*. As juízas Natália Luiza Alves Martins e Wanessa

Mendes de Araújo discorrem sobre condições especiais de trabalho para magistradas(os) e servidoras(es) como instrumento efetivo da igualdade substancial e auxiliar na construção de um direito antidiscriminatório.

A revista conta, ainda, com o artigo do magistrado Carlos Eduardo Andrade Gratão intitulado “O princípio da adaptação razoável como mecanismo de inclusão social e concretização da dignidade da pessoa humana”.

No âmbito das questões de gênero, a pesquisadora Rosane Gauriau analisa a saúde profissional da mulher. As juízas Camila Miranda de Moraes e Naira Pinheiro Rabelo de Alencar juntamente ao servidor Hélio Barbosa Hissa Filho discorrem sobre as provas digitais como instrumentos para combater a discriminação salarial feminina.

Na seção “Arte e Trabalho” a escritora e oficial de justiça nos emociona com o poema “Carta a Drummond”.

Fechando a edição há uma seleção de sentenças e acórdãos relacionados com as temáticas citadas, demonstrando que o exercício da jurisdição não se deve furtar do estudo da sociedade.

Boa leitura!

Joao Luis Rocha Sampaio
Diretor da Escola Judicial do TRT-10ª Região



AS PROVAS DIGITAIS COMO INSTRUMENTO PARA COMBATER A DISCRIMINAÇÃO SALARIAL FEMININA

Camila Miranda de Moraes¹

Hélio Barbosa Hissa Filho²

Naira Pinheiro Rabelo de Alencar³

RESUMO

A isonomia salarial entre homens e mulheres é direito assegurado na Constituição Federal, compromisso reforçado com a edição da Lei nº. 14.611/2023. Entretanto, é preciso que existam meios processuais que assegurem o cumprimento da norma. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar como as provas digitais podem servir de instrumento para combater a discriminação salarial das mulheres. Inicialmente, será averiguado o conceito de tecnologia. Em seguida, estudar-se-ão as provas digitais no processo do trabalho e, por fim, será verificado como podem contribuir para reduzir a discriminação que

sofrem as trabalhadoras quanto ao salário. As provas digitais decorrem da evolução tecnológica e têm por escopo demonstrar a existência de fatos ocorridos, total ou parcialmente, em meio físico ou virtual. Podem contribuir sobremaneira para reduzir a discriminação salarial feminina, haja vista que as relações trabalhistas estão cada vez mais informatizadas e a comunicação entre empregados e empregadores ocorre, em grande medida, por meio de dispositivos eletrônicos. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, propositiva, documental e qualitativa.

Palavras-chave: Discriminação por gênero; Provas digitais; Lei nº. 14.611/2023; Igualdade salarial.

Introdução

A tecnologia tem desenvolvido importante papel não só no cotidiano das pessoas, mas em diversas áreas do conhecimento. Medicina, arquitetura, engenharia, informática: praticamente todas as áreas do conhecimento humano foram atingidas pelos avanços tecnológicos no campo da informática. O telefone celular inteligente (*smartphone*), o computador e a internet são indispensáveis para o

1 Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Juíza titular da 5ª Vara do Trabalho de Fortaleza (CE). E-mail: camillebr@yahoo.com

2 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Analista judiciário do TRT da 7ª Região (CE), exercendo a função de assistente de juiz. Membro do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho (GRUPE), vinculado à Universidade Federal do Ceará. E-mail: heliohissafilho@alu.ufc.br

3 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); juíza substituta da Vara do Trabalho de Caucaia (CE). Membro do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho (GRUPE), vinculado à Universidade Federal do Ceará. E-mail: nairapra@alu.ufc.br.

exercício profissional de grande parte dos trabalhadores, principalmente para os que desenvolvem atividades mais técnicas e intelectuais.

Todo esse desenvolvimento tecnológico alcançou o Poder Judiciário brasileiro. No âmbito da Justiça do Trabalho, o processo judicial eletrônico (PJE) substituiu os autos físicos que se acumulavam nas secretarias das unidades judiciárias, remanescendo apenas os referentes às demandas antigas, cujo arquivamento, na maioria dos casos, encontra óbice na dificuldade de satisfação do crédito trabalhista na fase de execução.

Nesse contexto, surgiram as chamadas provas digitais, que têm como finalidade demonstrar a verdade dos fatos a partir da utilização da tecnologia da informação e comunicação (TIC), tais como: mensagens de texto trocadas por aplicativos (*Whatsapp e Telegram*, por exemplo), e-mails, registros de geolocalização, biometria e postagens em redes sociais, como o *facebook* e o *instagram*.

Paralelamente a todo esse desenvolvimento tecnológico, entretanto, permanece no Brasil uma antiga chaga social, caracterizada pela discriminação salarial das mulheres que exercem idênticas funções dos homens. A fim de superar o problema, foi promulgada a Lei nº. 14.611, de três de julho de 2023, que dispõe sobre a igualdade de salários e de critérios remuneratórios entre profissionais de ambos os gêneros.

Contudo, a eficácia da norma depende da existência de meios probatórios com os quais as mulheres consigam demonstrar, em juízo, o tratamento diferenciado em relação aos homens. Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar como as provas digitais podem servir de instrumento para combater a discriminação salarial em relação às mulheres. Especificamente, será averiguado o conceito de tecnologia. Em seguida, estudar-se-ão as provas digitais no processo do trabalho e, por fim, será verificado como podem contribuir para reduzir a discriminação que sofrem as trabalhadoras quanto ao salário.

A análise da questão proposta justifica-se por sua relevância, haja vista que a isonomia salarial é direito das trabalhadoras urbanas e rurais assegurado no artigo 7º, XXX, da própria Constituição Federal, mas apesar disso não vem sendo garantida. Por outro lado, o tema é atual, já que abrange a compreensão dos novos meios probatórios digitais e aplicabilidade da lei sobre igualdade remuneratória.

O trabalho está dividido em três tópicos. Inicialmente, será apresentado um panorama acerca do desenvolvimento tecnológico, buscando-se demonstrar como se deu a sua evolução e qual é o seu conceito atual. Em seguida, serão estudadas as provas digitais no processo do trabalho, momento em que se procurará identificá-las e compreender do que se tratam, qual a sua fundamentação legal e como se aplicam no processo do trabalho.

Por fim, será verificado como as provas digitais podem servir de instrumento para que as trabalhadoras consigam demonstrar, em juízo, a discriminação de gênero e o descumprimento da Lei nº. 14.611/2023, garantindo-lhes o direito à igualdade salarial com os homens que exercem idêntica função.

A metodologia utilizada baseia-se em pesquisa bibliográfica e documental, com o estudo da doutrina, incluindo livros, revistas, periódicos, mapeamento de pesquisas e outros trabalhos de natureza científica, bem como da Constituição Federal, leis, tratados e declarações internacionais. Também é propositiva, na medida em que tem por escopo o enriquecimento científico no que tange às provas digitais para reduzir a discriminação salarial. Finalmente, é qualitativa, uma vez que os dados coletados não serão reduzidos numericamente, mas analisados de maneira subjetiva.

Tecnologia: evolução e conceito

Interessa para os objetivos dessa pesquisa definir o conceito de tecnologia para que possam ser analisados os seus impactos na jurisdição trabalhista

propriamente dita. Não é um privilégio da modernidade – ela existe desde os tempos remotos e as transformações provocadas pelo desenvolvimento tecnológico são fruto da acumulação dos conhecimentos possíveis em cada época da história.

Etimologicamente falando, a palavra tecnologia vem da língua grega e é formada pelos radicais “tecno”, de *téchne* - arte, habilidade, ciência, e “logia”, de *logos*, linguagem, proposição. Assim, quer dizer “teoria geral e/ou estudo sistemático sobre técnicas, processos, métodos, meios e instrumentos de um ou mais ofícios ou domínios da atividade humana.”(HOUAISS; VILLAR, 2004, p. 2.683).

Nesse raciocínio, constata-se que a chamada “era tecnológica” não é privativa de uma determinada época ou período da história, mas é consentânea com qualquer momento em que tenha havido criação humana, não se limitando ao tempo presente, visto que seu desenvolvimento remete às civilizações de outrora, que alcançaram descobertas consentâneas com os conhecimentos existentes à época (PINTO, 2005, p. 42).

As transformações (ou mesmo inovações) da ciência e da tecnologia produzem mudanças nas relações sociais e, conseqüentemente, no modo como o Direito as deve interpretar e regular. Embora na atualidade as inovações tecnológicas pareçam ocorrer de maneira veloz, o fato é que em todos os períodos da história existiu alguma descoberta tecnológica. Enquanto alguns classificam os tipos de sociedade como da caça, agrícola e industrial, hoje se vive na sociedade da informação.

Segundo Takahashi, a sociedade da informação não se trata de modismo, mas de uma significativa mudança na organização social e da economia, sendo um fenômeno global e, inclusive, considerada por alguns como um novo paradigma técnico-econômico. Possui grande potencial transformador das atividades sociais e da economia, pois a estrutura e a dinâmica de ambas será afetada, em alguma medida, pela

infraestrutura disponível de informações (TAKAHASHI, 2000, p. 5).

Observa-se que a tecnologia sempre influenciou o trabalho. Não só no modo de sua execução, mas também na criação e extinção de tipos de atividades. Limpador de chaminé, função comum na Londres que se alimentava da energia do carvão, deixou de existir com a adoção da eletricidade como forma ampla de consecução de energia.

A evolução ou mudanças dos meios tecnológicos usados pelo ser humano produzem impactos tanto positivos (redução do uso de força manual para realização do labor e a diminuição do tempo de trabalho com conseqüente aumento do repouso), quanto negativos (surgimento de doenças oriundas do labor excessivo com dispositivos eletrônicos) no mundo do trabalho. Pode ser encarada como fato catalisador ou propulsor das alterações que têm ocorrido na sociedade e que produzem reflexos na seara jurídica.

É possível afirmar que tecnologia é tudo aquilo que não existe na natureza, é criado pelo homem e decorre de um longo processo de acumulação de seu conhecimento. Para Marcacini, a sua história confunde-se com a da humanidade, tendo a produção, o trabalho e os poderes econômico, militar e político de cada época, assim como as relações humanas, sido definidos pelos meios tecnológicos existentes (MARCACINI, 2014, p. 6).

A palavra tecnologia possui diversas acepções. Num sentido amplo, pode ser conceituada, segundo Baptista; Keller (2018, p. 125), como qualquer processo capaz de modificar a realidade virtual ou física. Já para Castells (2005, p. 67), é o uso de conhecimentos científicos com a finalidade de esmiuçar os meios para realizar algo de maneira que possa ser reproduzida.

Conclui-se, assim, que tecnologia significa o estudo científico, sistematizado e organizado das técnicas que envolvem determinado domínio da atividade humana, com a finalidade de criar algum tipo de

artefato, produto ou mesmo conhecimento que possibilite não apenas a solução de um problema, mas a melhoria da condição de vida do próprio homem, seja pelo incremento das comunicações, pelo aumento do comércio ou pela invenção de um medicamento, por exemplo.

Provas digitais no processo do trabalho

A prova digital consiste no instrumento jurídico capaz de demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, que sirvam como instrumento para a sua demonstração (THAMAY; TAMER; Tamer, 2020, p. 33). Pode ser conceituada, ainda, como todo tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digital de armazenamento, ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou de comunicações eletrônicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital (RODRIGUES, 2009, p. 722).

No meio digital existem dados e informações. Aqueles são os fatos ainda brutos que necessitam de lapidação e de interpretação para que se alcance a informação desejada. Esse processo de interpretação dos dados digitais é chamado pela doutrina de mineração. A internet fornece tanto dados já organizados em informação, como brutos, os quais, após a devida análise e organização, entregam ao intérprete a informação desejada.

As fontes de dados e de informações são classificadas em abertas e fechadas. Aquelas (*Open Source Intelligence – OSINT*) são de livre acesso aos usuários e contém dados disponíveis de forma pública, a todos, indistintamente, sem a necessidade de cadastro, senha ou autorização prévia, como por exemplo sites de notícias ou mídias sociais abertas ao público em geral (CASELLI, 2021.). São fechadas as fontes de conteúdo sigiloso, acessíveis somente por meio de senha, biometria ou de ordem judicial.



Para a sua utilização e deferimento pelo magistrado, a prova digital deverá atender aos pressupostos de validade e utilidade. Esta é verificada a partir de três caracteres essenciais: autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia. A ausência de algum deles tornará a prova frágil ou até mesmo inservível. A autenticidade busca demonstrar a certeza quanto à autoria do fato digital. O elemento integridade permite a certeza quanto à sua inteireza e não adulteração.

Por fim, o terceiro elemento diz respeito à cadeia de custódia, sendo necessário preservar a autenticidade e integridade durante todo o processo de produção da prova, desde sua constatação, coleta até a sua apresentação ao processo, sob pena de a prova se tornar imprestável, nos termos dos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941).

Como então demonstrar fatos que ocorreram no meio digital ou fatos que ocorreram fora deste, mas estejam interligados a dados digitais? A resposta está na utilização dos elementos probatórios adequados à transposição do que ocorreu no mundo dos fatos para o processo. Nesse contexto, estão as provas digitais, inexistindo

vedação legal para o uso desse tipo de prova. Pelo contrário, tanto a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI (BRASIL, 1988), quanto o artigo 369 do CPC permitem a utilização, pelas partes, de todos os meios legais de prova, desde que lícitos (BRASIL, 1941).

Já o artigo 225 do Código Civil autoriza especificamente a utilização das provas eletrônicas, por meio das quais podem ser levadas ao processo informações relevantes e seguras que entregarão ao juiz dados precisos, favorecendo maior aproximação de conceitos como verdade real e segurança jurídica (BRASIL, 2002). A partir do uso das provas digitais, os meios probatórios típicos podem ser dispensados ou utilizados apenas de maneira complementar.

Soares (2021, p. 291) assevera que a produção de provas digitais tem fundamento também na Lei nº. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), segundo a qual os registros de conexão e de acesso a aplicações da internet devem ser guardados, respectivamente, por, no mínimo, um ano e pelo tempo de seis meses. A norma estabelece ainda a possibilidade de requisição judicial dos registros e dados pessoais armazenados nas operadoras de telefonia e provedores de internet. Destaque-se também que a Lei nº. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) permite que, no exercício de direitos em processo judicial, haja o tratamento de dados pessoais, inclusive os sensíveis, o que também fundamenta a utilização das provas digitais.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por sua vez, disciplina a questão probatória em sua seção IX, mas nada dispõe acerca das provas digitais, razão pela qual devem ser utilizadas as regras do direito processual civil. Destaque-se que não se trata de aplicação subsidiária do CPC, pois esta, como assevera Hissa Filho (2017, p. 108), ocorre quando inexistir lei processual trabalhista sobre o tema, o que não é o caso. Tendo em vista que na CLT há regramento sobre provas, embora incompleto, utiliza-se as normas processuais comuns supletivamente, com base no artigo 15 do CPC.

É importante ressaltar que, de acordo com o primeiro enunciado aprovado pelos magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF), sobre a aplicabilidade do CPC ao processo do trabalho, o citado artigo 15 não revogou o artigo 769 da CLT, de maneira que ambos devem ser interpretados de maneira sistemática, sendo possível a aplicação supletiva ou subsidiária do processo comum na esfera trabalhista apenas se compatível com as normas e princípios do processo laboral (BRASIL, 2016b).

No caso da utilização de provas digitais, não se vislumbra, em regra, incompatibilidade com o processo do trabalho. Pelo contrário, o próprio Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), por meio do Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT nº. 31, de quatro de agosto de 2021, estabeleceu diretrizes para que os juízes trabalhistas emitam ordens à *Microsoft* solicitando informações de dados armazenados (BRASIL, 2021).

Isso posto, tem-se que a tecnologia trouxe consigo ferramentas para validação jurídica das provas, podendo-se afirmar, inclusive, que há maior confiabilidade em uma prova eletrônica quando comparada à tradicional, como a prova testemunhal, por exemplo. É bem verdade que a testemunha depõe sobre fatos que ela presenciou, mas sempre com as impressões de seu olhar e de sua experiência de mundo, o que não acontece com as provas digitais, que são precisas e retas, inexistindo “pontos de vista”.

Dados de geolocalização armazenados pelos provedores de conexão e de aplicação são outros exemplos de provas digitais. Por meio deles é possível rastrear, pelo sistema *Global Positioning System* (GPS), com base nas conexões de rede ou via satélite, onde está um aparelho de telefone celular, com a identificação da latitude e longitude do local em que o dispositivo se encontra. A definição da geolocalização também é viável por meio da captação de sinais de radiofrequência pela triangularização das antenas de celulares.

Com esse tipo de informação, pode-se comprovar, por exemplo, o local, o dia e a hora que uma pessoa estava, mesmo que

ali não houvesse testemunha ou câmera de segurança para demonstrar o fato. Imagine-se que um empregado fosse obrigado a registrar saída do trabalho mesmo estando trabalhando em horas extras. Nesse contexto, o trabalhador poderá, com a prova de geolocalização do seu telefone celular, demonstrar que de fato estava prestando seus serviços e que os registros de frequência não são verídicos.

Além dos meios probatórios aqui citados, vários outros podem ser utilizados, como as fotos postadas nas redes sociais e as conversas em aplicativos de mensagem, a exemplo do *WhatsApp*, *Twitter* e *Telegram*. Não se pretende fechar um rol exaustivo de provas digitais, em face da amplitude da Big Data (grande massa de dados existente a partir da Internet). Importante, então, verificar a seguir como as provas digitais podem contribuir para a redução da discriminação salarial sofrida pelas mulheres.

As provas digitais como instrumentos para combater a discriminação salarial feminina

(ONU, 1948). A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979, ratificada pelo Brasil, por sua vez, determina que o direito de igualdade de remuneração, tratamento, benefícios e avaliação da qualidade do labor devem ser garantidos pelos Estados-Partes (artigo 11.1, "d") (CEDAW,1979).

Entretanto, o que mostra a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) Contínua do primeiro trimestre de 2023 é que os homens de 14 anos ou mais, ocupados, ganham, em média, R\$ 3.066,00 por mês, enquanto as mulheres recebem o equivalente apenas a 79,5% do referido valor, ou seja, R\$ 2.439,00 (IBGE, 2023, tabela 5436). Portanto, está claro que há um descompasso entre a realidade e o que prevê a norma.

De acordo com Siqueira; Sampaio (2017, p. 320), atualmente existe, ainda, resquícios da discriminação e do patriarcalismo, pois há diferença de salários e divisão sexual no trabalho. Ademais, as mulheres sofrem preconceitos não só para conseguir boas profissões, mas também para nestas conseguirem se manter.

"Destaque-se que, nos termos do inciso IV, do referido artigo 4º, deve haver a promoção e serem implementados programas de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho, que abranjam tanto a capacitação dos gestores e das lideranças, quanto a dos próprios empregados, sobre a equidade entre os profissionais de ambos os sexos".

A Constituição Federal (CF), no artigo 5º, I, assevera que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Já no seu artigo 7º, XX e XXX, assegura a proteção do mercado de trabalho da mulher, por meio de incentivos específicos, e proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) afirma que devem ter o mesmo salário, sem qualquer tipo de discriminação, todos que executam igual trabalho (artigo 23º, dois

Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº. 14.611, de 03 de julho de 2023, que dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre profissionais de ambos os gêneros. A referida norma, em seu artigo 2º, dispõe ser obrigatória a igualdade não só de salário, mas também de critérios de remuneração para homens e mulheres que realizem trabalho de igual valor, ou que exerçam idêntica função. Portanto, o que deve ser aferido não é apenas o montante nominal pago como contraprestação pelos serviços prestados, mas também se está sendo utilizada igual regra para determinar a remuneração paga (BRASIL, 2023).

Verifica-se que o artigo 4º da Lei nº. 14.611/2023, impôs algumas providências a serem estabelecidas para que seja garantida a isonomia salarial, como, por exemplo, que sejam inseridos mecanismos de transparência salarial e de critérios de remuneração. Determina ainda que seja incrementada a fiscalização contra a discriminação salarial e de critérios de remuneração, devendo haver, inclusive, canais específicos de denúncia acerca de eventual comportamento discriminatório por parte do gestor da empresa.

Destaque-se que, nos termos do inciso IV, do referido artigo 4º, deve haver a promoção e serem implementados programas de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho, que abranjam tanto a capacitação dos gestores e das lideranças, quanto a dos próprios empregados, sobre a equidade entre os profissionais de ambos os sexos. É importante ressaltar que a norma em comento impõe ainda que os resultados devem ser aferidos. Por força do inciso V, deve haver também o fomento à capacitação e à formação das empregadas, para que ingressem, permaneçam e ascendam do ponto de vista profissional, em iguais condições com os homens.

Nesse contexto, as provas digitais podem ser úteis para comprovar a conduta discriminatória do empregador, seja para demonstrar efetivamente o pagamento de salário de determinada trabalhadora inferior ao colega homem que exerce a mesma função, seja para comprovar que a empresa não vem cumprindo as determinações legais criadas pela Lei nº. 14.611/2023.

Veja-se que, de acordo com o artigo 818, I e II, da CLT, em princípio o ônus da prova incumbe à parte reclamante quanto aos fatos constitutivos do seu direito, ao passo que a parte reclamada deve comprovar as circunstâncias modificativas, impeditivas ou extintivas do direito vindicado. Essa regra atrai, para o empregador, o dever probatório quanto ao pedido de equiparação salarial, de acordo com o enunciado nº. 6, VIII, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual, embora não se refira especificamente à igualdade de salários entre homens e mulheres, aplica-se a tal situação porque o fundamento é o mesmo, qual seja, salário igual para quem desempenha idêntico

trabalho (BRASIL, 2016a).

Apesar disso, existem situações em que caberá à trabalhadora provar que está sendo discriminada. Imagine-se, por exemplo, que embora o salário da mulher seja igual ao do colega homem, exista diferença dos critérios de remuneração, de modo que a trabalhadora precisa se esforçar mais para receber o mesmo pagamento. Nesse caso, será ônus da empregada comprovar que, a despeito da igual remuneração, está sendo discriminada.

Os relatórios semestrais de transparência salarial e de critérios remuneratórios que as pessoas jurídicas com mais de 100 funcionários, por força do artigo 5º, caput, da Lei nº. 14.611/2023, estão obrigadas a publicar, caracterizam-se como importante meio probatório de eventual discriminação, tratando-se de provas digitais caso sejam publicados na internet, como em regra acontece nos dias atuais, em que documentos em papel são cada vez mais raros.

A força probante dos relatórios está no fato de que, de acordo com o § 1º, do mencionado artigo 5º, devem conter dados e informações que possibilitem que sejam comparados, objetivamente, as remunerações, os salários e a proporção de homens e mulheres que ocupam os cargos de chefia, direção e gerência, servindo de grande ferramenta para aferir se as trabalhadoras estão sendo remuneradas de maneira igual aos empregados do sexo masculino.

Mesmo que os relatórios não sejam publicados pela empresa na rede mundial de computadores, o artigo 5º, § 4º, determina que as informações contidas naqueles deverão ser disponibilizadas pelo Poder Executivo Federal em plataforma digital de acesso público, a qual, portanto, servirá como meio de prova virtual que poderá ser utilizado pelas trabalhadoras em eventual reclamação trabalhista individual, ou mesmo por sindicatos e pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em demandas coletivas.

Os *e-mails*, por outro lado, podem ser importantes para demonstrar a ineficácia dos mecanismos de fiscalização contra a discriminação salarial e de critérios de

remuneração e dos canais de denúncia, pois se tratam de documentos por meio dos quais as empregadas podem dar ciência à gestão da empresa acerca de eventuais condutas discriminatórias e cobrar providências. Entretanto, o mero envio de correspondência eletrônica, por si só, é insuficiente, sendo necessário, para caracterizar a discriminação salarial, analisar a resposta oferecida pela empregadora e as providências adotadas depois de formulada a denúncia.

As mensagens trocadas em redes sociais, tais como *Whatsapp* e *Telegram*, também são provas digitais relevantes, haja vista que tais aplicativos se tornaram instrumentos de trabalho comuns no Brasil. As conversas escritas, ou gravadas em áudios ou vídeos podem demonstrar, dependendo do teor do conteúdo, que o empregador não está comprometido em implementar as medidas determinadas no artigo 4º, da Lei nº. 14.611/2023, ou mesmo que pratica discriminação salarial por motivo de gênero.

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou tese, em sede de repercussão geral (Tema nº. 237), de que a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, é prova lícita (STF, 2009). Apesar de o entendimento ter sido firmado em processo penal, tem servido de fundamento para que a jurisprudência majoritária do TST reconheça como válidas as gravações de áudio e as mensagens de texto de aplicativos como o *Whatsapp* (BRASIL, 2022a). No mesmo sentido também há julgado recente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 10ª Região (DF) (BRASIL, 2022b).

Sob outro enfoque, a geolocalização também pode ser importante para desmascarar situação de discriminação salarial de gênero, ainda que menos comum. Imagine-se que um empregado homem trabalhe em local insalubre e a colega mulher também, ambos utilizando o telefone celular como ferramenta de labor, mas somente aquele receba o adicional de insalubridade. Nesse caso, o GPS do aparelho telefônico pode servir para comprovar que os dois prestam serviços no mesmo local e, assim, facilitar o deferimento da parcela em juízo.

Verifica-se, portanto, que as

provas digitais têm aptidão para reduzir a desigualdade salarial entre homens e mulheres, pois facilitam que a empregada consiga demonstrar em juízo tanto que está sendo discriminada, quanto que a Lei nº. 14.611/2023 eventualmente não esteja sendo cumprida. Assim, tratam-se de instrumentos necessários para assegurar a eficácia da norma e a concretização da Lei Maior, reduzindo a discriminação salarial que atinge as trabalhadoras brasileiras.

Considerações finais

A tecnologia, em que pese remeter à ideia de algo moderno, próprio da sociedade contemporânea, na realidade sempre existiu e foi desenvolvendo-se ao longo da história. Caracteriza-se pelo estudo científico, sistematizado e organizado do desenvolvimento de técnicas que, ao possibilitarem a criação de artefatos, produtos ou de conhecimento para solucionar problemas, buscam melhorar as condições de vida das pessoas. Entretanto, por vezes geram também efeitos negativos, inclusive no âmbito das relações de trabalho, como as doenças que acometem os trabalhadores e decorrem do labor excessivo com dispositivos eletrônicos.

É importante ressaltar, entretanto, que a tecnologia acumulada não foi capaz de eliminar a discriminação salarial das mulheres, que em pleno século XXI ainda são remuneradas com valores inferiores aos pagos aos homens que exercem idêntica função. Nesse contexto, foi editada a Lei nº. 14.611/2023, que assim como a CF, a DUDH e a CEDAW, proíbe que haja diferença salarial entre profissionais de ambos os sexos. A norma legal, contudo, foi além, estabelecendo também medidas específicas a serem adotadas concretamente pelas empresas, a fim de coibir que as trabalhadoras sejam discriminadas sob o aspecto remuneratório.

O desenvolvimento tecnológico alcançou também o processo judicial e fez surgir as provas digitais, que são dados e informações armazenados em meios informatizados e que são aptos a comprovar fatos ocorridos tanto no ambiente virtual como também no físico. Como exemplos mais comuns tem-se e-mails, sistemas de geolocalização, fotografias postadas em redes

sociais e mensagens trocadas nestas, como *Telegram e Whatsapp*. Tratando-se de provas lícitas, sua utilização encontra amparo na Constituição Federal, na LGPD, no Marco Civil da Internet e no CPC, o qual, ante a omissão da CLT, pode ser utilizado supletivamente no processo do trabalho, uma vez que é compatível com as normas e princípios deste.

Nesse contexto, entende-se que as provas digitais podem ser bastante úteis para combater a discriminação salarial das mulheres, uma vez que facilitam a demonstração de situações em que estas foram preteridas. Veja-se que a própria Lei nº. 14.611/2023 criou uma prova virtual em favor das trabalhadoras, que são os relatórios semestrais que devem ser emitidos pelas empresas com mais de 100 empregados, caso sejam elaborados de forma eletrônica. Mesmo que o documento seja físico, seus dados estarão contidos na plataforma virtual que será criada pelo Poder Executivo Federal, que também servirá de meio probatório.

Além disso, e-mails e mensagens enviadas por redes sociais, a depender do conteúdo, podem comprovar que o empregador não está cumprindo as medidas legais para coibir a discriminação, ou mesmo que está pagando salário inferior às empregadas. Por sua vez, a geolocalização favorece a demonstração de situações em que uma mulher está sendo discriminada, deixando de receber uma parcela paga a depender do local da prestação de serviços, apesar de desempenhar suas atividades no mesmo lugar que o colega do sexo masculino.

A partir de toda a pesquisa aqui formulada, conclui-se que a utilização das provas digitais no processo do trabalho caracteriza-se como um avanço rumo à concretização dos direitos de igualdade de gênero previstos pela Constituição Federal, fortalecendo a posição das mulheres no mercado de trabalho e evitando a precarização do trabalho feminino.

Referências

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias? Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: FREITAS, Rafael

Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do trabalho (CSJT). **Ato Conjunto TST.CSJT. CGJT nº. 31, de quatro de agosto de 2021**. Estabelece diretrizes para a emissão de ordens judiciais dirigidas à Microsoft Corporation por parte de magistrados da Justiça do Trabalho, envolvendo a solicitação de informações de dados armazenados. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/191675/2021_atc0031_tst_csjt_cgjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 nov.2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei número 3.689, de três de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 2 nov.2023.

BRASIL. Decreto-Lei número 5.452, 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, **Diário Oficial da União**, 1 de maio de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 nov.2023.

BRASIL. Lei 14.611, de 03 de julho de 2022. Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília: **Diário Oficial da União**: 03 jul. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm. Acesso em: 3 nov.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário nº. 583937 QO-RG. Repercussão geral no Recurso

Extraordinário. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Recorrente: Fernando Correa de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro César Peluso, 19 de novembro de 2009. Brasília: **Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1282/false>. Acesso em: 3.nov.2023.

BRASIL. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Enunciados Sobre Aplicabilidade do CPC ao Processo Do Trabalho**. Brasília, EJUD10. 2016b. Disponível em: <https://escolajudicial.trt10.jus.br/index.php/informacoes/enunciados/115-enunciados-sobre-aplicabilidade-do-cpc-ao-processo-do-trabalho>. Acesso em: 2.nov.2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (3ª Turma). Recurso Ordinário nº. 0000099-86.2021.5.10.0015. **PROVA DIGITAL. CONVERSAS VIA APLICATIVO WHATSAPP OCORRIDA ENTRE AS PARTES LITIGANTES. VALIDADE**. As conversas entre a autora e sua ex-empregadora, por meio de aplicativo Whatsapp, desde que não obtidas por meios ilícitos e não adulteradas por qualquer meio artificioso ou ardil, são válidas como meio de prova. [...]. Recorrente: Luciana Alencar Carvalho Botelho Condes. Recorrida: Sabrina Rodrigues Serpa. Relator: Juiz convocado Antônio Umberto de Souza Júnior. Brasília, **Pesquisa de Jurisprudência**, 20 abr. 2022b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-10/1482584327/inteiro-teor-1482584357>. Acesso em: 3.nov.2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Interno em Recurso de Revista nº. 10290-35.2020.5.18.0103 (2ª Turma). **AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - PROVA LÍCITA - ÁUDIO E MENSAGENS EM APLICATIVO - UTILIZAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO - VALIDADE DA PROVA**. 1. A utilização por um dos interlocutores de áudio

e de texto recebido por meio de aplicativo de mensagens é prova lícita e pode ser utilizada em juízo, visto que entre as partes envolvidas não há sigilo de comunicação. 2. A inviolabilidade do sigilo das comunicações de dados, prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, está direcionada à interceptação de conversa por terceiros estranhos ao diálogo, o que não é o caso dos autos. [...]. Recorrentes: Paulo Ricardo da Silva Gonçalves - EIRELI e outros. Recorrido: João Paulo Moura Borges. Relatora: Desembargadora convocada Margareth Rodrigues Costa. Brasília, **Pesquisa de Jurisprudência**, 22 jun. 2022a. Disponível em: <https://encurtador.com.br/uzBDF>. Acesso em: 3.nov.2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº. 6**. In: Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos. Brasil: Tribunal Superior do Trabalho, 2016a. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>. Acesso em: 2 nov.2023.

CASELLI, Guilherme. **Manual de Investigação Digital**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 8. ed. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

HISSA FILHO, Hélio Barbosa. A aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao Processo do Trabalho e o artigo 769 da CLT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 20, n. 1, p. 106-109, 17 abr. 2017. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/33>. Acesso em: 2 nov.2023.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) Contínua do Primeiro Trimestre de 2023**. Tabela 5436 - Rendimento médio mensal real das pessoas de 14 anos ou mais de idade ocupadas na semana de referência com rendimento de trabalho, habitualmente

e efetivamente recebidos no trabalho principal e em todos os trabalhos, por sexo. IBGE, 2023. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5436#resultado>. Acesso em: 12ago.2023.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e tecnologia**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 3 nov.2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. 18 dez.1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 3 nov.2023.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. v. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Penal Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-Digital, Contributo para a Fundamentação da sua Autonomia Dogmática e Científica à Luz do novo Paradigma de Investigação Criminal: a Ciência Forense Digital e a Prova Digital**. Coimbra: Editora Limitada, 2009.

SOARES, Pollyana Lúcia Rosado. As provas digitais no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, v. 67, n. 104, p. 287-295, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/74537/Revista%20104%20p.%20287-295.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2.nov.2023.

SIQUEIRA, D. P.; SAMPARO, A. J. F. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 26, n. 48, p. 287–325, 2017. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/>

revistadireitoemdebate/article/view/7233. Acesso em: 3 nov. 2023.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000,. Disponível em: <https://goo.gl/9TQYyA>. Acesso em: 06 out.2022.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no Direito Digital**. Conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Foto de capa: [Azamat E](#) no Unsplash
Foto 1: [Pradamas Gifarry](#) no Unsplash



O PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL COMO MECANISMO DE INCLUSÃO SOCIAL E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Carlos Eduardo Andrade Gratão¹

RESUMO

O artigo trata do princípio da adaptação razoável previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007, primeiro tratado internacional ratificado pelo Estado brasileiro nos termos do art. 5º, § 3º, da CF, e também na Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Discorre sobre a noção de “ônus desproporcional ou indevido” também previsto nas referidas normas e apresenta a solução tópica da incidência do princípio sempre à luz das diretrizes do caso concreto, com exemplo de casos práticos.

Palavras-chave: Adaptação razoável; Ônus desproporcional ou indevido; Inclusão social.

Introdução

O legislador constituinte erigiu

¹ Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho. Mestrando em Direitos Humanos no PPGIDH da UFG. Endereço eletrônico: carlos.gratao@trt18.jus.br

a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (Constituição Federal, art. 1º, III), o que significa dizer que a pessoa natural passou a ser o centro do ordenamento jurídico nacional. Com efeito, esse fundamento constitucional representa também limites à propriedade privada, ao exigir-lhe a sua função social correspondente.

E a função social da propriedade impõe ao empregador a necessidade de respeito às normas mínimas de proteção ao trabalho humano, que decorrem também do valor social do trabalho e da dignidade do trabalhador (CF, art. 1º, III e IV), de modo que a empresa não pode eleger o aspecto econômico (lucro) como bem supremo, em detrimento daquilo que é fundamental ao ser humano. Isso é o que se extrai da conjugação dos arts. 1º, III e IV, 3º, 5º, XXII e XXIII, e 170, III, CF.

Essas normas de proteção ao trabalho humano encontram fundamento jurídico não apenas na Constituição Federal, mas também na legislação infraconstitucional e infralegal (a exemplo das normas regulamentadoras – NR – do Ministério do Trabalho), assim como na legislação internacional, nas normas de proteção dos direitos humanos do sistema

onusiano (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos - PIDCP, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD, convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT).

Especialmente sobre o tema em debate, no plano internacional, destacam-se: a Convenção nº 159 e a Recomendação nº 168, ambas da OIT, a CDPD - Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007 (BRASIL, 2007).

Este tratado internacional traz também a noção do ônus desproporcional ou indevido quando da implementação da adaptação razoável.

Nesse passo, o objetivo deste artigo cinge-se a apresentar elementos jurídicos para uma possível solução do aparente conflito entre o princípio da adaptação razoável e a noção do ônus desproporcional ou indevido.

Tem por objetivo também apresentar casos concretos em que tais noções foram empregadas e demonstrar que somente a solução tópica permite a melhor conclusão sem que haja violação a direitos fundamentais em conflito, seja do empregador, seja do empregado.

O princípio da adaptação razoável: mecanismo de concretização da dignidade da pessoa humana

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), de 2007, foi a primeira convenção internacional ratificada com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF.

Nela existe a previsão normativa expressa sobre o princípio da adaptação razoável, nos artigos 2º, 5º, parágrafo 3, e 27, parágrafo 1, itens “i” e “k”, com destaque para o conceito que vem disposto no art. 2º:

Artigo 2

Definições

Para os propósitos da presente Convenção:

[...]

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; (BRASIL, 2007)

Convém destacar que o art. 27, parágrafo 1º, da CDPD trata das normas destinadas ao trabalho e emprego e deixa certo o direito ao trabalho para as pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e que o ambiente de trabalho deve ser aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência, a ter por finalidade, dentre outras, a adaptação razoável no local de trabalho. O mesmo dispositivo também assegura que é dever do Estado “Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência” (BRASIL, 2007).

Na mesma esteira, a legislação brasileira previu a adaptação razoável tanto como mecanismo de inclusão social de uma forma geral quanto no ambiente do trabalho, conforme a Lei nº 13.146/2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência):

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de

acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho. (BRASIL, 2015).

Por oportuno, importante destacar que tais previsões normativas não são incompatíveis com o Direito do Trabalho, seja por força do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, seja por força do art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, que tratam das normas dos direitos humanos, sendo parte destes os direitos sociais.

Questão relevantíssima para o tema da incidência da adaptação razoável é que a própria norma internacional também deixou certo que a sua implementação não pode acarretar ônus desproporcional e indevido – e essa situação deve sempre ser mensurada em cada caso concreto.

É dizer, a CDPD prevê que a adaptação razoável vem pautada, limitada, pela noção de “ônus desproporcional ou indevido”, como se fosse um binômio necessário “adaptação razoável x ônus indevido”.

É que o combate à discriminação ou as medidas necessárias para a inclusão de pessoas com deficiência pode, efetivamente, acarretar algum custo para alguém, seja o Poder Público ou particulares (CORBO, 2018).

A propósito, Letícia de Campos Velho Martel (2011) afirma que os meios para a adaptação não podem conduzir à segregação ou estigma da pessoa ou do grupo objeto da tutela jurídica. Para ela:

Recomenda-se que o termo razoável seja interpretado como o que é eficaz para adaptar o ambiente material e normativo às necessidades da pessoa com deficiência com o mínimo de segregação e estigma possível, com atenção às particularidades que tornam permissível excepcionar ou flexibilizar enunciados e práticas gerais. Eficaz não se restringe apenas a aspectos práticos, pelo contrário, é extensível aos aspectos menos palpáveis, como evitar o estigma, a humilhação, o constrangimento (MARTEL, 2011, p. 106).

“No âmbito das relações trabalhistas, não se nega que a incidência da adaptação razoável acarretará um ônus ao empregador; ônus haverá, que é o custo de concretizar os direitos fundamentais e de se mostrar uma empresa que pertence a uma sociedade inclusiva.”

Trata-se, com efeito, da aparente colisão de direitos fundamentais nas relações jurídicas em que a norma tiver incidência.

A este respeito desse aparente conflito, diz a doutrina nacional especializada:

O direito à acomodação, portanto, não é um direito à acomodação a qualquer custo. Ou seja, não se trata de um direito à máxima acomodação possível, e sim de um direito à acomodação razoável, vedando-se a imposição de medidas desnecessárias, inadequadas e, especialmente, que gerem “ônus desproporcional ou indevido” (CORBO, 2018, p. 220).

No âmbito das relações trabalhistas, não se nega que a incidência da adaptação razoável acarretará um ônus ao empregador; ônus haverá, que é o custo de concretizar os direitos fundamentais e de se mostrar uma empresa que pertence a uma sociedade inclusiva. Evidentemente, o que não pode haver é o excesso, o denominado “ônus indevido”.

Nesse mesmo passo, Martel reproduziu trecho de decisão proferida pela Suprema Corte do Canadá ao aplicar a noção da adaptação razoável:

Ônus haverá. É o custo de proteger os direitos fundamentais e de esquadrihar uma sociedade inclusiva (CANADA, Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud, 1992; CANADA, Commission Scolaire Régionale de Chambly v. Bergevin, 1994). O que não pode haver é ônus excessivo:

O teste de minimis de Hardison virtualmente remove o dever de acomodar e parece particularmente inapropriado no contexto canadense. Mais do que um esforço insignificante é exigido para cumprir o dever de acomodar. O uso do termo “indevido” implica que algum ônus é aceitável, é somente o ônus “indevido” que cumpre o teste. A extensão que quem discrimina deverá percorrer para acomodar é limitada pelas palavras “razoável” e “até o ônus indevido”. Esses não são critérios independentes, mas modos alternados de expressar o mesmo conceito. O que constitui medidas razoáveis é uma questão de fato e irá variar com as circunstâncias do caso. (CANADA, Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud, 1992 [...]) (MARTEL, 2011, p. 99).

Convém destacar que a adaptação razoável se concretiza de diversos modos e não apenas com a superação de barreiras físicas, por meio de ajustes ou flexibilizações (MARTEL, 2011), mas também com modificações tecnológicas, adaptação de tarefas, de horário de trabalho.

Nesse passo, a verificação se a adaptação razoável se mostra excessiva ou perfeitamente implementável se dará, sempre, na situação concreta da controvérsia apresentada.

Aliás, os pormenores do caso concreto é que direcionarão aos operadores do Direito qual a melhor solução para a concretização da adaptação razoável, que não significa apenas a eliminação ou adaptação de barreiras físicas no ambiente de trabalho, mas também pode ser a adaptação da função do trabalhador às



suas limitações físicas, mentais ou sensoriais, como também o C. TST já decidiu, a redução da jornada de trabalho de uma mãe que tem filha com Síndrome de Down, sem prejuízo de sua remuneração integral. A propósito, reproduz-se a ementa do julgado:

RECURSO DE REVISTA. AUTORA MÃE DE CRIANÇA COM SÍNDROME DE DOWN E BEXIGA NEUROGÊNICA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO, SEM DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DA REMUNERAÇÃO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE MATERIAL E DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. EXTENSÃO DO DIREITO AO CUIDADOR. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO. THE COST OF CARING. 1. A autora pretende a redução de sua jornada com a manutenção do salário, o que foi indeferido pelo eg. TRT. Ela é mãe de uma menina portadora de síndrome de Down e bexiga neurogênica, que necessita de cuidados especiais. 2. A Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa

humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos nucleares da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV). A construção de uma sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação, foi erigida ao status de objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, I e IV). Os direitos humanos foram alçados ao patamar de princípio norteador das relações externas, com repercussão ou absorção formal no plano interno (arts. 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º). E o princípio da isonomia, quer na vertente da igualdade, quer na da não discriminação, é o norte dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, caput). O Estado Democrático de Direito recepcionou o modelo de igualdade do Estado Social, em que há intervenção estatal, por meio de medidas positivas, na busca da igualdade material, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. O processo histórico de horizontalização dos direitos fundamentais adquiriu assento constitucional expresso (art. 5º, §1º), de modo que os valores mais caros à sociedade possuem aptidão para alcançar todos os indivíduos de forma direta e com eficácia plena. Assim, a matriz axiológica da Constituição deve servir de fonte imediata para a resolução de demandas levadas à tutela do Poder Judiciário, notadamente aquelas de alta complexidade. 3. De todo modo, a ausência de norma infraconstitucional específica não seria capaz de isentar o magistrado de, com base nos princípios gerais de direito, na analogia e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, reconhecer a incidência direta dos direitos sociais em determinados casos concretos. E o direito brasileiro tem recepcionado diversos documentos construídos no plano internacional com o intuito de proteger e salvaguardar o exercício dos direitos dos deficientes, com força de emenda constitucional, a exemplo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

(CDPD). 4. A CDPD estabelece como princípio o respeito pela diferença e a igualdade de oportunidades, que devem ser promovidos pelo Estado especialmente pela adaptação razoável, que consiste em ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, requeridos em cada caso. O art. 2 da CDPD estabelece ainda que a recusa à adaptação razoável é considerada forma de discriminação. 5. E considerando que seu real fundamento é coibir a discriminação indireta, seu campo de atuação não deve se restringir à pessoa com deficiência, mas alcançar a igualdade material no caso concreto, com vistas ao harmônico convívio multiculturalista nas empresas. 6. A Comissão de Direitos Humanos de Ontário realizou pesquisa e consulta pública sobre questões relacionadas ao status familiar, e seu relatório final foi denominado *The Cost of Caring*, que demonstrou que as pessoas que têm responsabilidades de cuidar de familiares com deficiência enfrentam barreiras contínuas à inclusão, com suporte inadequado tanto por parte da sociedade como do governo. As empresas normalmente não adotam políticas de adaptação razoável, o que acaba por empurrar os cuidadores para fora do mercado de trabalho. 7. A pessoa com deficiência que não possui a capacidade plena tem encontrado apoio na legislação, mas não o seu cuidador, o qual assume para si grande parte do ônus acarretado pela deficiência de outrem, como se ela própria compartilhasse da deficiência. Se há direitos e garantias, como por exemplo a flexibilidade de horário, àqueles que possuem encargos resultantes de sua própria deficiência, é inadequado afastar o amparo legal e a aplicação analógica aos que assumem para si grande parte desses encargos. O caso dos autos ilustra perfeitamente tal questão, em que a autora, mãe de criança com deficiência, de apenas seis anos, precisa assumir para si os

ônus acarretados pela deficiência de sua filha, o que lhe demanda tempo, dedicação e preocupação. Assim, negar adaptação razoável no presente caso traduz medida discriminatória à autora. Além disso, a omissão do Poder Público, em última instância, afeta a criança, que com menor amparo familiar fatalmente encontrará maiores desafios no seu desenvolvimento pessoal e de inclusão na sociedade. Cumpre ressaltar o compromisso assumido pelo Estado, previsto no art. 23 da CDPD, de fazer todo o esforço para que a família imediata tenha condições de cuidar de uma criança com deficiência. 8. A aplicação da adaptação razoável, atendendo as peculiaridades do caso, é compromisso assumido pelo Estado, como signatário da CDPD. A acomodação possível somente pode ser pensada no caso concreto, pois cada pessoa tem necessidades únicas. No contexto dos autos, conclui-se que a criança necessita de maior proximidade com sua genitora, diante do desafio superior tanto ao seu desenvolvimento como pessoa quanto à sua afirmação enquanto agente socialmente relevante. Defere-se, portanto, a adaptação razoável ao caso concreto. Recurso de revista conhecido por violação dos arts. 7º, 27 e 28 da CDPD e parcialmente provido” (RR-10409-87.2018.5.15.0090, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07/06/2021). (BRASIL, 2021a)

No mencionado julgado, a noção de “ônus indevido” foi abordada de maneira indireta ao invocar outro julgamento proferido anteriormente em situação similar.

No mesmo sentido, o E. Tribunal Regional da 18ª Região também já decidiu sobre a necessidade de adaptação da jornada de trabalho de mãe empregada com filho diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista:

RECURSO ORDINÁRIO DA

RECLAMANTE-REDUÇÃO DE JORNADA SEM PREJUÍZO DE REMUNERAÇÃO - ACOMPANHAMENTO DE FILHO - TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA) - Em que pese o contexto em que inseridos os §§ 2º e 3º da Lei nº 8.112/90, por meio de interpretação sistemática, é possível adotar referidas normas no caso de servidores celetistas, ainda que não exista previsão legal expressa nesse sentido. Além de não haver norma proibitiva para os celetistas, cabe destacar que a reclamada compõe a Administração Pública Indireta, sendo que a extensão, no caso concreto dos §§ 2º e 3º do art. 98 da Lei nº 8.112/90 representa concretização do princípio da isonomia. Ademais, a interpretação em destaque leva em consideração todo o arcabouço normativo existente em favor da criança e do adolescente, bem como das pessoas com deficiência, destacando-se a absoluta prioridade da criança e do adolescente e o conceito de adaptação razoável. Jornada reduzida para quatro horas diárias de segunda à sexta-feira, com jornada flexível nos turnos de manhã e/ou tarde, sem diminuição da remuneração. Recurso parcialmente provido. (TRT-04ª R. - ROT 0020124- 28.2020.5.04.0402 - 2ª T. - Rel. Alexandre Correa da Cruz - J. 20.11.2020)” (TRT18, ROT - 0011755-64.2020.5.18.0011, Rel. SILENE APARECIDA COELHO, OJC de Análise de Recurso, 15/02/2022) (BRASIL, 2022a)

No referido julgado, o “ônus indevido” não foi diretamente abordado, mas, como foi invocada a legislação do serviço público federal (art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.112/1990) (BRASIL, 1990), com disposição expressa ao direito à redução de jornada de trabalho com manutenção salarial, subentende-se que a disposição legal já superou a questão.

Também no âmbito do E. TRT-18, nos autos do processo 0010031-26.2021.5.18.0161, a sentença foi mantida pelo Tribunal em caso que ficou reconhecida

a limitação física da trabalhadora que, em vez de ser readaptada em outra unidade no complexo econômico da empresa reclamada com a observação de suas limitações físicas, foi remanejada para setor que exigia esforço físico (BRASIL, 2022b)

No caso, ficou decidido que não foi observada a legislação que protege a situação peculiar e a limitação física da reclamante e, ao final, reconhecida a conduta discriminatória e a rescisão indireta fundada no art. 483, “a” e “d”, da CLT, nos limites do pedido da ação trabalhista.

O exame do “ônus indevido” foi abordado no sentido de que bastaria a reclamada remanejar a reclamante para outra unidade hoteleira de seu complexo – e que o ônus seria indevido ou excessivo se fosse exigido da reclamada a manutenção de um único hotel apenas para comportar a situação da trabalhadora.

Para além do campo trabalhista, a casuística também é rica em outros aspectos fáticos da incidência da adaptação razoável, como no caso de ação civil pública promovida pela Associação Fluminense de Amparo aos Cegos em face de instituição financeira para que o método Braille fosse adotado nos extratos bancários, contratos de adesão e demais documentos da relação de consumo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DESTINADA A IMPOR À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA A OBRIGAÇÃO DE ADOTAR O MÉTODO BRAILLE NOS CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO CELEBRADOS COM PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. 1. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESCABIMENTO, NA HIPÓTESE. 2. DEVER LEGAL CONSISTENTE NA UTILIZAÇÃO DO MÉTODO BRAILLE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS BANCÁRIAS ESTABELECIDAS COM CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL. EXISTÊNCIA. NORMATIVIDADE COM ASSENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL.

OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 3. CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS. CABIMENTO. 4. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA O DESCUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS. REVISÃO DO VALOR FIXADO. NECESSIDADE, NA ESPÉCIE. 5. EFEITOS DA SENTENÇA EXARADA NO BOJO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DESTINADA À TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS STRICTO SENSU. DECISÃO QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECEM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. ARTIGO 16 DA LEI N. 7.347/85. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE. PRECEDENTES. 7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A instituição financeira demandada, a qual se imputa o descumprimento de um dever legal, não mantém com as demais existentes no país (contra as quais nada se alega) vínculo jurídico unitário e incidível, a exigir a conformação de litisconsórcio passivo necessário. A existência, por si, de obrigação legal a todas impostas não as une, a ponto de, necessariamente, serem demandadas em conjunto. In casu, está-se, pois, diante da defesa coletiva de interesses coletivos stricto sensu, cujos titulares, grupo determinável de pessoas (consumidores portadores de deficiência visual), encontram-se ligados com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão. E, nesse contexto, os efeitos do provimento judicial pretendido terão repercussão na esfera jurídica dos consumidores portadores de deficiência visual que estabeleceram, ou venham a firmar relação contratual com a instituição financeira demandada, exclusivamente.

2. Ainda que não houvesse, como de fato há, um sistema legal protetivo específico das pessoas portadoras de deficiência (Leis ns. 4.169/62, 10.048/2000, 10.098/2000 e Decreto n. 6.949/2009), a obrigatoriedade da utilização do método braille nas contratações bancárias estabelecidas com pessoas com deficiência visual encontra lastro, para além da legislação consumerista in totum aplicável à espécie, no próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impôs aos Estados signatários a obrigação de assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência, conferindo-lhes tratamento materialmente igualitário (diferenciado na proporção de sua desigualdade) e, portanto, não discriminatório, acessibilidade física e de comunicação e informação, inclusão social, autonomia e independência (na medida do possível, naturalmente), e liberdade para fazer suas próprias escolhas, tudo a viabilizar a consecução do princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana.

2.2 Valendo-se das definições trazidas pelo Tratado, pode-se afirmar, com segurança, que a não utilização do método braille durante todo o ajuste bancário levado a efeito com pessoa portadora de deficiência visual (providência, é certo, que não importa em gravame desproporcional à instituição financeira), impedindo-a de exercer, em igualdade de condições com as demais pessoas, seus direitos básicos de consumidor, a acirrar a inerente dificuldade de acesso às correlatas informações, consubstancia, a um só tempo, intolerável discriminação por deficiência e inobservância da

almejada “adaptação razoável”.

2.3 A adoção do método braille nos ajustes bancários com pessoas portadoras de deficiência visual encontra lastro, ainda, indiscutivelmente, na legislação consumerista, que preconiza ser direito básico do consumidor o fornecimento de informação suficientemente adequada e clara do produto ou serviço oferecido, encargo, é certo, a ser observado não apenas por ocasião da celebração do ajuste, mas também durante toda a contratação. No caso do consumidor deficiente visual, a consecução deste direito, no bojo de um contrato bancário de adesão, somente é alcançada (de modo pleno, ressalta-se), por meio da utilização do método braille, a facilitar, e mesmo a viabilizar, a integral compreensão e reflexão acerca das cláusulas contratuais submetidas a sua apreciação, especialmente aquelas que impliquem limitações de direito, assim como dos extratos mensais, dando conta dos serviços prestados, taxas cobradas, etc.

2.4 O Termo de Ajustamento de Conduta, caso pudesse ser conhecido, o que se admite apenas para argumentar, traz em si providências que, em parte convergem, com as pretensões ora perseguidas, tal como a obrigação de envio mensal do extrato em braille, sem prejuízo, é certo, de adoção de outras medidas destinadas a conferir absoluto conhecimento das cláusulas contratuais à pessoa portadora de deficiência visual. Aliás, a denotar mais uma vez o comportamento contraditório do recorrente, causa espécie a instituição financeira assumir uma série de compromissos, sem que houvesse - tal como alega - lei obrigando-a a ajustar seu proceder.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado

o posicionamento de ser possível, em tese, a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela parte demandada atingir, sobremodo, valores e interesses fundamentais do grupo, afigurando-se, pois, descabido negar a essa coletividade o ressarcimento de seu patrimônio imaterial aviltado.

3.1 No caso, a relutância da instituição financeira demandada em utilizar o método Braille nos contratos bancários de adesão estabelecidos com pessoas portadoras de deficiência visual, conferindo-se-lhes tratamento manifestamente discriminatório, tem o condão de acirrar sobremaneira as inerentes dificuldades de acesso à comunicação e à informações essenciais dos indivíduos nessa peculiar condição, cuja prática, para além de consubstanciar significativa abusividade contratual, encerrar verdadeira afronta à dignidade do próprio grupo, coletivamente considerado.

[...]

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.315.822/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/3/2015, DJe de 16/4/2015.) (BRASIL, 2015a)

No referido caso, o enfrentamento do “ônus indevido” foi realizado pelo órgão julgador ao assentar que a entidade autora afirmou que o custo da impressão de cada página com o método Braille seria de apenas R\$1,00 – o que não foi negado pelo banco réu.

O E. STF também invocando a adaptação razoável já decidiu ser inconstitucional a interpretação que exclui o direito de candidatos com deficiência à adaptação razoável em provas físicas de

concursos públicos:

EMENTA: Direito Constitucional e Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo da Medida Cautelar. Conversão em Julgamento de Mérito. Concurso Público. Decreto que exclui a adaptação de provas físicas para candidatos com deficiência. 1. Ação direta contra decreto que tem por objeto “excluir a previsão de adaptação das provas físicas para candidatos com deficiência e estabelecer que os critérios de aprovação dessas provas poderão seguir os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos”. 2. De acordo com o art. 2º da Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, a recusa de adaptação razoável é considerada discriminação por motivo de deficiência. 3. O art. 3º, VI, do Decreto nº 9.508/2018, estabelece uma faculdade em benefício do candidato com deficiência, que pode utilizar suas próprias tecnologias assistivas e adaptações adicionais, se assim preferir. É inconstitucional a interpretação que exclua o direito desses candidatos à adaptação razoável. 4. O art. 4º, § 4º, do Decreto nº 9.508/2018, que estabelece que os critérios de aprovação nas provas físicas poderão ser os mesmos para candidatos com e sem deficiência, somente é aplicável às hipóteses em que essa exigência for indispensável ao exercício das funções próprias de um cargo público específico. É inconstitucional a interpretação que submeta candidatos com e sem deficiência aos mesmos critérios nas provas físicas, sem a demonstração da sua necessidade para o desempenho da função pública. 5. Referendo da medida cautelar convertido em julgamento de mérito. Pedido julgado procedente, com a fixação das seguintes teses de julgamento: 1. É inconstitucional a interpretação que exclui o direito de candidatos com deficiência à adaptação razoável em provas físicas de concursos públicos;

2. É inconstitucional a submissão genérica de candidatos com e sem deficiência aos mesmos critérios em provas físicas, sem a demonstração da sua necessidade para o exercício da função pública. (ADI 6476, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 15-09-2021 PUBLIC 16-09-2021) (BRASIL, 2021b).

No julgamento proferido pelo STF, a abordagem do “ônus indevido” foi realizada de modo mais abstrato, que é próprio do sistema de controle direto de constitucionalidade; de qualquer modo, convém destacar que o ministro relator deixou certo o exemplo de pessoa com deficiência auditiva valer-se de aparelho eletrônico que permita escutar e também de intérprete de LIBRAS – Língua Brasileira de Sinais.

Percebe-se das situações fáticas apresentadas que, para além de um conceito jurídico, a adaptação razoável se mostra como verdadeiro vetor de inclusão social das pessoas com deficiência, sem ignorar o necessário enfrentamento do ônus desproporcional ou indevido, em cada caso concreto.

Conclusão

Um dos elementos normativos vigentes na ordem jurídica brasileira para concretizar o principal fundamento da República, que é a dignidade da pessoa humana, é o princípio da adaptação razoável, previsto tanto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), de 2007, primeira convenção internacional ratificada com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF, quanto na Lei brasileira nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (BRASIL, 2015b).

Tais atos normativos prescrevem também a noção de “ônus indevido” ou desproporcional como mecanismo balizador

daquele princípio, a ser verificado sempre no caso concreto, com as nuances que lhe são próprias.

Com o objetivo de concretizar a dignidade das pessoas com deficiência, apresentaram-se aspectos gerais do princípio da adaptação razoável e seu correspondente atenuador, a noção do “ônus indevido” ou desproporcional, por meio da ilustração de algumas situações fáticas em que o princípio foi empregado e prevaleceu com a necessária abordagem daquele seu possível limitador.

É certo que poderá haver algum custo na implementação da adaptação razoável, que é justamente o custo de concretizar direitos fundamentais. Logo, a mera alegação de custo não pode inviabilizar a concretização da dignidade humana e, por isso, a situação concreta em análise balizará os contornos necessários para se verificar a implementação ou não da adaptação razoável.

No âmbito das relações trabalhistas, prevalece a mesma lógica, porque não se pode olvidar que a função social da empresa (CF, arts. 1º, III e IV, e 170) restringe a atuação empresarial a fim de acomodar tanto a livre iniciativa quanto a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, a ponto de promover a um só tempo a percepção de uma sociedade mais integradora e a concretização de normas que visam promover a inclusão social das pessoas com deficiência, a superar limitações físicas, mentais ou sensoriais eventualmente existentes no ambiente do trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jul. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Recurso ordinário nº 0011755-64.2020.5.18.0011 – Goiânia; 11 fev. 2022a. Relatora: Desembargadora Silene Aparecida Coelho. Goiânia: **Sistema de Jurisprudência**. Disponível em: <https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa>. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Recurso ordinário nº 0010031-26.2021.5.18.0161 – Goiânia; 8 fev. 2022b. Relatora: Desembargadora Iara Teixeira Rios. – Goiânia: **Sistema de Jurisprudência**. Disponível em: <https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa>. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 10409-87.2018.5.15.0090 – Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília: **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. 07 jun. 2021a. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6476 – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: **Pesquisa de Jurisprudência**. 08 set. 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.315.822 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília: **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. 24 mar. 2015a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07 out. 2023.

CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/27257/28128>. Acesso em: 07 out. 2023.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. **Sur-Revista internacional de direitos humanos**. v. 8. n. 14. Jun. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16031666.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

Foto de capa: [Freepik](#) Foto 1: [Freepik](#)



SOLUÇÕES DECOLONIAIS PARA UM CAPITALISMO DE MULTIDÃO E ECONOMICAMENTE INCLUSIVO*

Francisca Brenna Vieira Nepomuceno¹

RESUMO

Este artigo identifica, na natureza política do Direito do Trabalho e na concepção do sindicato como ser coletivo interseccional, elementos propulsores da luta de classes no contexto do capitalismo de multidão. Numa perspectiva descolonial, o sistema de Justiça também é responsável por fomentar o diálogo

*Artigo publicado em: https://www.pass.va/en/publications/studia-selecta/studia_selecta_10_pass/nepomuceno.html. Proceedings of the Workshop on Colonization, Decolonization and Neocolonialism from the Perspective of Justice and the Common Good – African and American Intercontinental Meeting of Judges for Social Rights and the Franciscan Doctrine. Studia Selecta 10. Vatican City 2023, 30-31 March

1-Juíza Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região no biênio 2022-2024. Juíza Auxiliar da Corregedoria do TRT10ª Região nos biênios 2020-2023. Juíza vice-coordenadora da Secretaria de Execuções Especiais e Pesquisa Patrimonial do TRT 10ª Região. Juíza do Trabalho Substituta do TRT10ª Região, lotada em Brasília/DF. Gestora Regional do Programa Trabalho Seguro, 2020-2022. Procuradora da Fazenda Nacional, 2006-2008. Graduada em Direito pela UFC – Universidade Federal do Ceará (2003). Especialista em Economia do Trabalho pela UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas (2013). Professora convidada da ENAMAT - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho em cursos EaD. E-mail: brenna.nepomuceno@trt10.jus.br

social como um dos eixos para atenuação dos efeitos nocivos do desemprego estrutural tecnológico, mormente quando remanescem elementos discriminatórios que afetam de maneira assimétrica, mulheres, pessoas de cor parda e imigrantes nos processos de realocação e reabsorção de mão de obra.

Palavras-chave: Capitalismo de Multidão; Colonialidade; Neocolonialismo; Descolonialidade; Relação de trabalho.; Subordinação algorítmica; Sindicalismo; Interseccionalidade.

A análise da influência do processo histórico colonial no plano geopolítico, econômico e sociológico nos confere a compreensão da colonialidade do poder (QUIJANO, 2005)² pautada no padrão mundial da modernidade ditado pela globalização econômica estruturada com base em 02 eixos centrais. O primeiro retrata a classificação da população mundial de acordo com o critério da raça (hierarquia étnico-racial global). O segundo eixo fundamental relaciona-se à articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do

2 “Colonialidade do poder” – conceito cunhado por Anibal Quijano.

mercado mundial (MORAIS, 2022).

No neocolonialismo tecnológico dos países periféricos, o capitalismo de multidão (crowdbased capitalism) (Sundararajan, 2022) vem desvelar um novo padrão de poder no sistema-mundo moderno/colonial em sucessão ao implementado pela globalização econômica, reconfigurando exatamente as relações de trabalho, inserindo uma falsa percepção de fluidez, de liquidez (Bauman, 2001), ressignificando a figura do trabalhador num modelo de produção cada vez mais automatizado. E, para que esse padrão de poder possa ser imposto, a ideologia universalista eurocêntrica precisa mais uma vez ser assimilada de forma dócil sem questionamentos, sobretudo pelos povos recolonizados sob essa roupagem.

Entretanto, a teoria descolonial do direito nos leva a questionar: a-) se vem ao encontro dos interesses nacionais implementar uma política de precarização trabalhista e de estímulo à informalidade da economia? (Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista); b-) se a fragilidade do sistema sindical laboral confere voz ou cala os membros da comunidade de trabalhadores? (fim da cobrança da contribuição sindical obrigatória e manutenção da unicidade sindical); c-) se a desindustrialização e o processo de primarização da economia brasileira é um caminho de libertação ou de aprisionamento do país nas cadeias de suprimento de insumos (sem processamento/beneficiamento da matéria-prima), alijando-o das cadeias globais de valor no comércio internacional?

Numa perspectiva descolonial, o sistema de Justiça também é responsável por fomentar o diálogo social como um dos eixos para atenuação dos efeitos nocivos do desemprego estrutural tecnológico, mormente quando remanescem elementos discriminatórios que afetam de maneira assimétrica, mulheres e pessoas de cor parda nos processos de realocação e reabsorção de mão de obra.

A *gig economy*, o trabalho *on demand* e o *crowdwork* (microtarefas

postas à disposição de uma multidão de trabalhadores sem fronteiras espaciais com competição entre trabalhadores em escala global) constituem a feição do capitalismo de multidão e traduz uma nova forma de colonização.

Mobilizamo-nos para formular propostas destinadas a quebrar esse elo de sucessivas recolonizações, a um só tempo, nos opondo tanto à colonialidade quanto ao recolonialismo. Preferimos utilizar o termo descolonial. O emprego do filtro descolonial nos impulsiona a formular políticas públicas que promovam a conciliação da elevação do patamar de bem-estar social com o aumento da competitividade brasileira no mercado externo.

Sob lentes descoloniais é preciso questionar: a automação e, por consequente, o desemprego estrutural tecnológico interessa à população que habita o território brasileiro? Interessa ao Brasil o emprego irrestrito de técnicas administrativas poupadoras de mão de obra, como terceirização, banco de horas, prática de imposição de horas extras habituais para esquivar-se de novas contratações, contrato de trabalho intermitente, trabalho *on-demand*?

Da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD-C nov./2022 - jan./2023, publicada em 17/03/2023), extraí-se a atual conjuntura do mercado de trabalho brasileiro. Estão na força de trabalho (pessoas ocupadas e desocupadas) 107,6 milhões de pessoas. Fora da força de trabalho são 66,3 milhões, enquanto 98,6 milhões estão ocupadas (56,7%), 9 milhões (8,4%) desempregadas, 4 milhões (3,5%) desalentadas e 21,5 milhões (18,7%) subutilizadas. Os informais são 38,5 milhões (39%) (IBGE, 2023). Crescem os “por conta própria” (25,3 milhões), “empresários de si próprio”, MEIs, PJs, trabalhadores em plataformas, explorados e sem direitos.

Nesse contexto, impende fincar a premissa de que toda tecnologia, instituto jurídico ou estratégia empresarial que sejam economizadores de mão de obra na produção de produtos ou serviços que não se destine

ao exterior e não concorra com produto ou serviço estrangeiro só pode ser admitida se trazer relevante acréscimo ao bem-estar dos trabalhadores que residem no território brasileiro de forma a concretizar o direito fundamental de serem protegidos em face da automação (MORAIS, 2022). Inteligência do art. 7º, inciso XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A tentativa é de refrear o capitalismo de multidão, mas permitir a agregação da tecnologia mediante consentimento granularizado e condicionado à promoção estratégica do incremento da produtividade nacional com investimentos no aprimoramento tecnológico do parque industrial exportador para evitar o aprofundamento das diferenças já marcantes entre países centrais e periféricos, elevando a competitividade internacional do Brasil.

Da análise da Matriz Insumo-Produto 2015 publicada em 2018 pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018), extrai-se que da produção nacional 11% é destinado à exportação e 89% destinado ao mercado interno. Com efeito, temos governabilidade direta sobre 89% de tudo que produzimos, mas somos induzidos a deixar de exercer nossa autodeterminação porque o pensamento eurocêntrico nos incute o ditame de que a Revolução Industrial 4.0 é inexorável (MORAIS, 2022).

Propomos, numa visão descolonial, implementar políticas anticíclicas para desestimular o avanço açodado e sem peias do capitalismo de multidão, do trabalho intermediado por plataformas digitais, da automação no mercado interno e fomentar o incremento de tecnologias na produção de bens e serviços destinados ao exterior, garantindo uma transição inclusiva para os trabalhadores, com incremento de competitividade internacional do país.

Nesse cenário, o sistema de justiça poderia ser um possível indutor de políticas e iniciativas legislativas descoloniais?

Defendemos um Poder Judiciário

indutor de uma atuação sinérgica dos demais poderes e de setores privados destinados à formulação e implementação de políticas públicas através de ampla divulgação de suas decisões, da instauração de fóruns de debates e construção de espaços de diálogo social (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2023)³ A ativação estrutural do sistema de justiça demonstra o empenho em descolonizar, e não recolonizar o Brasil.

Na seara protetiva trabalhista, propomos: a-) no plano normativo, o desestímulo à aplicação de institutos jurídicos e técnicas administrativas poupadoras de mão-de-obra ou redutoras de ofertas de trabalho (p. ex.: terceirização, contrato intermitente); b-) a ressignificação do conceito de subordinação jurídica, contemplando a subordinação algorítmica; c-) a reestruturação do sistema sindical para enfrentamento das disfuncionalidades do sistema das relações de trabalho, mormente das questões discriminatórias sobrepostas e encrustada na divisão social do trabalho baseada em classe, gênero, raça e origem, mediante o exercício da democracia interna, agregando mulheres e jovens, nos centros decisórios dos trabalhadores formais e informais, e incluindo os desempregados em sua base, afetados pelo desemprego estrutural tecnológico, na fase de reinserção no mercado de trabalho ou mesmo que já não conseguem a ele retornar, abraçando assim uma heterogeneidade transclassista como reforço de sua autonomia, e seguindo a estratégia de aproximação dos movimentos sociais identitários para ampliar o poder de mobilização política nos espaços públicos.

Nesse desiderato, deve-se imputar aos empresários que decidem extinguir postos de trabalho pelo emprego de técnicas redutoras de mão-de-obra o ônus correspondente mediante a instituição de contribuição social extrafiscal para o custeio de programas de

3 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Presidente do TST propõe regulação de trabalho por aplicativos com base na realidade brasileira. Brasília: TST, 2023. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/presidente-do-tst-prop%C3%B5e-regula%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-aplicativos-com-base-na-realidade-brasileira>. Acesso em: 05 jun. 2023.

requalificação e de concessão de renda básica aos afetados pelo desemprego estrutural tecnológico, alijados do mercado de trabalho.

Quanto ao delineamento de subordinação algorítmica, esta se denota quando a plataforma fixa diretrizes e sistema de trabalho, impondo um padrão com instruções, metas, sistema de avaliação, nota mínima para permanência, vedação de recusa de serviços, mensagens SMS automáticas, gamificação do aplicativo, precificação unilateral e rastreamento via GPS, que influenciam e moldam o comportamento humano por meio de artifícios difíceis de serem identificados, especialmente quando se utilizam de processos subconscientes.

Define-se a subordinação por algoritmos com base na matemática que programa, fiscaliza e controla os trabalhadores. Esse controle ocorre em sua maioria em tempo real (*on line*) mediante monitoramento e vigília constante sobre cada passo da vida do trabalhador. O aplicativo rastreia a geolocalização GPS do trabalhador, extraíndo o seu trajeto, as paradas, tempo em cada local, endereço provável da residência, local de trabalho, lugares mais frequentados – o que configura um verdadeiro capitalismo de vigilância.

Nas plataformas digitais de trabalho, esse trabalho em que o prestador aparece como “livre” para se ativar ou não na plataforma de trabalho contrasta com as potencialidades de gestão por gamificação, que define prêmios, punição e competição, e o controle por algoritmo, que define o perfil do trabalhador na rede e estabelece os padrões remuneratórios, exercendo direção econômica da atividade sobre o trabalhador, sujeitando-lhe a dependência econômica (dirigismo econômico por precificação).

Nesse contexto de vulnerabilidade do trabalhador, o sistema sindical é o principal interlocutor e porta-voz das comunidades afetadas inclusive pelo desemprego estrutural tecnológico. Há a necessidade de um redimensionamento subjetivo e objetivo do espaço dialético sindical. Cabe aos sindicatos dar voz a todos aqueles que vendem ou



buscam vender seu trabalho como meio de garantir a subsistência digna.

Christian Laval (2019) refere-se ao conceito de “sindicalismo integral”, o qual “é uma estratégia que consiste em sistematizar as alianças com todos os movimentos de transformação social, particularmente feministas, movimentos de apoio aos migrantes, ecologistas, altermundialistas, etc., integrando no corpo sindical todas as dimensões dessa transformação social, não de forma externa e artificial, mas desde o interior, porque essas dimensões, que chamamos sociais, econômicas, ecológicas ou culturais, são realmente parte do trabalho, são elementos ou dimensões da relação social”.

Deve-se retomar um sindicalismo de base, ao invés daquele de cúpula, e buscar costurar novas solidariedades, inclusive para além do trabalho formal e subordinado, agregando trabalhadores informais, desempregados e excluídos de toda espécie.

Como destacou o Papa Francisco, os sindicatos devem lutar, sobretudo, na periferia das cidades, “nos lugares onde não há direitos”, pois “não há uma boa

sociedade sem um bom sindicato. E não há um bom sindicato que não renasça todos os dias nas periferias, que não transforme as pedras descartadas da economia em pedras angulares. Sindicato é uma bela palavra que provém do grego syn-dike, isto é, 'justiça juntos'. Não há justiça se não se está com os excluídos" (FRANCISCO,2017).

O sindicato deve interiorizar a sua representatividade de ser coletivo interseccional (DUTRA, 2022), abandonando a figura do ideário hegemônico do trabalhador masculino, branco, nacional, assalariado e sindicalizado para albergar sujeitos que não se encaixam nesse padrão, porque atravessados por interseccionalidades de gênero, raça, geração, origem que determinam e estruturam formas de inserção e vivência da experiência do trabalho precário, afora as formas de trabalho socialmente desconsideradas como tal, como o trabalho feminino de cuidado.

A percepção de que esses trabalhadores marginalizados tentam sobreviver sobrecarregados por subalternidades interseccionais (PEREIRA, 2020), que vão além das estratificações econômicas, representadas por gênero, raça, origem (imigrante), idade, opção sexual, religião, etnia e por outros marcadores que os modificam e os deslocam para outros lugares e experiências peculiares de exclusão e trabalho precário, é fundamental para que se assimile a imprescindibilidade dos sindicatos de serem informados pela empresa-plataforma acerca dos parâmetros, regras e instruções em que se baseiam os algoritmos ou sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões que podem incidir nas condições de trabalho, o acesso e a manutenção do emprego, incluída a elaboração de perfis (ESPANHA, 2021).

O caminho a ser trilhado pelo sindicato perpassa pela costura de novas solidariedades, seja abrangendo trabalhadores informais, desempregados e excluídos de toda espécie; seja se abrindo a novas bandeiras, como as questões ambientais, de gênero, raça, opção sexual, entre outras; seja provocando e fortalecendo movimentos políticos que defendam os interesses dos trabalhadores.

Alain Supiot (2018) ressalta a necessidade de conectar as políticas social e ambiental: a questão do trabalho e a questão ecológica, a superexploração dos homens e da natureza, são as duas faces da mesma moeda. Os sindicatos devem também atuar como canalizadores das lutas coletivas e atuar em conjunto com outros movimentos sociais. Há uma relação simbiótica entre a proteção dos direitos sociais e a proteção ambiental.

A compreensão de que as lutas interseccionais (Crenshaw, 1989)⁴ não se dissociam, mas se potencializam pela centralidade política do trabalho, conduz à compreensão da necessária produção de conexão entre as lutas, que não é espontânea nem natural, e que exige do sindicato, dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada: insubordinação.

Referências

DUTRA, Renata Queiroz. Sujeitos coletivos interseccionais? Uma interpelação ao direito de greve. In: LIMA, Cristiano Siqueira Abreu e; CABRAL, Natália Queiroz; LOURENÇO FILHO, Ricardo. **Direitos fundamentais trabalhistas: análise crítica da teoria e da jurisprudência**. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

CRENSHAW, Kimberle W. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. **University of Chicago Legal Forum**: v. 1989, n. 1, article 8. 1989. Disponível em:

4 Criadora do conceito de interseccionalidade. "As mulheres negras às vezes são excluídas da teoria feminista e do discurso político antirracista porque ambos são baseados em um conjunto discreto de experiências que muitas vezes não refletem com precisão a interação de raça e gênero. Esses problemas de exclusão não podem ser resolvidos simplesmente com a inclusão de mulheres negras em uma estrutura analítica já estabelecida. Como a experiência interseccional é maior que a soma do racismo e do sexismo, qualquer análise que não leve em conta a interseccionalidade não pode abordar suficientemente a maneira particular pela qual as mulheres negras são subordinadas." (tradução livre).

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

ESPAÑA. Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Madrid: **Boletín Oficial del Estado**, 29 set. 2021. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/09/29/pdfs/BOE-A-2021-15767.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

FRANCISCO. **Discurso do Papa Francisco aos delegados da confederação italiana sindical dos trabalhadores (CISL)**. Sala Paulo VI, 2017. Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170628_delegati-cisl.html. Acesso em: 28 mar. 2023.

LAVAL, Cristian. Novo neoliberalismo, autoritarismo e os novos caminhos do sindicalismo. Entrevistadora: Elisa Sanvicente. Tradução: Rodrigo Carelli. **Teoria Jurídica contemporânea**: Rio de Janeiro, v. 4 n. 1 jan-jun 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/27700/17996>. Acesso em: 22 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Matriz Insumo-Produto 2015** - Tabela 02 - Usos de bens e serviços. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9085-matriz-de-insumo-produto.html?=&t=resultados>. Acesso em: 28 mar. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: trimestre móvel nov.-jan. 2023. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2023/03/pnad_2023_jan.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

MORAIS, Paulo Douglas Almeida de. **O capitalismo de multidão e a ressignificação do trabalho**: desafios e soluções no contexto da neocolonização tecnológica imposta pela indústria 4.0. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2022.

PEREIRA, Flávia S. Máximo. **Para além da greve**: diálogo ítalo brasileiro para a construção de um direito de luta. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 485-486.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Editorial CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 27 mar. 2023.

SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada**: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Presidente do TST propõe regulação de trabalho por aplicativos com base na realidade brasileira**. Brasília: TST, 2023. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/presidente-do-tst-prop%C3%B5e-regula%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-aplicativos-com-base-na-realidade-brasileira>. Acesso em: 05 jun. 2023.

SUPIOT, Alain. Para além do emprego: os caminhos de uma verdadeira reforma do Direito do Trabalho. **Revista de Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília: UDF, v. 4, n. 3, set.-dez. 2018.

Foto de capa: [Scott Umstatt](#) na Unsplash
Foto 1: [Arno Senoner](#) na Unsplash



CONDIÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO DE MAGISTRADAS(OS) E SERVIDORAS(ES): INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL E AUXILIAR NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Natália Luiza Alves Martins¹; Wanessa Mendes de Araújo²

RESUMO

O presente artigo analisa a Resolução CNJ nº 343, de 9 de setembro de 2020, que institui condições especiais de trabalho para magistradas(os) e servidoras(es) com deficiência, necessidades especiais ou doença grave ou que sejam mães, pais ou responsáveis por dependentes nessa mesma condição, sob a perspectiva de que a regulamentação conferida pela norma visa assegurar, no âmbito do Poder Judiciário, a possibilidade de concessão de tratamento de saúde e acompanhamento familiar

1 Pesquisadora; Jurista; Doutora em Direito (summa cum laude) pela Université Paris 1- Sorbonne. Mestre em Droit des Entreprises, Université d'Angers. Membro associado do Centre Jean Bodin, Recherche Juridique et Politique, CJB, EA nº 4337, Université d'Angers. Membro do Institut de Psychodynamique du travail, Paris; ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1459466282373406>. <https://orcid.org/0000-0002-3124-736X>. Email :profrgauriau@gmail.com

2 Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. wanessa.araujo@trt10.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1610639139114067>

eficaz, próprio ou de seus dependentes, em conciliação ao trabalho e aos valores da proteção integral à pessoa com deficiência e dos direitos à proteção da criança e do adolescente e da pessoa com transtorno de espectro autista, bem como das pessoas com necessidades especiais ou doença grave, tutelando-se os princípios da unidade familiar e da prioridade absoluta à tutela a saúde e ao bem-estar, valores consagrados constitucionalmente. O artigo discute se a medida pode atuar como instrumento de promoção da igualdade substancial ao trabalho das(os) magistradas(os) e servidoras(es), notadamente aquelas(es) que atuam como responsáveis por dependentes que estejam nas condições supra indicadas, representando um avanço na construção da teoria do direito antidiscriminatório.

Palavras-chave: Resolução CNJ nº 343/2020; Condições especiais de trabalho; Tratamento com perspectiva de gênero.

As condições especiais de trabalho para magistradas(os) e servidoras(es) e resolução n. 343/2020 do Conselho Nacional De Justiça: um passo para promoção à proteção integral da pessoa humana

O Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, do cumprimento dos deveres funcionais das juízas e juizes no Brasil, editou a Resolução nº 343/2020, que institui condições especiais de trabalho para magistradas(os) e servidoras(es) com deficiência, necessidades especiais ou doença grave ou que sejam mães, pais ou responsáveis por dependentes nessa mesma condição.

A publicação da referida norma pretendeu estabelecer, no âmbito do Poder Judiciário, uma cultura institucional baseada na promoção da proteção integral à pessoa com deficiência, previsto na Constituição Federal, assim como nas regras da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Lei nº 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, bem como as pessoas que apresentem necessidades especiais ou problemas graves, assegurando-se condições especiais de trabalho a magistradas(os) e servidoras(es) que convivam com essa condição, em razão de circunstâncias pessoais ou de pessoas sujeitas a sua responsabilidade.

Nos termos do art. 226, da Constituição Federal, a família é a base da sociedade brasileira, e como tal, deve receber proteção do Estado, devendo para tanto contar com a participação ativa de mães e pais, bem como os responsáveis legais, que devem empenhar os melhores esforços para construção de um ambiente saudável e propício ao crescimento e bem-estar próprio ou de suas (seus) dependentes (BRASIL, 1988).

Ante os compromissos nacionais e internacionais, a exemplo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instrumento assinado no estado americano de Nova Iorque em 30 de março de 2007, que possui status de emenda constitucional, e no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Lei nº 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro

Autista, compete à Administração Pública, em que o Poder Judiciário está inserido, adotar providências para garantir que os direitos à dignidade da pessoa humana e da proteção integral à saúde, não sucumbam à leitura cartersiana do princípio do interesse público, norte que direciona a atuação dos poderes estatais.

O art. 1º, §1º da Resolução n. 343/2020 inicia pela definição do conceito das pessoas tuteladas pela norma, a exemplo da pessoa com deficiência e dos portadores de doenças graves, com base na dicção do art. 2º da Lei nº 13.146/2015; do art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.764/2012, e do inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713/88.

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme previsto no art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A norma em questão, em consonância com o disposto no art. 1º, §1º, da Lei nº 12.764/2012, alberga as pessoas com transtorno do espectro autista, enquadrando-se na conceituação legal as pessoas portadoras de síndrome caracterizada por deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento ou pessoas que apresentem padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados e interesses restritos e fixos, as quais são consideradas pessoas com deficiência, conforme §2º do mesmo dispositivo legal.

A Resolução prevê que as pessoas acometidas por doença grave, por sua vez, são aquelas enquadradas no inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713/88, quais sejam, pessoas portadoras de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação e síndrome da imunodeficiência adquirida (CNJ, 2020)

A norma não enceta circunstâncias de saúde restritivas, isso porque, em seu §2º do art. 1º esclarece que a concessão de condições especiais de trabalho não estão limitadas à caracterização aos casos previstos no dispositivo acima, sendo extensível a pessoas acometidas de outras situações especiais ou agravos de saúde, por condição própria ou de terceiros, devidamente comprovada mediante apresentação de laudo técnico ou de equipe multidisciplinar a ser homologado por junta oficial em saúde.

Merece destaque o art. 1-A da Resolução em debate que também assegura condições especiais de trabalho também às gestantes e lactantes, consideradas pessoas com mobilidade reduzida, nos termos do inciso IX do art. 3º da Lei n. 13.146/2015, incluído no normativo em análise pela Resolução CNJ n. 481, de 22.11.2022 e que se revela importante mecanismo de tutela ao trabalho da mulher, assegurando-se a condição da maternidade com o trabalho.

O capítulo I da Resolução n. 343/2020 elenca as condições especiais de trabalho que poderão ser concedidas às(aos) magistradas(os) e às(aos) servidoras(os), divididas em quatro diferentes hipóteses.

A primeira delas prevê a possibilidade de designação provisória para atividade fora da Comarca ou Subseção de lotação da(o) magistrada(o) ou da(o) servidora(o), de modo a aproximá-los do local de residência da(o) filha(o) ou da(o) dependente legal

com deficiência, assim como do local onde são prestados a si ou aos seus dependentes serviços médicos, terapias multidisciplinares e atividades pedagógicas, excepcionando a regra prevista no art. 35, V, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que prevê ser dever da(o) magistrada(o) residir na sede da Comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado.

Essa primeira hipótese tem por finalidade garantir o amplo acesso aos tratamentos médicos e terapias multidisciplinares necessárias, bem como atividades pedagógicas, reconhecendo que a formação e o amadurecimento de equipe multidisciplinar é primordial para o adequado acompanhamento e estímulo ao desenvolvimento das pessoas com deficiência, necessidades especiais ou doença grave, o que, em geral requer tempo e dedicação, especialmente para que se estabeleça relação de confiança entre assistidos e equipe, servidos e profissionais esses que nem sempre se encontram no domicílio funcional do agente público, de modo que, ao permitir a lotação, ainda que provisória, em localiza-se diversa daquela em que se trabalha originalmente, ante as condições de saúde que assim o exijam, a norma assevera que a proteção à saúde é primário.

Além disso, a previsão considera, de forma acertada, que a primazia do interesse público relativamente à moradia da(o) magistrada(o) e da(o) servidora(o) no local de sua lotação não pode preponderar indiscriminadamente sobre os princípios da unidade familiar e da prioridade absoluta aos interesses da criança e do adolescente, especialmente quando o núcleo familiar contenha pessoas com deficiência, necessidades especiais ou doença grave, conforme previsto no art. 19 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), além de reconhecer que as mudanças de domicílio podem acarretar graves prejuízos no tratamento e desenvolvimento de pessoas com deficiência, necessidades especiais ou doença grave. Isso sem falarmos das dificuldades de acesso a determinados tratamentos e terapias, que muitas vezes sequer estão disponíveis nos rincões do país.

A segunda hipótese prevê a possibilidade de designação de apoio à unidade judicial de lotação ou de designação de magistrada(o) ou de servidor(a), que poderá ocorrer por meio de designação de magistrada(o) auxiliar com jurisdição plena, ou para a prática de atos processuais específicos, pela inclusão da unidade em mutirão de prestação jurisdicional e/ou pelo incremento quantitativo do quadro de servidoras(es).

A previsão busca garantir o suporte necessário ao adequado funcionamento das unidades jurisdicionais, sempre que necessário, reconhecendo a imprescindibilidade de especiais cuidados destinados às pessoas com deficiência, necessidades especiais ou doença grave, para que possam desenvolver suas capacidades e aptidões para o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, além de possibilitar o adequado cumprimento das funções jurisdicionais. A ação, portanto, vai ao encontro da necessidade de tratamento conforme aos preceitos constitucionais de igualdade substancial, ou seja, não se pode estabelecer a métrica padrão, supostamente, igualitária, a pessoas que se encontram em situação de desigualdade e avança ao determinar que a elas deve ser conferido o apoio necessário para que se possa exercer o mister profissional.

A terceira possibilidade é a concessão de jornada especial, nos termos da lei, o que, inclusive, foi matéria de debate perante o Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o RE 1.237.867, com repercussão geral (Tema 1.097), fixou tese, por unanimidade, reconhecendo o direito à redução da jornada para servidoras(es) públicos de todos os entes federativos que tenham filhas(os) ou dependentes com deficiência (STF, 2023).

A referida previsão normativa, assim como a decisão exarada pela Suprema Corte brasileira, certamente visa a conferir maior concretude, a um só tempo, ao teor do art. 227, da Constituição Federal, o qual dispõe acerca da proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, como também, à garantia dos direitos protetivos à pessoa com



deficiência, assegurando a construção de oportunidades - não somente para as pessoas com deficiência, mas também para os seus familiares, que não raro precisam dedicar-se profundamente para conseguir fornecer o auxílio necessário, de forma a garantir a efetividade ao preceito fundamental de igualdade (MAIA; LIMA, 2023).

A última hipótese, prevista no inciso IV, prevê a possibilidade de exercício da atividade em regime de teletrabalho, sem acréscimo de produtividade de que trata a Resolução CNJ nº 227/2016, garantindo, assim, a plena, contínua e efetiva prestação dos serviços por suas(seus) integrantes e servidoras(es), bem como as condições necessárias para que seja possível o adequado suporte à pessoa com deficiência e em condições assemelhadas.

O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo prevê, ainda, que para a concessão de condições especiais de trabalho, deverá ser considerado o contexto e a forma de organização da família, a necessidade de compartilhamento das responsabilidades, a participação ativa dos pais ou responsáveis legais, com o objetivo de garantir a construção de um ambiente saudável e propício ao crescimento e ao bem-estar dos(as) dependentes, bem assim de todos os

membros da unidade familiar.

Enquanto o parágrafo segundo esclarece que a existência de tratamento ou acompanhamento similar em outras localidades diversas ou mais próximas daquela indicada pela(o) requerente não implica, necessariamente, o indeferimento do pedido, dispondo que caberá à(ao) requerente indicar, em seu pedido, as questões fáticas capazes de demonstrar a necessidade da sua permanência em determinada localidade, facultando-se ao tribunal a escolha de Comarca ou Subseção que melhor atenda ao interesse público, desde que não haja risco à saúde da(o) magistrada(o) ou da(o) servidor(a), de seu filho ou dependente legal.

A Resolução também se preocupou em estabelecer obrigações que assegurem a qualidade do serviço público prestado pelo Poder Judiciário, garantindo o amplo acesso das partes ao atendimento e às audiências, prevendo em seu art. 3º que àquelas(és) que estejam sob o regime especial de trabalho realizarão as audiências e os atendimentos às partes e a suas (seus) patronas(os) por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico, prevendo, ainda, que na comprovada inviabilidade de realização de audiência por videoconferência ou por intermédio de outro recurso tecnológico, será designado substituto, seja magistrada(o) ou servidora/servidor, para realização do ato que se fizer necessário.

O art. 4º regulamenta o procedimento a ser observado para a concessão de condição especial de trabalho, em uma ou mais das modalidades previstas, e dispõe sobre os requisitos e documentos necessários para instrução do requerimento. Além disso, prevê que a manutenção das condições especiais dependerá da apresentação de laudo médico anual que ateste a permanência da situação fática que fundamentou a concessão, cabendo à(ao) beneficiária(o) comunicar à autoridade competente, no prazo de cinco dias, qualquer alteração do quadro fático que implique a cessação da necessidade de trabalho em regime especial.

Como se vê, todas as medidas listadas

representam a adoção de ações necessárias à efetivação do princípio da proteção integral à pessoa com deficiência e em condições que exijam proteção especial, cabendo à Administração Pública, em especial o Poder Judiciário, a responsabilidade de assegurar o tratamento prioritário e apropriado às pessoas com deficiência, necessidades especiais ou doença grave, devendo, como condição da própria dignidade humana, estender a proteção do Estado à família, como previsto na Resolução ora em comento, sem que tal situação represente violação ao interesse público.

O direito às condições especiais de trabalho como garantia de não discriminação e igualdade: um caminho para a construção de um direito antidiscriminatório

Em recente pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisas Judiciais da Associação dos Magistrados Brasileiros (CPJ/AMB), publicada em 2022, foi constatado que dos 813 magistrados(as) respondentes, 101 possuem deficiências, 87 são portadores de doenças graves e 201 respondentes possuem dependente(s) que se enquadram nessas condições. Os números reforçam a importância de reconhecermos as condições peculiares enfrentadas por essa parcela da magistratura. Vale o destaque de que a pesquisa não contemplou as servidoras e servidores do Poder Judiciário e/ou seus dependentes, o que denota que o universo de pessoas que demandam condições especiais de trabalho é muito superior ao indicado (AMB, 2022).

Como citado por Mauro Bley Pereira Junior (2023), a previsão normativa contida na Resolução analisada no presente artigo, trata-se de um direito, e não de benefício, devendo ser reconhecido a todas(os) as(os) magistradas(os) ou servidoras(es) que se encontrem nessa situação, além de ser garantia de direitos às pessoas com deficiência e condições de saúde assemelhadas para possam residir em locais onde haja serviços de saúde e assistência adequadas.

O autor também sustenta que a deficiência e, análise, em nosso entendimento,

deve ser estendida às outras situações de saúde prescritas na norma, já foi vista como um problema pessoal e particular, em época em que a sociedade não atuava, de nenhum modo, para permitir o desenvolvimento e inclusão social das pessoas com deficiências, não havendo qualquer atenção às barreiras enfrentadas e seus familiares, que deveriam conformar-se com as limitações existentes, destacando que:

Felizmente, nas últimas décadas, observa-se o reconhecimento que todas as pessoas, deficientes ou não, têm direito ao pleno desenvolvimento e participação social, sendo reconhecida a necessidade de proteção e inclusão. Em nível internacional, a mudança conceitual sobre deficiência foi estabelecida na Organização das Nações Unidas (ONU), em março de 2007, através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, também chamada de Convenção de Nova York. O Brasil ratificou os atos junto ao Secretário Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, e os atos institucionais entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008, sendo promulgados através do Decreto nº 6949 de 25 de agosto de 2009 (PEREIRA JUNIOR, 2023).

Tal constatação reforça a percepção de que a norma em comento representa um evidente avanço nas políticas públicas de promoção e garantia de tratamento adequado de pessoas com deficiência e condições especiais de saúde, quer por situação pessoal ou de terceiros sob sua responsabilidade, revelando a preocupação do Poder Judiciário para com seus integrantes, mas também com o seu papel institucional de promoção da igualdade, embora muitos destinatários(os) sequer tenham conhecimento da norma, tendo a pesquisa realizada pela AMB constatado que 42% das magistradas(os) sequer tinham conhecimento da regulamentação.

Em favor da proteção integral do agente público ou pessoa sob sua responsabilidade

que necessita de cuidados, a Resolução n. 343/2020 representa um importante avanço em termos de atuação administrativa, inclusive com perspectiva de gênero e de composição familiar, pois, como visto, prevê expressamente a necessidade de observância à dinâmica de organização familiar, assim como exalta o compartilhamento de responsabilidades, mediante participação ativa das(os) responsáveis por ministrar cuidados a terceiros, não restringindo assim à mulher magistrada ou servidora a obrigação de cuidados.

Outro importante progresso assentase em conferir legitimidade para a eleição do tratamento e o local de sua realização, independentemente da existência de estabelecimento congênere na localidade próxima à residência da pessoa que precisa de cuidados para si ou para terceiros, preservando-se assim o direito de escolha da(o) magistrada(o) ou da(o) servidora(o), e não a mera conveniência administrativa do gestor público, que deverá pautar sua atuação com enfoque à preservação do interesse público, mas não só se orientar por ele, pois também deverá observar as condições peculiares da(o) requerente.

Com se vê, a Resolução n. 343/2020 mostrou que a promoção desses dois valores, a proteção integral da pessoa humana e seus dependentes e o interesse público, são igualmente caros e conciliáveis, nesse particular, consciente de que tratamento e o desenvolvimento das pessoas com deficiência, necessidades especiais ou portadoras de doença grave, exigem acompanhamento eficaz por meio de tratamentos médicos, terapias multidisciplinares, atividades pedagógicas e cotidianas, assim como o adequado auxílio do núcleo familiar, elencando, assim, uma série de medidas, descritas no Capítulo I, voltadas a assegurar condições especiais de trabalho a magistradas(os), servidoras(es), bem como agentes públicos que tenham cônjuge, filha(o) ou dependente legal nessas condições.

O normativo em apreço destaca em seu art. 6º a necessidade de fomentar em conjunto com os tribunais ações formativas,

de sensibilização e de inclusão voltadas às(aos) magistradas(os) e servidores(as) com deficiência, necessidades especiais ou doença grave, ou que tenham filhos ou dependentes legais na mesma condição, por meio das Escolas Judiciais e Centros de Treinamentos voltados ao conhecimento e à reflexão sobre questões relativas às pessoas com deficiência e seus direitos.

Na lição de Mauro Bley Pereira Junior (2023) a necessidade de promoção de cursos, seminários ou ações educativas são indispensáveis para que esta política pública seja difundida culturalmente na sociedade brasileira, além da instituição de outras políticas públicas que gerem empoderamento das pessoas com deficiência e circunstâncias de saúde assemelhadas, além da proteção do núcleo familiar no qual esta pessoa está inserida, protegendo-as do capacitismo, o que também restou evidenciado na Resolução n. 343/2020.

Em que pese o disposto no capítulo II, que trata de ações de sensibilização e conscientização, limitar as ações formativas ao estudo sobre a situação de pessoas com deficiência e seus direitos, aqui fazemos uma leitura ampliada sobre duas necessidades: a promoção de capacitação sobre as demais situações elencadas na norma, bem como a necessidade de se estender ao público externo, com vistas ao fortalecimento da cultura institucional de inclusão e respeito às diferenças, em favor da preservação do ideal constitucional de promoção da igualdade substancial a todas as pessoas que, por condição própria ou necessidade de ministrar cuidados a terceiros, possam dar concretude ao preceito constitucional da igualdade substancial.

Alinhada ao preceito constitucional em destaque, o art. 9º da Resolução é imperativo ao fixar que a concessão de quaisquer das condições especiais previstas no normativo não justifica qualquer atitude discriminatória no trabalho, inclusive no que diz respeito à concessão de vantagens de qualquer natureza, remoção ou promoção na carreira, bem como ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão, desde

que atendidas as condicionantes de cada hipótese.

CONCLUSÃO

Apesar de já terem se passado mais de três anos da publicação originária da regulamentação, o conhecimento sobre a existência e demais peculiaridades do regime especial de trabalho para magistradas(os) e servidoras(as) ainda é exíguo. A própria classe, responsável por, muitas vezes, garantir o direito de pessoas com deficiência, desconhece a existência da referida regulamentação, causando interpretações equivocadas e limitações na fruição de direitos formalmente reconhecidos à própria classe.

A Resolução n. 343/2020 do CNJ trata-se de norma especial, destinada a garantir proteção e tratamento prioritário às pessoas com deficiência, necessidades especiais, doença grave ou mobilidade reduzida, bem como àqueles que sejam responsáveis por pessoas nesta condição, reconhecendo que magistradas(os) e servidores(as) também são destinatários de garantias e direitos fundamentais, especialmente dirigidos à proteção prioritária e igualdade das pessoas com deficiência ou doenças graves. Ela prevê, ao longo dos seus onze artigos, as hipóteses gerais nas quais é possível a concessão do regime de trabalho “diferenciado”, além de estabelecer o procedimento a ser observado, destacando a prevalência da autonomia dos Tribunais e do interesse público.

O reconhecimento do direito às condições especiais de trabalho representa grande avanço, pois ninguém está a salvo de vivenciar condições de vida e eventos sociais adversos, especialmente situações de saúde, que demandam peculiaridades e tratamento diferenciado. Além disso, o regime especial de trabalho possibilita o adequado cumprimento, por parte do Poder Judiciário, da obrigação assumida pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ao prever como obrigação dos signatários a adoção de medidas de qualquer natureza aptas à concretizarem os

direitos nela reconhecidos, dentre os quais se destaca o reconhecimento da família como núcleo natural e fundamental da sociedade, a qual detém o direito de receber a proteção do Estado e da sociedade, com toda a assistência necessária para torná-la capaz de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência.

A despeito dos deveres que a toga ou a posse em cargo público impõe aos seus titulares, a garantia de tratamento equitativo representa um reconhecimento de que a função desempenhada por cada um(a) é essencial, garantindo a todas(os) equilíbrio e melhores condições de trabalho para a execução de suas atribuições, bem como das responsabilidades decorrentes da parentalidade atípica.

Não se olvida que o interesse público deve ser sempre observado, tanto é que a própria Resolução destaca que este sempre será resguardado. No entanto, reconhecer as magistradas(os) e servidoras(es) com deficiência ou doença grave como detentores de direitos fundamentais, bem como seus dependentes nestas condições, priorizando-as, possibilitará à manutenção da prestação jurisdicional de forma efetiva, garantindo a manutenção das virtudes e características necessárias para o bom e fiel desempenho do seu mister.

A concessão de condições especiais de trabalho não se traduz em privilégios ou qualquer outra vantagem inadequada, pelo contrário, trata-se de mera constatação de efetivação do princípio substancial da igualdade, traduzindo-se em um verdadeiro e necessário passo em prol da proteção integral à pessoa humana, especialmente a pessoa com deficiência ou doença grave, auxiliando sobremaneira na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pautada em valores sociais firmes e assentados em premissas não discriminatórias, mas sim inclusivas. É o que esperamos.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **2º Censo da AMB de magistrados com deficiência, necessidades especiais ou doença grave, e magistrados responsáveis por pessoas na mesma condição**. Brasília: AMB, 2022. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/pesquisas-concluidas/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1020218-90.2018.8.26.0005. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça**: 13 mar. 2023. Jurisprudência. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=5785185>. Acesso em: 21 nov. 2023.

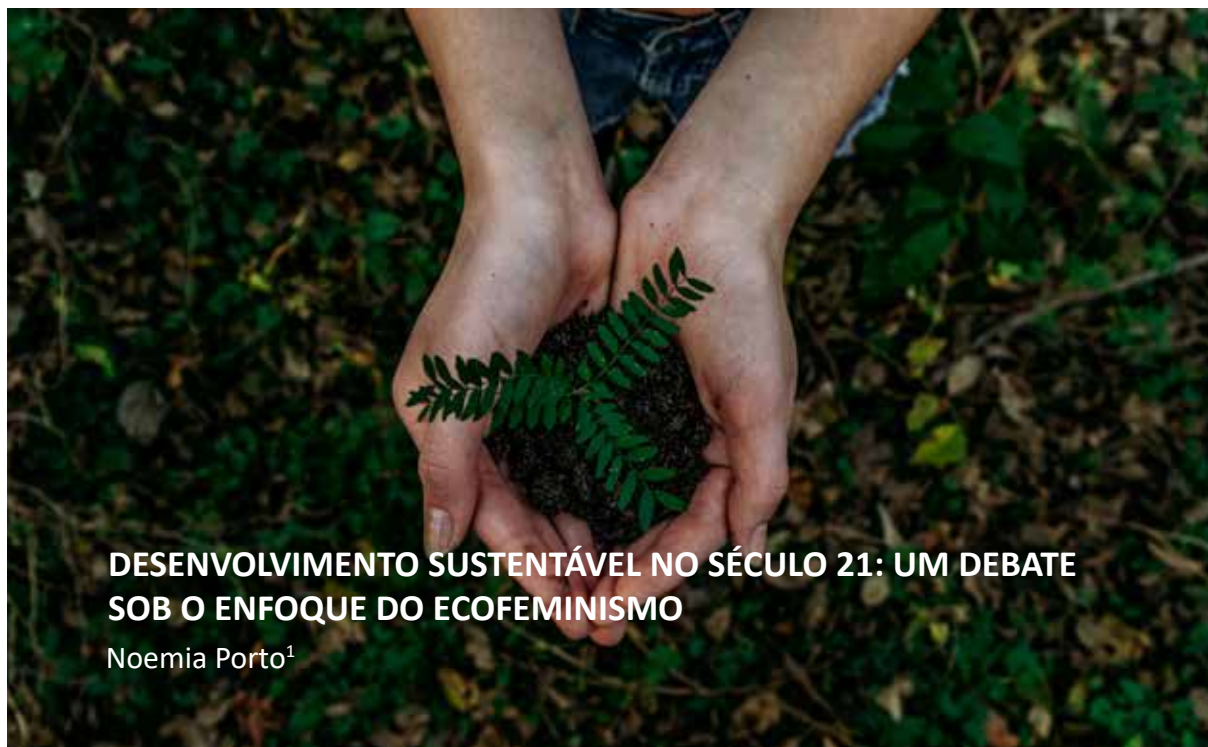
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 343, de 9 de setembro de 2020**. Institui condições especiais de trabalho para magistrados(as) e servidores(as) com deficiência, necessidades especiais ou doença grave ou que sejam pais ou responsáveis por dependentes nessa mesma condição e dá outras providências. Brasília, CNJ, 29 maio, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3459>. Acesso em: 9 out. 2023.

MAIA, Walter; LIMA, Thiago. Tema 1.097 do STF: um passo necessário na proteção de PCDs no funcionalismo público. São Paulo: **Migalhas**, 8 fev. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/381236/tema-1-097-do-stf-um-passo-necessario-na-protecao-de-pcds>> Acesso em 03 nov.2023.

PEREIRA JUNIOR, Mauro Bley. A deficiência pessoal e a resolução CNJ nº 343 de 2020. Curitiba: **Revista Gralha Azul**: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD. v. 1, n. 14, p. 31-36, out./nov. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/>

jspui/bitstream/2011/171880/deficiencia_pessoal_resolucao_pereira.pdf. Acesso em 15 set. 2023.

Foto de capa: Liane Metzler no [Unsplash](#)
Foto 1: [Jordan Whitt](#) no Unsplash



DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO SÉCULO 21: UM DEBATE SOB O ENFOQUE DO ECOFEMINISMO

Noemia Porto¹

RESUMO

O objetivo deste estudo é o de situar o desafio da equidade de gênero para que se possa trilhar o urgente percurso em direção ao desenvolvimento sustentável. Para isso, traça-se a discussão que procura aliar a temática do desenvolvimento sustentável com as questões relacionadas à proteção ao trabalho, especificamente na perspectiva da equidade de gênero, fazendo uso de reflexões do ecofeminismo, seja enquanto movimento transformador, seja na condição de corrente crítica de pensamento que recoloca, em outros termos - em termos feministas - o direito fundamental ao meio ambiente devidamente equilibrado.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável; Equidade; Ecofeminismo.

1 Juíza do Trabalho (TRT/10). Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professora do Centro Universitário Processus (UniProcessus) e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora convidada no Programa de Pós-Graduação (PPGD – mestrado e doutorado acadêmico) do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). É autora de artigos e livros publicados. E-mail: noemiagarcia.porto@gmail.com

Introdução

O Século 21 carrega o insofismável desafio de discutir e implementar uma cultura e uma prática de sustentabilidade, especialmente em nome da preservação de um futuro no planeta que seja viável para todas as pessoas.

É nessa toada que, desde 2015, a Organização das Nações Unidas propôs aos líderes mundiais 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS's) para que, coletivamente, a humanidade pudesse dissociar o crescimento econômico da pobreza, da desigualdade e das mudanças climáticas (ONU, 2015).

Sobre essa perspectiva, é preciso iniciar afirmando que não há uma antinomia entre proteção ao trabalho, numa perspectiva de equidade, inclusive de gênero, e preservação ambiental.

Em verdade, são direitos, trabalho e meio ambiente, que compartilham, em certa medida, da mesma sorte: o cuidado e a preservação do ambiente e da natureza tendem a gerar formas de trabalho com mais garantias. O reverso também é verídico:

a degradação ambiental geralmente conduz à deterioração das relações laborais, culminando em práticas como o trabalho infantil e a redução à condição análoga à escravidão², ambos fatores que retroalimentam a pobreza e a exclusão que atingem, sobretudo, as mulheres.

O Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe aponta para o Índice de Feminidade da Pobreza. O indicador mostra que os esforços de redução da pobreza na região não têm beneficiado de maneira igualitária homens e mulheres, de maneira que os lares pobres concentram uma maior proporção de mulheres em idade de maior demanda produtiva e reprodutiva. Isso, a propósito, se aprofunda em lares com maior presença de crianças³.

Um dos marcos históricos, no plano internacional, a esse respeito, foi a Declaração das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano, conhecida como Declaração de Estocolmo, de 1972. Nessa, é afirmado, dentre outros aspectos relevantes, que a proteção e a melhoria do ambiente humano é uma questão fundamental que reflete no bem-estar da população e no desenvolvimento econômico em todo o mundo (item 2). Além disso, a declaração perpassa pela constatação de grandes deficiências nos ambientes de trabalho humano (item 3), bem como sobre a ideia de que há relação de causalidade entre subdesenvolvimento e a maioria dos

2 Essa relação aparece, por exemplo, no estudo de Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima. Segundo a autora, “no Brasil, a degradação do meio ambiente provocada por intensa exploração do agronegócio se apresenta fortemente associada ao uso da mão de obra escrava, configurando uma dinâmica que aponta para uma crise ambiental tanto quanto resvala para a instalação de relações abusivas de trabalho, desafiando as institucionalidades nacionais de repressão ao crime ambiental e à escravização do trabalhador” (2016, p. 244).

3 Tais estudos e constatações, que procuram reorientar as medidas adotadas pelos países quanto à temática, dizem respeito aos dados coletados até 2019, todavia, novos estudos apontam para o aprofundamento da pobreza e da desigualdade entre homens e mulheres, notadamente em razão dos diversos impactos da pandemia do novocoronavírus (COVID-19), cujos reflexos atuam até os dias de hoje.

problemas ambientais, sobretudo em países em situação de desenvolvimento (item 4).

O uso racional do trabalho e do meio ambiente e sua valorização pela educação e por um desenvolvimento sustentável, em realidade, são os meios e desafios para a construção de uma sociedade que não apenas se enriqueça em termos de Produto Interno Bruto (PIB), mas que possa distribuir os frutos do trabalho social e, ao mesmo tempo, preservar as riquezas para as próximas gerações.

O conceito de desenvolvimento sustentável foi construído inicialmente a partir do questionamento sobre os limites da exploração dos recursos naturais, e quais seriam as consequências do crescimento econômico se não considerasse os desgastes desses recursos, imprescindíveis para a continuidade da vida.

Nos termos da Declaração de Estocolmo:

Em nosso redor vemos multiplicar-se as provas do dano causado pelo homem em muitas regiões da terra, níveis perigosos de poluição da água, do ar, da terra e dos seres vivos; grandes transtornos de equilíbrio ecológico da biosfera; destruição e esgotamento de recursos insubstituíveis e graves deficiências, nocivas para a saúde física, mental e social do homem, no meio ambiente por ele criado, especialmente naquele em que vive e trabalha (ONU, 1972).

Se trabalho e natureza são as fontes da riqueza de um País, isso não significa que explorar exaustivamente o trabalho e o meio ambiente sejam meios racionais de aumentar a riqueza. Essa concepção holística da questão ambiental está, de certa forma, presente na referida Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (2015).

De fato, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável possuem interseccionalidade evidente. Assim, fala-se,

por exemplo, de igualdade de gênero (ODS 5), água limpa e saneamento (ODS 6), energia acessível e limpa (ODS 7), emprego digno e crescimento econômico (ODS 8), consumo e produção responsáveis (ODS 12) e combate às alterações climáticas (ODS 13), para ficar em alguns temas. Nota-se que, considerados todos e cada um dos ODS's, quando se pensa em desenvolvimento sustentável para todas as pessoas, aspectos plurais da vida delas precisam ser contemplados e abarcados, desde o acesso à água potável, até a igualdade de gênero, passando pela proteção ambiental, dentre outros desafios. Há, portanto, uma compreensão em torno da ideia de desenvolvimento sustentável que conecta as dimensões da questão ambiental, incluindo a do trabalho, pensando o trabalho num contexto concreto de equidade.

A despeito de uma necessária perspectiva holística de desenvolvimento, não é essa a realidade quando se observam índices insistentes de feminidade da pobreza; de exclusão ou pífia participação das mulheres em espaços decisórios relevantes; de violências de gênero que não recuam; de predominância do modelo patriarcal predatório de encarar a relação com o ambiente e com as mulheres.

A desigualdade que atinge, insistentemente, as mulheres demanda referir o chamado trabalho livre, que se situa no contexto da sociedade capitalista, porque esse sistema, o capitalismo, intensificou (embora não tenha dado origem) as diferenças de gênero. As mulheres foram, como argumenta Rosângela Angelin (2014, p. 1.578), estrategicamente encarregadas do trabalho doméstico, cuidando da casa, das crianças, dos velhos e doentes, além de exercerem o papel de servir o marido, que era, e em certa medida culturalmente ainda é, o **provedor** do lar. A divisão sexual injusta dos atributos domésticos e de cuidado tem um forte componente histórico, cultural e político, contribuindo para um persistente quadro de desigualdade.

Observando o objetivo central do presente estudo, voltado a situar o desafio da equidade de gênero no contexto do

urgente percurso a ser trilhado em direção do desenvolvimento sustentável, pretende-se, num primeiro momento, colocar em evidência o ecofeminismo, inclusive quanto à sua relevância no Brasil, como conceito e como movimento, em razão da sua contribuição para a pauta jurídica, social e política de proteção ambiental. A partir disso, no item subsequente, pretende-se estabelecer um debate sobre o ecologismo social, destacando que a proteção ambiental envolve tanto o macrosistema (ou ambiente natural) como os microsistemas, o que conduz ao necessário debate sobre as injustiças sociais, de modo a aliar sustentabilidade e protagonismo das mulheres. Por fim, no item de encerramento, desenvolve-se o argumento sobre a necessidade de resistências e de mudanças revolucionárias para viabilizar uma ideia de futuro em sociedades democráticas e solidárias.

O Ecofeminismo para além da composição de grupos específicos

Quando se fala de ecofeminismo vêm a tona tantas e espetaculares experiências em curso na América Latina, incluindo países como Bolívia, Uruguai, Argentina e Brasil, de iniciativas de mulheres que resistem aos movimentos de exploração dos territórios.

Lucía Delbene Lezama (2019) alerta que se tem discutido com alguma frequência na atualidade sobre o futuro do trabalho e, nessa pauta, predominam os discursos e os debates relacionados ao impacto da denominada revolução digital. Todavia, há outros modos, uma nova urgência, alternativas e outros olhares que precisam ser considerados nas reflexões sobre os desafios do nosso tempo, incluindo o futuro do trabalho. Para ela:

Muitas das análises bastante capitalistas e eurocêntricas promovem a ideia de rectificações rápidas e orientadas pela tecnologia para problemas complexos. Contudo, essas propostas conduzem ao aprofundamento dos modelos económicos extractivistas existentes e às suas consequências negativas para

as mulheres e os trabalhadores do que a uma transformação importante em direcção a um desenvolvimento humano justo em termos sociais, ambientais e de género. Há décadas que as ecofeministas na América Latina lutam contra o extractivismo. As suas críticas e alternativas localmente vividas expõem um caminho para uma abordagem diferente do desenvolvimento humano e para promover um futuro digno de ser vivido e feminista para as trabalhadoras, com base no respeito pelos seres humanos, pela Natureza e pelos meios de subsistência (2019, p. 1)⁴.

O ecofeminismo pode ser compreendido num sentido mais estrito – enquanto vínculo social e político estabelecido por mulheres, com formação de grupos, com o propósito defender os territórios (ex.: Rede Latino-Americana de Mulheres em Defesa dos Direitos Sociais e Ambientais); mas, também, adquire um sentido amplificado, ou seja, de práticas e discursos de coletivos diversos de mulheres que defendem a proteção da natureza e dos territórios (LEZAMA, 2019).

O ecofeminismo representa a possibilidade de explorar o interesse comum e as possíveis sinergias entre o ambientalismo e o feminismo.

Numa síntese feliz, Rosângela Angelin (2014, p. 1.582) menciona que os movimentos ecofeministas e ecológicos convergem no sentido de construir e propor formas de viabilizar uma melhor convivência no planeta, opondo-se, portanto, à dupla exploração capitalista e patriarcal do ecossistema e das

4 A autora cita diversos exemplos das experiências latino-americanas que, a propósito, não geradoras de percepções e articuladoras de conceitos que podem contribuir para uma pauta que transcenda os respectivos países. A título de ilustração, “o Colectivo CASA (Colectivo para a Coordenação de Acções Sociais e Ambientais) na Bolívia, utiliza a categoria de violência ambiental contra a mulher e define-a como ‘qualquer acto ou omissão que, por danificar o Meio Ambiente, impeça ou restrinja o gozo dos direitos das mulheres, comprometendo a sua qualidade de vida, integridade, saúde, economia, trabalho, riqueza, identidade cultural e que são causados por actividades antropogénicas’” (2019, p. 2).



mulheres, a fim de alcançar um ponto de encontro para o desenvolvimento sustentável.

Portanto, o que se pode considerar é que o ecofeminismo é ao mesmo tempo uma necessidade e uma condição quando são externadas preocupações com o desenvolvimento sustentável.

Tânia Kuhnen e Daniela Rosendo (2021, p. 23) contribuem, a partir de diversos resgates teóricos, para a compreensão do ecofeminismo:

As motivações situadas na origem do movimento teórico dos ecofeminismos giram em torno de uma insatisfação com a falta de espaço para a categoria de género no contexto dos movimentos ambientalistas, ainda marcados pelo sexismo, e a preocupação emergente das académicas feministas em relação à exploração do ambiente natural para manter o sistema de dominação patriarcal. Isso continua sendo fundamental para pensadoras ecofeministas, pois cada vez mais se reconhece a necessidade de distanciamento de sistemas que

negam a vida e a interdependência, responsáveis pelo aprofundamento de condições de injustiça e exploração ambiental, econômica, social e política. Apesar das conquistas realizadas por mulheres e outras minorias políticas, a degradação ambiental continua acelerada por estilos de vida consumistas impulsionados, sobretudo, pelo Norte Global, que, concomitantemente, explora, domina e coloniza os países do sul. Por isso, o ecofeminismo contemporâneo atravessa fronteiras disciplinares e geopolíticas, abordando diferentes problemas que emergem da interconexão entre humanos e a natureza (apud PHILLIPS; RUMEN (2016).

Esse tema, a propósito, faz todo sentido quando se direciona o olhar para a realidade brasileira.

Afinal, no Brasil tem prevalecido o modelo extrativista de desenvolvimento. Exploração e degradação ambiental são expressões que acompanham essa perspectiva de desenvolvimento que não se conjugam com sustentabilidade. Desse modo, tem sido construído o antagonismo entre o setor desenvolvimentista, formado por grande parte do setor privado, especialmente do agronegócio e das empreiteiras, de um lado, e o movimento socioambientalista, que recoloca como tema a função social da propriedade.

Situando o debate sobre governança ambiental no Brasil, tem-se o seguinte:

Observa-se que o crescimento econômico ainda não tem sido compatibilizado com a proteção do meio ambiente. Continuam a predominar políticas públicas que promovem a produção e o consumo insustentáveis, com consequências ambientais negativas. Apesar de alguns resultados alcançados nas políticas socioambientais e da retórica favorável ao desenvolvimento sustentável, evocado por todos

os atores, persiste o processo de degradação ambiental. Como aumento da força do desenvolvimentismo, foi-se desequilibrando a relação de forças, ao ponto que, atualmente, o movimento socioambientalista, na prática, tem pouco poder. Por outro lado, a coordenação entre a sociedade civil e a iniciativa privada ainda é incipiente (IPEA, 2016, p. 343)⁵.

Embora não seja o objetivo específico deste estudo, é salutar referir que, no Brasil, convive-se com as situações críticas de queimadas, exploração ilegal e excessiva de minérios, uso alarmante de agrotóxicos, ameaças cada vez maiores a ecossistemas naturais, aumento da pobreza, desigualdade agravada pela predominância do agronegócio de commodities, dentre outros tantos problemas nacionais.

O desenvolvimento extrativista impacta, de forma diferenciada, a vida das mulheres. Os resultados nefastos da degradação ambiental não são neutros.

Portanto, em âmbito nacional, faz todo sentido pensar e refletir sobre o ecofeminismo.

Nesse debate devem ser consideradas as condições dominantes da divisão sexual do trabalho e, ainda, os modelos culturais hegemônicos de masculinidade e de feminilidade, os quais, como adverte Lucía Delbene Lezama (2019, p. 03), “ditam que, em geral, são os homens que estão mais inclinados a aceitar as operações extractivistas e são mais resistentes a impactos ambientais negativos, visto que

5 O documento ainda descreve uma (re)articulação política de setores que apresentam tensionamento com a pauta socioambiental, com influência no Executivo e no Parlamento, que útil para pensar o (des)equilíbrio de forças que está em jogo até os dias de hoje: “em resposta, esse movimento conservador, liderado por áreas do agronegócio, buscou fortalecer-se. Procurou aumentar sua influência no governo e em setores do poder Executivo. Além disso, buscou controlar os temas ambientais no parlamento, obtendo maiorias em comissões do Legislativo, não só na Comissão de Agricultura da Câmara, como também na Comissão de Meio Ambiente e na Comissão Especial de Código Florestal e Ambiental” (IPEA, 2016, p. 341).

obtêm algum tipo de compensação em troca, como ganhos financeiros ou oportunidades de emprego”, enquanto as mulheres, como se pode concluir, em geral, apenas sofrem os impactos negativos dessas explorações⁶.

Os temas estão interligados. Sanchez (2021) destaca a maior presença das mulheres e das meninas quando se trata dos impactos climáticos, estando mais sujeitas às catástrofes, tais como secas e inundações.

Mulheres e meninas, no Brasil e no mundo, estão na ponta da vulnerabilidade climática, não por suas supostas fragilidades físicas, mas, sim, porque são empurradas, num sistema desigual, para as condições de pobreza.

O ecologismo social envolve a preocupação com a natureza e também com as injustiças sociais

Quando se alia temas como desenvolvimento sustentável, ecologia e mulheres, em geral, aparecem referências sobre a importância da compreensão da integração do ser humano ao ambiente e vice-versa, longe da perspectiva dominante de que o meio ambiente seria um fornecedor de insumos ou de elementos para um processo exploratório econômico infinito.

Além de integração, surge também a perspectiva jurídica do direito ao meio ambiente devidamente equilibrado como um direito de solidariedade.

A Constituição democrática de 1988 é marcada por incontáveis ineditismos. Dentre eles se encontra a abrangência com que tratou a pauta ambiental. Seja por esse ineditismo, seja por sua sonoridade, seja por sua relevância nacional e mundial, seja pela luta que essa normatividade evoque e provoca,

⁶ A autora prossegue afirmando que, “por exemplo, as entrevistas realizadas com mulheres afectadas pelas operações extractivistas na Bolívia mostraram muitos casos em que as mulheres reagiram de forma distinta dos homens quando o ambiente em que viviam foi contaminado ou ameaçado, originando mesmo rupturas familiares (Delbene-Lezama, 2015 b e c)” (2019, p. 03).

deve ser lembrada a previsão albergada pelo art. 225 da Constituição: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

O debate em referência aponta no sentido da importância de articular, em gramáticas das práticas sociais, as expressões integração, solidariedade, sistema e cuidado. Todavia, é necessário estar alerta porque essas expressões podem indicar, como mais um reforço inadequado a estereótipo de gênero, que as mulheres, por uma predisposição natural, estariam motivadas à proteção ambiental.

A naturalização ou a idealização sobre o que é ser mulher tem, historicamente, feito muito mal à pauta cidadã reivindicadora por direitos iguais.

Na realidade, se constatações há – e de fato elas existem – de que uma melhor compreensão das mulheres, ou de muitas mulheres, quanto à necessidade urgente de proteção dos territórios, de integração ambiental, de cuidado com o que as pessoas são– e são também natureza -, isso se deve, efetivamente, a uma forte construção cultural e de necessidade de sobrevivência em condições adversas. Muitas mulheres, na prática, promovem as alianças típicas de um ecologismo social, instadas pelas vivências desiguais que fazem parte de suas vidas.

É por isso que, citando Fritjof Capra, Rosângela Angelin articula pensamento interessante em relação àqueles que são adeptos do que se pode denominar de ecologia profunda. Isso permite considerar que “se os homens estivessem mais próximos às tarefas domésticas e de reprodução, haveria um ganho na qualidade de vida e, conseqüentemente, na proteção da natureza, uma vez que teriam uma percepção real da unidade e da interdependência dos seres humanos com o meio ambiente” (2014, p. 1.586).

Assim, no epicentro das discussões sobre desenvolvimento sustentável, é fundamental pensar em novas identidades e novas identificações.

Essa urgência se apresenta de forma mais evidente quando se observa que, mesmo após mais de 35 anos, desde o advento da Constituição Cidadã, que, como visto, alberga o relevantíssimo art. 225, ainda não há suficiente convencimento social, político e cultural de que as mudanças urgentes e desejadas em favor do desenvolvimento sustentável perpassam pelo reconhecimento das desigualdades, e na mesma linha, pela redistribuição de gênero.

São indissociáveis as ideias do cuidado e de solidariedade, porém, não como atributos das mulheres.

Comum” ou Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial do Meio Ambiente (UNCED) da ONU, então presidido pela Primeira-Ministra da Noruega na época, Gro Harlem Brundtland.

Embora o relatório seja resultado de um esforço coletivo, é fundamental o registro de uma mulher que liderou uma das mais importantes viradas do nosso tempo. Nesse Relatório, o desenvolvimento sustentável foi e é conceituado como aquele que preenche as necessidades presentes sem comprometer o atendimento das necessidades futuras. A partir desse conceito, iniciou-se uma jornada internacional de negociações e eventos a fim de, dentre outros objetivos, construir uma agenda comum em prol da sustentabilidade (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991).

“Assim, no epicentro das discussões sobre desenvolvimento sustentável, é fundamental pensar em novas identidades e novas identificações.”

É desafiador refletir como tornar essa expectativa normativa realidade, quando, por exemplo, o tempo gasto com os atributos do cuidado é encarado, numa perspectiva capitalista, tanto no setor privado como público, como tempo morto, tempo das mulheres. Essa situação gera para as mulheres sobrecarga mental e física que alimenta a desigualdade sentida cotidianamente e usurpa dos homens a abertura que a experiência compartilhada do cuidado poderia propiciar, em benefícios de todas as pessoas e do meio ambiente.

Mesmo com todas essas dificuldades, é necessário assentar a aliança entre sustentabilidade e o protagonismo das mulheres.

De fato, pode-se dizer que o verdadeiro marco do surgimento do conceito de Desenvolvimento Sustentável difundido e debatido até hoje ocorreu em 1987, quando foi publicado o “Relatório Nosso Futuro

O marco é relevante, ainda, porque indica um novo consenso de segurança, na esteira do que, anos depois, se fixou na Agenda 2030 da ONU, afirmando-se que não haverá paz global sem direitos humanos, desenvolvimento sustentável e redução das distâncias entre ricos e pobres.

O destaque ao protagonismo é interessante para lembrar que, no entanto, os espaços de decisão não são ocupados, de forma igualitária, pelas mulheres.

Muito se fala sobre educar meninas, empoderar agricultoras e incluir novas vozes no debate ambiental como estratégias para reverter a crise climática e apontar no sentido da prefalada sustentabilidade.

No entanto, uma observação importante que Giovana Romano Sanchez faz é no sentido de que para que as medidas em relação ao clima passem a contemplar também a visão, as necessidades e os direitos

das mulheres, especialmente de mulheres negras e indígenas, é preciso trazê-las para os espaços de decisão, o que até hoje não se tornou, nem de longe, uma realidade.¹

Referindo um dado recente, para dimensionar o problema, tem-se que poucas mulheres participaram das negociações sobre as mudanças climática na COP27, que aconteceu no final do ano de 2022 no Egito. As mulheres eram menos de 34% das delegações dos países que estavam na conferência da ONU sobre o clima. Essa disparidade chama a atenção considerando as evidências que mostram que as mulheres são as que mais sofrem com as consequências da mudança no clima do planeta (STALLARD, 2022).

A liderança e a presença das mulheres foi e é fundamental para a construção de uma agenda e de uma prática de ecologismo social.

Para que haja futuro serão necessárias resistências e mudanças revolucionárias

Andocentrismo e antropocentrismo possuem uma conexão que precisa ser desvendada por estar na base das profundas assimetrias que marcam as sociedades pelo mundo. A chave de leitura proposta é a de uma fórmula libertária que envolva uma cidadania ao mesmo tempo ecológica e feminista.

A exploração das pessoas entre si e da natureza como tem ocorrido aponta para um não-futuro. Trabalho e natureza, sem precarização ou depredação, são as riquezas reais e realistas para as sociedades contemporâneas.

O ecofeminismo não é um movimento homogêneo. As diversas correntes, porém, se encontram na relação entre meio ambiente e feminismo e, ainda, no combate às múltiplas formas de exploração. Também nessa pauta, é salutar pensar nas mulheres trabalhadoras no campo e nas cidades, que pudessem ser valorizadas como tal, ou seja, como cidadãs trabalhadoras e de forma plena.

O que está colocado para debate é uma ética ambiental e de cuidados, com crítica aos sistemas de dominação e de hierarquização, incluindo a relação assimétrica estabelecida entre a humanidade e a natureza.

O ecofeminismo, enquanto movimento social, mas também como uma proposta teórica crítica, pode fornecer elementos importantes para as mudanças que são necessárias que apontem no sentido de uma vivência sustentável e inclusiva.

Os modelos de desenvolvimento econômico, notadamente pelo que se observa no caso dos países chamados de periféricos, atingem a vida das mulheres. Não há neutralidade nos seus efeitos. O ecofeminismo pretende discutir e recolocar esse tema.

Tânia A. Kuhnen e Daniela Rosendo (2021, p. 28) destacam algo muito importante. Trata-se da Marcha das Margaridas, que é um movimento socioambiental unificado de mulheres do campo de todo o Brasil, que recebe apoio de diferentes organizações da sociedade civil, com destaque para o suporte da Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais Agricultores e Agricultoras Familiares (CONTAG). O nome do movimento é inspirado na líder sindical paraibana assassinada em 1983, Margarida Alves, precursora na luta pelos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras do campo. O que se nota também aqui é, de novo, a presença da temática tanto da equidade de gênero quanto da aliança entre meio ambiente e trabalho.

As Margaridas lutam contra diferentes sistemas de dominação que as atingem. Em suas lutas, saberes, fazeres e reivindicações, com destaque para a agricultura familiar e a agroecologia, desponta um ecofeminismo latino-americano.

Na 7ª Edição, que aconteceu entre os dias 15 e 16 de agosto de 2023 em Brasília-DF, foi importante a chamada que o próprio movimento fez:

Para nós, mulheres do campo, da

floresta e das águas, a Marcha das Margaridas tem sido um caminho coletivo de construção de um projeto de sociedade que propõe um Brasil sem violência, onde a democracia e a soberania popular sejam respeitadas, a partir de relações justas e igualitárias. Acreditamos que é possível construir novas relações sociais pautadas nos valores da ética, solidariedade, reciprocidade, justiça e respeito à natureza (MARCHA DAS MARGARIDAS, 2023).

Foi e é, em suma, um movimento de resistência, como é próprio mesmo ao ecofeminismo.

Na 7ª Edição, as Margaridas também trouxeram e chamaram as mulheres das cidades, as urbanas, de forma coerente com um movimento que prega a relação dialética e dialógica, permeada de alteridade.

O movimento organizado da sociedade civil que marcha, lança luzes para as questões de gênero que são indissociáveis da proteção ambiental para o desenvolvimento sustentável. No plano normativo, para o avanço da pauta, ainda está em curso no Brasil a discussão sobre a ratificação de duas convenções internacionais que versam sobre temas sensíveis, quais sejam: atributos do cuidado e violência laboral. Trata-se das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 156 (Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família) e nº 190 (Eliminar a violência e o assédio no mundo). Essas agendas internacionais, e de fomento ao compromisso político-jurídico dos diversos países, incluindo o Brasil, estão no contexto do que se espera, concretamente, da promoção da igualdade de gênero, como uma das condições de possibilidade para o desenvolvimento inclusivo e com uma perspectiva em que haja futuro para todas as pessoas.

Sem as transformações necessárias na divisão sexual dos atributos domésticos e de cuidado, sem efetivo respeito e igualdade que envolva as mulheres e as meninas e sem participação representativa dos diversos grupos nos espaços decisórios e de poder, certamente inviável estará o avanço de uma pauta de igualdade social e, sem ela, a própria proteção ambiental parecerá mais com uma bandeira retórica do que com uma gramática transformadora e solidária que beneficie essa e as futuras gerações.

Conclusão

Os impactos de fenômenos adversos não são neutros. Mulheres e meninas sofrem com o processo de feminidade da pobreza e, também, estão no topo da vulnerabilidade climática.

Para a discussão relacionada à desigualdade persistente, o trabalho de cuidado e as violências de gênero, inclusive no ambiente laboral, traduz-se numa pauta urgente, porém, com dificuldades para avançar.

As culturas patriarcal, andocêntrica e antropocêntrica contribuem para esse cenário. Explorar a natureza e as mulheres tem embalado o ritmo do capitalismo predatório.

Ocorre que, sem avanços em direção a uma cidadania plena para as mulheres, a urgente pauta ambiental também não se desenvolve em termos positivos.

Na realidade, trabalho e ambiente e mulheres entrelaçam-se quando há a tomada de consciência de que a demanda é socioambiental e não apenas ambiental. A presença de indicadores de subdesenvolvimento tem relação de causalidade com diversos problemas ambientais naturais. O caráter holístico que é exigido para a compreensão ambiental indica que a preocupação com a natureza e com as injustiças sociais são indissociáveis. Esse é sentido interpretativo adequado do art. 225 da Constituição de 1988.

É essencial, em suma, uma justiça ambiental.

Como é próprio à complexidade do nosso tempo, tem-se, de um lado, que as mulheres são as mais impactadas tanto pela degradação ambiental como pela depredação que resulta de sociedades desiguais, porém, de outro lado, possuem especial protagonismo na apresentação de uma luta nas ruas, no campo e, ainda, no âmbito acadêmico-teórico em favor dos territórios, da preservação ambiental e da igual divisão do trabalho social.

A importância das mulheres se sobressai a despeito dos espaços políticos e decisórios que lhes são usurpados.

A compreensão de que somos todos natureza, como narrativa, como prática e como vivência, pode apontar para um futuro em que haja desenvolvimento sustentável e inclusivo. A temática feminista tem muito a contribuir para um desenho diferente da perversidade que ainda marca o nosso tempo.

Referências

ANGELIN, Rosângela. Mulheres, ecofeminismo e desenvolvimento sustentável diante das perspectivas de redistribuição e reconhecimento de gênero. Estamos preparados?. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2016. 352 p. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/>

[handle/11058/6800](https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6800). Acesso em: 15 nov. 2023.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Relatório Nosso Futuro Comum. 2. ed. Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

KUHNEN, Tânia; ROSENDO, Daniela. Ecofeminismos. In: **Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia**. v. 7, n. 2, 2021, p. 16-40. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/ecofeminismos/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

LEZAMA, Lucía Delbene. Não existe “futuro do trabalho” se não houver respeito pela Natureza: perspectivas ecofeministas de reexistências anti-extractivistas da América Latina. In: **Série Diálogo Feminista**. nov./2019, p. 1-10. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/mosambik/16087.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. Degradação do meio ambiente e trabalho escravo no Brasil: da (ir)racionalidade à normatividade. **Revista Videre**, Dourados (MS), v. 8, n. 15, p. 244-264, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/124935>. Acesso em 14 nov. 2023.

MARÇA DAS MARGARIDAS. **Margaridas em Marcha 2023**. Disponível em: <https://www.marchadasmargaridas.org.br/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Brasil. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 15 set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. **Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e**

do Caribe. Índice de Feminidade da Pobreza. 2019. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/indice-feminidade-da-pobreza>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo).** 1972. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%Aancia-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

Foto de capa: [Noah Buscher](#) no Unsplash Foto 1: [Paolo Nicolello](#) no Unsplash



DIREITO, CIDADANIA E DEFICIÊNCIA: APORTES TEÓRICOS PARA O USO DA CATEGORIA CAPACITISMO NO DISCURSO JUDICIAL

Ricardo Lourenzo Filho¹

RESUMO

O artigo propõe um estudo sobre o desenvolvimento da categoria capacitismo, considerando a importância de uma perspectiva interseccional entre deficiência, gênero e raça, para a compreensão de práticas discriminatórias, no mundo do trabalho, em face de pessoas com deficiência. Para além disso, realiza o exame de decisões da Justiça do Trabalho. A constatação é de que o Tribunal Superior do Trabalho enfrenta os casos judiciais com o uso de modalidades diversas de discriminação, mas sem o recurso à nomenclatura que designa a opressão específica contra pessoas com deficiência e as raízes sociais dessa opressão.

Palavras-chave: Deficiência; Capacitismo; Cidadania; Interseccionalidade; Justiça do Trabalho.

1 Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB; Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região; Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). É um dos coordenadores do grupo de pesquisa “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho” (CNPq/IDP). Contato eletrônico: ricardo.lourencofilho@gmail.com; Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2008601360843816>.

Introdução

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5760, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do art. 16-A da Lei nº 7.573/1986. O dispositivo legal excluía os marítimos embarcados da soma dos trabalhadores das empresas de navegação para fins de atendimento do número mínimo de contratação de pessoas com deficiência, previsto no art. 93 da Lei nº 8.213/1991². O efeito prático da regra era o de reduzir o número de contratação de pessoas com deficiência nessas empresas. A Corte Superior concluiu, à unanimidade, que a previsão da lei ordinária caracterizava “diferenciação normativa discriminatória” (BRASIL, 2019)³.

2 O preceito legal impugnado previa que: “os marítimos exercendo atividades embarcadas, por serem submetidos às exigências contidas em convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil relativas às condições físicas, médicas e psicológicas, não integram a soma dos trabalhadores das empresas de navegação para o disposto no art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991” (BRASIL, 1986).

3 O relator da ação no STF, Ministro Alexandre de Moraes, entendeu que “a deficiência física, por si só, não incapacita generalizadamente o trabalhador para o desempenho de atividades laborais em embarcações, não existindo exigência legal ou convencional de plena capacidade física para toda e qualquer atividade marítima” (BRASIL, 2019).

O art. 16-A foi inserido na Lei nº 7.573/1986, que trata do ensino profissional marítimo, pela Lei nº 13.194/2015. Essa última, por sua vez, resultou do Projeto de Lei nº 2.343, de 2015, de autoria do Poder Executivo. A regra de exclusão das pessoas com deficiência foi acrescida ao projeto – pois não constava de sua redação original – a partir de emenda aditiva, que justificava a alteração “pela impossibilidade da pessoa com limitações físicas e médicas ser certificada pela Diretoria de Portos e Costas (DPC) como marítimo, em todas as categorias (...)” (BRASIL, 2015a).⁴ O teor da emenda aditiva indica o estabelecimento de uma presunção de incapacidade da pessoa com deficiência, com a consequente restrição injustificada de direito, como identificado na decisão do STF.

A questão põe em evidência apenas um dos muitos desafios que ainda persistem à inclusão de pessoas com deficiência no mundo do trabalho. A despeito do acerto da decisão, faltou à Corte nomear de forma adequada a discriminação presente na legislação ordinária declarada inconstitucional. Trata-se de **capacitismo** e, portanto, de uma previsão normativa **capacitista**, que tem raízes na **corponormatividade** enraizada na sociedade.

O caso acima convida à reflexão. Considerando-se o Poder Judiciário como locus de tratamento de conflitos, será que está devidamente equipado, em termos de instrumental teórico, para o enfrentamento das demandas por inclusão de pessoas com deficiência? Especificamente no que diz respeito às relações laborais, está a Justiça do Trabalho preparada para a identificação de práticas discriminatórias e para sua classificação sociológico-jurídica? Partindo da premissa do caráter dialógico e polifônico do processo (TRINDADE; KARAM, 2018), o discurso judicial incorporou a expressão **capacitismo** para a compreensão de conflitos que envolvem a afirmação de direitos de pessoas com deficiência?

Este artigo pretende realizar uma aproximação à categoria **capacitismo**, buscando seu desenvolvimento e seu

⁴ A emenda aditiva era de autoria do Deputado Federal Edinho Bez (PMDB/SC).

significado, para a compreensão de práticas discriminatórias em face de pessoas com deficiência, tendo em vista, ainda, a necessidade de uma leitura interseccional entre gênero, deficiência e raça. Objetiva, ainda, investigar o uso daquela categoria pela Justiça do Trabalho, em particular pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). O texto se vale de estudos da área, sobretudo os desenvolvidos por pesquisadoras vinculadas à ANIS – Instituto de Bioética, como os trabalhos de Débora Diniz e Anahi Guedes de Mello.

O desenvolvimento e o uso da expressão **capacitismo**

Em inglês, a palavra *ableism* ou *disablism* indica o tratamento discriminatório destinado a pessoas com deficiência. Na dissertação de mestrado de Ana Maria Baila Albergaria Pereira, a autora propõe a tradução para a palavra portuguesa **capacitismo**, referindo-se à “discriminação com base na deficiência e [à] tirania das pessoas que se julgam ‘capazes’” (PEREIRA, 2008, p. 18-19). O termo alcança tanto as formas ativas de discriminação (como insultos, opiniões negativas e arquitetura não acessível, por exemplo), quanto as formas passivas (como discursos que consideram pessoas com deficiência merecedoras de pena e caridade, ao invés de detentoras de direitos plenos)⁵.

O termo **capacitismo** reflete, não apenas a discriminação contra pessoas com deficiência, mas, também, as raízes dessa discriminação, incluindo a constatação da “corponormatividade de nossa estrutura social pouco sensível à diversidade corporal”. Há, nesse aspecto, interligações importantes com o feminismo e a teoria *queer*. Essa última contribuiu para o surgimento da teoria *crip*, que assume o compromisso de “desenvolver uma análise da normalização do corpo contra todos aqueles que fogem dos padrões corporais/funcionais e cognitivos” (MELLO, 2016, p. 3266).

⁵ Essa pesquisa talvez esteja entre as primeiras a utilizar a expressão **capacitismo**. Num texto de 2009, aqui referido, Debora Diniz, Livia Barbosa e Wederson Rufino dos Santos indicam que a palavra *disablism* ainda não tinha tradução para a língua portuguesa.

De acordo com Anahi Guedes de Mello (2016, p. 3266), para ambas as teorias, as categorias binárias heterossexualidade/homossexualidade e capacidade/deficiência “são históricas e socialmente construídas”. Se, por um lado, a ideia de heterossexualidade compulsória direciona a crítica à obrigatoriedade da mulher de se sujeitar à maternidade e a um relacionamento heterossexual, a noção de aptidão corporal compulsória (*compulsory able-bodiedness*) diz respeito à condição (obrigatória) de um corpo são, apto e fisicamente capaz. A autora propõe que a palavra inglesa correspondente, *able-bodiedness*, seja traduzida como **corponormatividade**, referindo-se, então, a corpos capazes (em detrimento da expressão aptos). A diferença é importante:

Essa distinção etimológica é necessária para o acionamento da categoria **capacitismo**, materializada através de atitudes preconceituosas que hierarquizam sujeitos em função da adequação de seus corpos a um ideal de beleza e capacidade funcional. Com base no capacitismo discriminam-se pessoas com deficiência (MELLO, 2016, p. 3266)⁶.

Há, nesse contexto, uma mudança na compreensão da deficiência, que deve ser entendida como opressão ao corpo com impedimentos e, em razão disso, passa a ser concebida em termos políticos, em invés de estritamente biomédicos. Trata-se de conceito “que denuncia a relação de desigualdade imposta por ambientes com barreiras a um corpo com impedimentos” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 65). A deficiência é apreendida, então, não como um fenômeno que se encerra no corpo, mas como um produto social e cultural que inferioriza certas variações corporais relativamente à corponormatividade, ou seja, aos padrões considerados hegemônicos do corpo e de suas funções.⁷ Compreendida assim a deficiência, a opressão não decorre do impedimento corporal, mas da estrutura social que não responde nem atende à diversidade dos corpos (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 638).

Anahi Guedes de Mello apresenta duas relevantes razões para a incorporação da palavra capacitismo. A primeira delas é a visibilização da opressão peculiar contra as pessoas com deficiência, conferindo-lhes maior visibilidade política e social. A segunda razão se alinha aos postulados desconstrucionistas da teoria *crip*:

“O uso do termo capacitismo é, portanto, fundamental. Até recentemente, não havia, em língua portuguesa, uma palavra que descrevesse a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência e a corponormatividade que lhes é imposta”

O uso do termo capacitismo é, portanto, fundamental. Até recentemente, não havia, em língua portuguesa, uma palavra que descrevesse a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência e a corponormatividade que lhes é imposta – ao contrário de outras formas de discriminação que são nominadas, como o sexismo, a homofobia e o racismo. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o pátrio Estatuto da Pessoa com Deficiência – como será visto à frente – reproduzem esse silêncio ao conceituarem as formas de discriminação.

⁶ A autora faz referência à pesquisa de Ana Maria Baila Albergaria Pereira. Destaque no original.

(...) para desconstruir as fronteiras entre deficientes e não deficientes é necessário explorar os meandros da corponormatividade de nossa estrutura social ao dar nome a um tipo de discriminação que se materializa na forma de mecanismos de interdição e de controle biopolítico de corpos com base na premissa da (in)capacidade, ou seja, no que as

⁷ Segundo Anahi Guedes de Mello e Adriano Henrique Nuernberg (2012, p. 636), “a deficiência consiste no produto da relação entre um corpo com determinados impedimentos de natureza física, intelectual, mental ou sensorial e um ambiente incapaz de acolher as demandas arquitetônicas, informacionais, programáticas, comunicacionais e atitudinais que garantem condições igualitárias de inserção e participação social”.

peças com deficiência podem ou são capazes de ser e fazer (MELLO, 2016, p. 3267).

O uso do termo capacitismo serve, assim, para visibilizar as diversas formas de discriminação de pessoas com deficiência, ao mesmo tempo em que denuncia a corponormatividade da estrutura social, explicitando os instrumentos de controle dos corpos fundados numa definição prévia, histórica e socialmente construída de capacidade (e, por conseguinte, de incapacidade). Há implicações relevantes em termos de cidadania.

É uma exigência do Estado Democrático de Direito o reconhecimento de uma cidadania que garanta o respeito à autonomia pública e à autonomia privada. A premissa é a da equiprimordialidade entre público e privado, a serem compreendidas como dimensões complementares e não excludentes. Isso significa que os direitos inerentes à autonomia privada dos cidadãos são condições de possibilidade para o exercício dos direitos relativos à autonomia pública, e, de forma correspondente, não há pleno exercício de direitos próprios da esfera pública sem o respeito aos direitos que conformam a autonomia privada dos cidadãos (HABERMAS, 2004, p. 301-302). A cidadania não pode ser reduzida a um clientelismo que trata o cidadão como um cliente a ser tutelado pelo Estado. A expressão deve ser cidadão, e não paciente do Estado.

A complementaridade entre público e privado deve estar presente nas políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência. Temas como educação, trabalho e acessibilidade, entre outros, estão já bem discutidos, inclusive nessas políticas. São assuntos que integram a esfera pública de exercício de direitos. Não obstante, há temas da esfera privada que ainda estão longe de tratamento adequado em políticas públicas, como sexualidade, direitos reprodutivos e direito de constituir família. Trata-se de avanço indispensável para o atingimento pleno da condição de sujeitos de direitos por parte das pessoas com deficiência (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 645).



O capacitismo se refere, portanto, à discriminação que atinge o exercício dos direitos de cidadania, na medida em que as pessoas com deficiência são inferiorizadas e tratadas como “incapazes”, como resultado da corponormatividade presente na estrutural social. A deficiência é associada, nesse contexto, a “limitação” ou a “incapacidade”, negando o exercício da cidadania e a condição de sujeitos de direitos⁸. A postura capacitista “advém de um julgamento moral que associa a capacidade unicamente à funcionalidade de estruturas corporais e se mobiliza para avaliar o que as pessoas com deficiência são capazes de ser e fazer para serem consideradas plenamente humanas” (MELLO, 2016, p. 3272)⁹.

Uma leitura interseccional: deficiência, gênero e raça

Não se trata apenas de notar como os estudos sobre gênero e feminismo contribuíram para o desenvolvimento dos

⁸ É importante distinguir incapacidade e vulnerabilidade. Essa última “deve ser compreendida como um indicador da desigualdade social que se expressa nos processos de exclusão de grupos sociais que têm sua capacidade de ação e reação reduzida em função da discriminação e opressão a que são submetidos” (MELLO, 2016, p. 3274).

⁹ Destaque no original.

estudos sobre deficiência. É necessária uma abordagem que observe a interseccionalidade entre as questões de gênero e deficiência (e também de raça).¹⁰

Até recentemente, no Brasil, políticas sociais e mesmo pesquisas acadêmicas incorporaram uma perspectiva de interseccionalidade entre raça e gênero, mas raramente incluíam a deficiência. E o reverso também é verdadeiro: estudos sobre deficiência não abordavam, na mesma perspectiva, aquelas outras categorias (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 636).

E de que modo os estudos sobre gênero e feminismo contribuíram para a mudança na compreensão da deficiência?

A primeira geração dos estudos sobre deficiência desenvolveu o denominado modelo social da deficiência. Um aspecto distintivo foi a formação da UPIAS – Liga dos Lesados Físicos Contra a Segregação, que se diferenciou por ser formada e gerenciada por pessoas com deficiência e por articular uma resistência política e intelectual ao modelo médico de entendimento da deficiência. Segundo Débora Diniz (2007), o grupo de sociólogos que fundaram a UPIAS situou a deficiência como uma forma de opressão social, tal como a sofrida por outros grupos, como as mulheres e os negros. Buscou-se tratar a deficiência como uma questão multidisciplinar – e não exclusiva do campo médico sobre a lesão – e proporcionar uma leitura sociológica: a opressão pela deficiência resulta da ideologia capitalista.

Para a primeira geração, havia duas premissas fundamentais: as desvantagens das pessoas com deficiência eram decorrência mais das barreiras do que das lesões e dos impedimentos corporais; uma vez suprimidas as barreiras, as pessoas com deficiência seriam independentes – a independência era colocada como um valor ético da vida humana (DINIZ, 2007).

As teóricas da segunda geração de

10 Um dos valores da ANIS – Instituto de Bioética é justamente um “feminismo interseccional antirracista e anticapacitista”. Cf. <https://anis.org.br/quem-somos/> - acesso em 19 jun.023.

estudos sobre a deficiência questionaram essas premissas ao levar a sério os papéis de gênero e a experiência do cuidado. Com efeito, segundo Anahi Guedes de Mello e Adriano Nuernberg – a partir de pesquisa de Débora Diniz –, “a primeira geração dos Estudos sobre Deficiência era composta majoritariamente de homens com lesão medular, apontados pelas teóricas feministas como membros da elite dos deficientes e, portanto, reprodutores dos discursos dominantes de gênero e classe na sociedade” (2012, p. 638).

As teóricas feministas chamaram a atenção, pela primeira vez, à importância do cuidado, de se abordar a experiência do corpo doente, a dor e os gravemente deficientes – que jamais alcançariam o status de independência defendido pelos teóricos da primeira geração. A discussão foi, então, ampliada para além da deficiência, voltando-se ao significado do que é viver em um corpo doente ou lesado (DINIZ, 2007; MELLO; NUERNBERG, 2012).

A segunda geração dos estudos sobre deficiência se destacou pela problematização da relação entre deficiência e gênero, e também por denunciar a falta de preocupação de movimentos feministas quanto à questão da deficiência, do mesmo modo que movimentos de pessoas com deficiência não se voltam para as demais categorias identitárias – como o gênero (e a raça) – relevantes para a construção da identidade das pessoas com deficiência. Para as feministas da segunda geração, as mulheres com deficiência estão numa situação de dupla desvantagem, em razão da discriminação pelo gênero e pela deficiência – a situação pode se tornar ainda mais complexa se combinada com outras categorias, a saber, raça/etnia, classe, orientação sexual, geração, região e religião (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 639/640).

O Preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009) reconhece, a propósito, que “mulheres e meninas com deficiência estão frequentemente expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração” (item “q”); e ressalta que é necessário “incorporar a perspectiva de gênero aos esforços para promover o pleno

exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por parte das pessoas com deficiência” (item “s”).¹¹

Podem ser delineados três eixos importantes de articulação entre os estudos feministas e de gênero e os estudos sobre deficiência, assim listados por Anahi Guedes de Mello e Adriano Nuernberg (2012, p. 640): “o pressuposto da desnaturalização do corpo”; “a dimensão identitária do corpo”; e “a ética feminista da deficiência e do cuidado”.

Uma das implicações da articulação acima é a constatação de que a deficiência deve ser uma categoria a ser incorporada quando se fala de processos de gênero (como masculinidade, tida como contraposta à deficiência, e feminilidade, que reforça mutuamente a deficiência).

Outra implicação é abordar, nas pesquisas, não apenas a situação das mulheres com deficiência, mas também a das mulheres que exercem o cuidado (cuja taxa de desocupação é mais elevada, provavelmente em razão dos trabalhos de cuidado). Esse foi um dos avanços que as pesquisas sobre feminismo levaram ao modelo social da deficiência. Como indicado, a primeira geração dos estudos sobre deficiência não reconhecia a dimensão do cuidado – que parecia contrariar a noção de independência (ou busca pela independência). A perspectiva feminista da deficiência deu visibilidade à dimensão do cuidado e expôs, no âmbito político, esse aspecto tão restrito à vida privada e, com isso, recuperou a condição da mulher cuidadora, com frequência excluída de políticas públicas destinadas a mulheres e a pessoas com deficiência (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 642).

11 O artigo 6º da Convenção repete o reconhecimento constante do Preâmbulo e estabelece compromissos aos Estados Partes: “1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção” (BRASIL, 2009).

A perspectiva a ser adotada é a de que a dependência é inerente à condição humana. Como afirmou a filósofa estadunidense Eva Kittay, “todos somos filhos de uma mãe”. É necessário desnaturalizar o cuidado como uma atividade típica ou naturalmente feminina. Para muitas pessoas com deficiência, a garantia do cuidado deve ser vista como um direito fundamental indispensável para a preservação da vida e a realização da dignidade humana. Por isso, tem-se a defesa de uma ética do cuidado pautada por direitos humanos e que reconheça a deficiência como uma condição própria à diversidade dos seres humanos (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 642). Compreende-se, assim, a proposta de Kittay de substituir a expressão independência, presente na primeira geração de estudos sobre deficiência, pela noção de interdependência, como valor aplicável a todas as pessoas, com ou sem deficiência. Daí falar-se também em igualdade na interdependência (DINIZ, 2007).

Mello e Nuernberg (2012, p. 643) assim sintetizam o impacto dessa mudança:

Há, pois, uma proposição ética que se desdobra dessas reflexões: uma ética feminista do cuidado que transcende à questão da deficiência, que nos alerta a respeito de nossa condição de interdependência e que reconhece o valor do cuidado como uma necessidade humana, implicando uma mudança política fundamental em torno de fronteiras sociais e ideológicas para que sejam compatíveis com a noção de justiça e de direitos humanos.

Os estudos feministas contribuem, ainda, para a desnaturalização do corpo no âmbito dos estudos sobre deficiência¹², para a abordagem da questão da sexualidade, de direitos reprodutivos e do direito de constituir família – aliás, esses últimos, como já indicado acima, são temas próprios

12 Com efeito, “(...) as teorias feministas levam esse debate para além da crítica ao corpo perfeito e às barreiras de acesso, à medida que contemplam uma análise profunda sobre o estatuto social e cultural do corpo, sobre a política da aparência, a medicalização do corpo e da subjetividade e a construção social da identidade no contexto do corpo considerado deficiente” (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 643-44).

da esfera privada que ainda não foram adequadamente tratados em políticas públicas, diferentemente de outros temas já incorporados à esfera pública, como trabalho e educação.

Também há um ponto relevante de intersecção entre os dois campos de estudos na temática da violência de gênero – até porque muitas mulheres que sofrem violência de gênero passam a ser pessoas com deficiência. Isso não significa, no entanto, deixar de lado as características próprias de cada tipo de violência:

O isolamento social, a dependência de educadoras/es, cuidadoras/es e prestadoras/es de serviços, o tipo de deficiência e o grau de funcionalidade associada à deficiência, a impossibilidade de defesa física de algumas pessoas com deficiência e diversos outros impedimentos à percepção e à reação diante do abuso levam a situações de maior risco desse grupo social (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 647).

Curiosamente, embora haja pesquisas que fazem a interseccionalidade entre raça e gênero e também entre gênero e deficiência, ainda há pouco que articule, ao lado desses últimos, a raça.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências e as estatísticas brasileiras

O Brasil ratificou, em 2008, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007. A Convenção foi aprovada, no Congresso Nacional, segundo o procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição, e tem, portanto, natureza de emenda constitucional. No plano interno, a Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

Em seus princípios gerais, a Convenção indica, entre eles, “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a

liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”, o que é coerente com uma postura de reconhecimento de cidadania, na perspectiva da garantia de condições para o exercício da autonomia nas dimensões privada e pública. Com efeito, contra a noção de incapacidade, o art. 12 da Convenção (BRASIL, 2009) afirma o direito das pessoas com deficiência ao reconhecimento como pessoas perante a lei, que “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (item 2).

A pessoa com deficiência é considerada, no art. 1º, como a que tem “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2009).

A Convenção redefine a deficiência combinando uma matriz biomédica, que lista os impedimentos corporais, com uma matriz de direitos humanos, que explicita a opressão.

Assim, “para a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, a desvantagem não é inerente aos contornos do corpo, mas resultado de valores, atitudes e práticas que discriminam o corpo com impedimentos” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 66).

Discriminação, nos termos do art. 2º da Convenção, corresponde a:

qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer

outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável (BRASIL, 2009).

Aqui também fica evidente a articulação dos conceitos de deficiência e discriminação numa perspectiva de acesso e exercício de cidadania e de direitos humanos.

O artigo 27 da Convenção cuida de garantias e proteções em matéria de trabalho e emprego, voltadas à igualdade de oportunidades, à proibição de discriminação, à promoção de oportunidades e de aquisição de experiência e à realização de adaptações razoáveis, entre outras finalidades. Há também, no mesmo dispositivo (em seu item 2), o compromisso dos Estados Partes de que pessoas com deficiência “não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório” (BRASIL, 2009).

Em consonância com a Convenção, foi instituída a Lei nº 13.146/2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, que pretende, consoante o art. 1º, “assegurar e (...) promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015b).¹³

A noção de igualdade e de garantir condições isonômicas permeia a definição legal de pessoa com deficiência, repetindo-se os termos da Convenção.

O Estatuto dispõe sobre conceitos relevantes para a identificação de garantias a serem observadas e de situações que podem impedir, à pessoa com deficiência, o exercício de direitos e liberdades fundamentais. Entre outros, pode-se mencionar os conceitos de acessibilidade, barreiras, comunicação e adaptações razoáveis (art. 3º, I, IV, V e VI). Tais definições são particularmente relevantes no ambiente de trabalho, na perspectiva da garantia de igualdade e de

13 O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou diversas regras da Lei nº 10.098/2000.

não discriminação nas relações laborais, seja para fins de admissão, exercício do trabalho, ascensão profissional e manutenção do emprego. Afinal, o Estatuto (BRASIL, 2015b) prevê o “direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e [a pessoa com deficiência] não sofrerá nenhuma espécie de discriminação” (art. 4º). O conceito de discriminação também é estabelecido e inclui a recusa de adaptações razoáveis, entre outras condutas (at. 4º, § 1º), na mesma linha da Convenção Internacional.

As garantias concernentes à materialização do direito ao trabalho constam de capítulo específico (VI) no Estatuto (artigos 34 a 37). Há proteções voltadas ao ambiente laboral, que seja acessível e inclusivo, e à igualdade de oportunidades com as demais pessoas (art. 34, *caput*). O texto legal confere particular ênfase à garantia de igualdade de oportunidades à pessoa com deficiência, ao tratar, por exemplo, do acesso a cursos, planos de carreira e promoções (art. 34, § 4º). Há regras, ainda, sobre habilitação e reabilitação profissional, bem como inclusão da pessoa com deficiência no trabalho (seções II e III).

Em momento algum, porém, como já indicado, é utilizada a expressão **capacitismo**.

A despeito das normas acima indicadas – e de outras¹⁴ –, as estatísticas ainda mostram muitas dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência quanto à garantia de direitos fundamentais. Por uma questão metodológica, vamos recortar aqui os dados sobre trabalho.

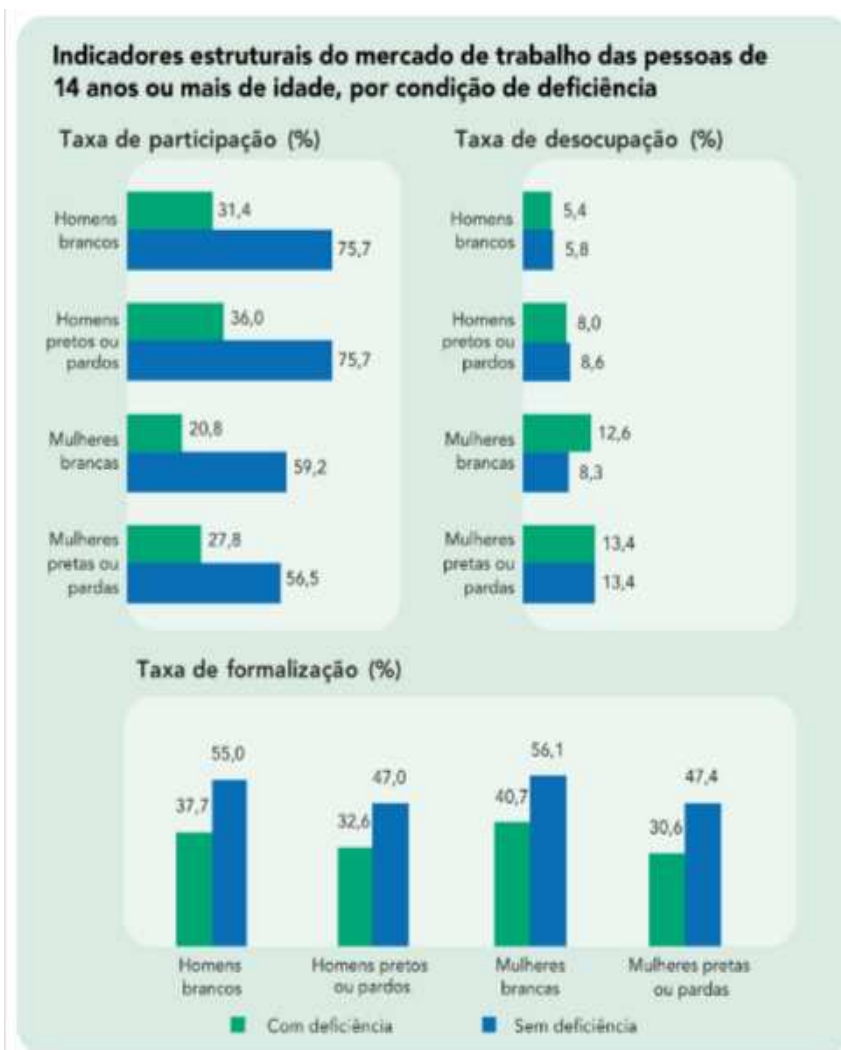
De acordo com o relatório de 2022 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a partir de informações coletadas principalmente na Pesquisa Nacional de Saúde de 2019, foram identificadas 17,2 milhões de pessoas com deficiência de dois ou mais anos de idade, correspondendo a 8,4% da população nessa faixa etária. A

14 Além da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, podem ser mencionadas a Lei nº 8.213/1991, que define, nos artigos 89 a 93, regras sobre habilitação e reabilitação profissional e garantias à contratação de pessoas reabilitadas ou com deficiência, incluindo condições para a dispensa; e a Convenção nº 159 da OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, ratificada pelo Brasil em 18.5.1990 e promulgada em 22.5.1991.

deficiência se concentra em pessoas com mais idade, pois, entre aquelas com 60 ou mais anos de idade, 24,8% tinham alguma deficiência; no contingente de 2 a 59 anos, o resultado é de 5,1%. O perfil é mais feminino (9,9%) do que masculino (6,9%). E a proporção é maior entre pessoas pretas ou pardas (8,7%) do que entre brancas (8,0%).

Especificamente no âmbito do trabalho, a taxa de participação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho foi de 28,3% e a de formalização, de 34,3%, muito inferiores do que as das pessoas sem deficiência, 66,3% e 50,9% respectivamente. A taxa de desocupação (10,3%) é superior à das pessoas sem deficiência (9,0%)¹⁵.

Além disso, os dados mostram como as desvantagens no mercado são cumulativamente maiores para mulheres e pessoas pretas ou pardas (IBGE, 2019):



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional de Saúde 2019

Nota: A taxa de formalização inclui empregado e trabalhador doméstico com carteira de trabalho assinada, militar, funcionário público estatutário e empregador

15 Como é explicado no relatório, “tal diferença de 1,3 ponto percentual, embora possa parecer pequena, é digna de nota, pois a desocupação é negativamente correlacionada com a idade, e as pessoas com deficiência são relativamente mais idosas do que as pessoas sem deficiência” (IBGE, 2022, p. 3).

Com relação ao rendimento do trabalho, em 2019, a média recebida por pessoas com deficiência era de R\$ 1.639,00 por mês, o que equivale a 2/3 do rendimento médio das pessoas sem deficiência (R\$ 2.619,00).

Outro aspecto contido no relatório do IBGE destaca a questão do cuidado e a inserção no mercado de trabalho de pessoas de 15 a 59 anos de idade quanto havia criança (entre 2 e 14 anos de idade) e idosos (a partir de 60 anos) com deficiência no domicílio. Com frequência, o atributo do cuidado recai sobre as mulheres. As taxas de desocupação se mostraram maiores, segundo a pesquisa, nas situações em que havia crianças ou idosos com deficiência no domicílio. Ainda de acordo com o relatório, “as maiores diferenças, independentemente da condição de deficiência das pessoas de 15 a 59 anos de idade, foram encontradas entre a taxa de desocupação do total de mulheres (11,6%) e a taxa de desocupação das mulheres em domicílios com crianças com deficiência (16,1%)” (IBGE, 2022, p. 5).

A Justiça do Trabalho perante casos de práticas capacitistas

As estatísticas acima apontam para algumas dificuldades em termos de inclusão, permanência e igualdade de oportunidades de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. E qual tem sido a resposta da Justiça do Trabalho e, em particular, do Tribunal Superior do Trabalho perante demandas que envolvem essas garantias, previstas no ordenamento jurídico e, em especial, na Convenção Internacional de 2007? Será que o Poder Judiciário Trabalhista incorporou ao discurso judicial a categoria **capacitismo** para visibilizar a opressão peculiar sofrida por pessoas com deficiência?

Podemos mencionar alguns precedentes¹⁶. Em um deles, o Tribunal Superior do Trabalho manteve o acórdão do

16 É interessante observar que, ao se fazer uma pesquisa pela expressão **capacitismo** em ementas de julgados do Tribunal Superior do Trabalho, no sítio do Tribunal na internet (www.tst.jus.br), não são identificadas ocorrências do termo. Há um caso em que o acórdão do TST transcreve a decisão do TRT, que se utiliza da expressão **capacitismo**. No entanto, a Corte Superior, ao examinar o recurso, se limitou a classificar a prática empresarial como ato ilícito (BRASIL, 2023b).

Tribunal Regional do Trabalho que deferiu indenização por danos morais à trabalhadora porque, sendo ela pessoa com deficiência auditiva, participava de reuniões mensais no Banco e, em algumas dessas reuniões, não havia intérprete para lhe auxiliar. A Corte entendeu que não foi cumprida a obrigação de promover a acessibilidade, diante da barreira à comunicação e à informação (BRASIL, 2017).

Em outro caso, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública em face da Obras Sociais e Educacionais de Luz para obrigar a ré a cumprir a cota legal (do art. 93 da Lei nº 8.213/1991) e pagar indenização por dano moral coletivo. O *Parquet* argumentou que a empresa não se esforçou para o atendimento da cota e, em certas ocasiões, exigiu atributos desproporcionais e sem relação com as funções a serem desempenhadas.

O Tribunal Regional do Trabalho manteve a sentença, que julgou improcedentes os pedidos. Do acórdão, é possível observar o seguinte trecho, para justificar a exigência de conhecimentos de informática e língua inglesa para as funções de auxiliar de limpeza e atendente de portaria:

Diferentemente do que pretende fazer crer o recorrente, os atributos exigidos dos candidatos demonstraram certa conexão e proporcionalidade com os cargos ofertados. Ora, nos dias atuais, é cediço que conhecimentos básicos de inglês e informática são oferecidos no ensino fundamental e médio. Logo, não cabe falar que essas exigências para as funções de ‘auxiliar de limpeza’ e de ‘atendente de portaria’ constituem-se em artifício utilizado para não contratar pessoas com deficientes ou reabilitadas.

Vale registrar, ainda, que por diversas ocasiões foi possível identificar a ausência ou o desinteresse dos candidatos convocados para as entrevistas de emprego (fls. 893/895).

Não se pode compelir uma empresa a contratar pessoas despreparadas, sem noção técnica para o cargo que irá ocupar, despidas de habilidades básicas e necessárias para o seu desempenho. Obrigar empresas a contratar qualquer um, sem que se atente para a qualificação profissional, significa não zelar pelo empreendimento empresarial (BRASIL, 2023a).

O Tribunal Superior do Trabalho reformou o acórdão regional. Entre outros fundamentos, indicou a configuração de discriminação por sobrequalificação:

A obrigação não é afastada pelo argumento encampado pela decisão regional no sentido de que a reclamada tem envidado esforços no sentido de cumprir a legislação e não o faz apenas por impossibilidade de encontrar mão de obra qualificada. O tratamento normativo atribuído à temática, a partir da legislação mencionada, a primeira delas com equivalência a Emenda Constitucional, impõe o dever de qualificação por parte do empregador, o que significa não mais adaptar a pessoa ao posto de trabalho, mas este àquela, até mesmo para não caracterizar a denominada “discriminação em razão da deficiência” por meio da recusa em promover as adaptações razoáveis (artigo 4º, § 1º, da Lei nº 13.146/2015).

(...)

Ora, considerando-se a realidade de trabalho das pessoas que trabalham como auxiliares de limpeza ou como atendentes de portaria, não parece razoável a exigência de que os candidatos apresentem conhecimentos em inglês e informática. Não há, nos autos, justificativa para tal exigência.

Obviamente que a solicitação de

tais qualificações restringiu de forma significativa a quantidade de possíveis candidatos com deficiência. Trata-se de exigência que contraria o direito à inclusão (...) e caracteriza “discriminação por sobrequalificação” (BRASIL, 2023a)¹⁷.

Em ambos os casos, embora a Corte pareça bem aplicar os institutos e as garantias jurídicas, sobretudo as contidas da Convenção Internacional de 2007 e na Lei nº 13.146/2015, em nenhum momento classifica a prática empresarial como uma forma de capacitismo. A questão é resolvida pelo Tribunal com o uso de modalidades de discriminação, mas sem a incorporação, no discurso judicial, da nomenclatura que denomina a opressão específica contra pessoas com deficiência e as raízes sociais dessa opressão – tampouco há referência a uma leitura interseccional envolvendo raça e gênero. Ocorre que, como visto no início, a utilização da expressão capacitismo é fundamental para conferir visibilidade à discriminação peculiar sofrida por pessoas com deficiência e para jogar luzes à corponormatividade arraigada na sociedade.

Considerações finais

Há uma carga semântica relevante no termo **capacitismo**. Segundo o que foi abordado aqui, existem discriminações específicas que são dirigidas a pessoas com deficiência e que decorrem de formas de vedação de acesso, de direitos e de oportunidades e do controle político social exercido sobre os corpos, hierarquizando as pessoas a partir da premissa que ativa a distinção capacidade/incapacidade. A expressão **capacitismo** permite, então, visibilizar as pessoas com deficiência, as discriminações sofridas e a estrutura social que retroalimenta a hegemonia do corpo e de suas funções, isto é, a corponormatividade.

A compreensão do capacitismo exige

17 Vale lembrar que o art. 27 da Convenção Internacional de 2007 estabelece a finalidade de “promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho” (item 1, “j”).

uma leitura que se atente à interseccionalidade entre deficiência, gênero e raça, o que fica evidente pela importante contribuição dos estudos feministas para a perspectiva sobre a deficiência.

No campo das relações laborais e de seu tratamento pelo Poder Judiciário, ainda falta à Justiça do Trabalho, sobretudo ao Tribunal Superior do Trabalho, a incorporação do instrumental teórico e sociológico adequado para o enfrentamento das demandas que envolvem situações de capacitismo. Apesar da utilização dos conceitos jurídicos previstos nas normas pertinentes, como a Convenção Internacional de 2007, o uso da categoria capacitismo no discurso judicial permitiria à Justiça do Trabalho, de uma parte, endereçar-se, de modo mais preciso, a formas específicas de discriminação, e, de outra parte, responder à correspondente demanda por afirmação e reconhecimento de direitos de pessoas com deficiência. E essa é uma questão fundamental em termos de exercício de cidadania.

Referências

BRASIL. Lei nº 7.573, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Ensino Profissional Marítimo. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 1986.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.343-A, de 2015. Altera a Lei nº 7.573, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Ensino Profissional Marítimo. Publicação do Parecer das Emendas Apresentadas em Plenário. Emenda nº 4/2015. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LXX, nº 132. Brasília, DF, 12 ago 2015a, p. 382.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho

de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jul. 2015b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 2463-55.2014.5.02.0029. Relatora Ministra Kátia Arruda. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5760. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Diário Eletrônico de Justiça**, Brasília, DF, 26 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Recurso de Revista nº 1001046-33.2017.5.02.0712. Rel. Min. Cláudio Brandão. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 26 maio 2023a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 357-96.2021.5.10.0015. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 15 set. 2023b.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

DINIZ, Debora Diniz; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. SUR: **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 6, n. 11, dez. 2009, p. 65-77.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 2.ed.. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estudos e Pesquisas: Informação Demográfica e Socioeconômica**. n.47, 2022;

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional de Saúde 2019**. IBGE, 2019.

MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n.10, 2016.

MELLO, Anahi Guedes de; NUERNBERG, Adriano Henrique. **Gênero e deficiência**: interseções e perspectivas. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 20, n.3, set.-dez. 2012

PEREIRA, Ana Maria Baila Albergaria. **Viagem ao interior da sombra**: deficiência, doença crônica e invisibilidade numa sociedade capacitista. Dissertação de Mestrado em Sociologia. Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, Centro de Estudos Sociais, 2008.

TRINDADE, André Karam; KARAM, Henrieta. Polifonia e verdade nas narrativas processuais. **Sequência**. Florianópolis: n. 80,, dez. 2018.

Foto de capa: [Freepik](#)

Foto 1: [Freepik](#)



SAÚDE PROFISSIONAL DA MULHER: UMA QUESTÃO DE GÊNERO

Rosane Gauriau¹

RESUMO

O artigo visa examinar a saúde ocupacional feminina numa perspectiva de gênero. A pesquisa se desenvolve a partir de investigação teórico-bibliográfica. O método é dedutivo-indutivo e a abordagem é interdisciplinar. Defende-se a tese de que a perspectiva de gênero é primordial para assegurar, de maneira efetiva, a saúde profissional da mulher. Sem a pretensão de exaurir o tema, a primeira parte do artigo analisa a saúde ocupacional da mulher com enfoque no gênero, a partir dos riscos e doenças ocupacionais a que estão sujeitas. Na segunda parte, examina-se a possível evolução jurídica necessária para salvaguardar a saúde ocupacional feminina. Tal evolução implica transcender a visão androcêntrica centrada no 'homem médio' e a adoção de uma interpretação jurídica que inclua a

¹ Pesquisadora; Jurista; Doutora em Direito (summa cum laude) pela Université Paris 1- Sorbonne. Mestre em Droit des Entreprises, Université d'Angers. Membro associado do Centre Jean Bodin, Recherche Juridique et Politique, CJB, EA n° 4337, Université d'Angers. Membro do Institut de Psychodynamique du travail, Paris; ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1459466282373406>. <https://orcid.org/0000-0002-3124-736X>. Email :profgrauriau@gmail.com

perspectiva de gênero. Além disso, enfatiza-se a importância da implementação de medidas preventivas para a consecução de tal fim. A título conclusivo, afirma-se que a adoção da perspectiva de gênero é crucial para avançar rumo a um novo paradigma de trabalho que reconheça e valorize as especificidades, e singularidades inerentes à condição feminina. **Palavras-chave:** Saúde Profissional; Gênero; Mulher; Riscos Profissionais; Doenças Profissionais.

Introdução

Ao longo dos séculos, a mitologia, a literatura e outras formas de expressão cultural abordaram o trabalho feminino, a partir do espaço doméstico e do cuidado. Na mitologia chinesa, a deusa Kuan Yin simboliza a compaixão e o cuidado. Hera, na mitologia grega é a deusa do casamento e da família, Héstia, a deusa do lar e do "fogo sagrado" (ou fogo doméstico). Na Odisseia de Homero, Penélope é retratada como uma esposa dedicada que espera pacientemente pelo retorno de seu marido, Ulisses, enquanto cuida do lar. *Mother and child* de Pablo Picasso (1905) destaca a relação entre a mulher e seu bebê, a maternidade e o cuidado.

O tema adquire nova dimensão no século XX com a expansão do trabalho feminino fora do espaço doméstico. Neste sentido, vale citar o emblemático ensaio filosófico de Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo* (*Le Deuxième Sexe*, 1949), que propõe uma análise sobre a opressão das mulheres e como a cultura e a sociedade têm, historicamente, relegado as mulheres ao papel de “outro”, do segundo sexo. Esse quadro de subordinação se estende ao ambiente profissional e revela as barreiras que as mulheres enfrentam para alcançar igualdade e autonomia. De forma semelhante, *A Mística Feminina*, de Betty Friedan (*The Feminine Mystique*, 1963), critica a idealização limitante da mulher como esposa e mãe, construída pela classe média americana como fundamento do *American Way of Life*, a qual, além de restritiva, limita as oportunidades e aspirações profissionais femininas a papéis domésticos.

Historicamente, o trabalho feminino é frequentemente associado a atividades que envolvem o cuidado e a preocupação com o outro, considerados como características “naturalmente femininas”. Estas atividades abrangem as tarefas domésticas, o cuidado emocional e físico familiar, muitas vezes não remunerados, socialmente invisível e desvalorizado (HIRATA, 2016, p.2-8); (ABRAMO; VALENZUELA, 2013, p.184). Esses papéis tradicionalmente femininos estão fundamentados em uma relação hierárquica entre os gêneros, isto é, numa relação de poder e de construções sociais profundamente arraigadas (KERGOAT, 2009 p.67-70).

Isto se dá porque a divisão do trabalho entre homens e mulheres é intrinsecamente relacionada aos papéis sociais estabelecidos ao trabalho produtivo e doméstico. O primeiro é tradicionalmente atribuído aos homens e o segundo é destinado às mulheres. Dentro dessa lógica, às mulheres, a reprodução; aos homens, a produção. E a produção é valorizada em detrimento da reprodução: “produção vale mais que reprodução, produção masculina vale mais que produção feminina (mesmo quando uma e outra são idênticas)” (KERGOAT; HIRATA, 2003, p. 34). Assim, “um trabalho de homem ‘vale’ mais

do que um de mulher”. (KERGOAT, 2009 p.67)

Esta desvalorização histórica do trabalho feminino ainda persiste. No Brasil, em 2015, a jornada total média semanal das mulheres superava em 7,5 horas a dos homens (53,6 horas semanais contra 46,1 horas/homens) (IPEA, 2015, p.4). Na União Europeia, antes da pandemia da COVID-19, 37,5% das mulheres dedicavam-se diariamente ao cuidado de crianças, idosos ou pessoas com deficiência. Isto representa, em média, cerca de 13 horas adicionais de trabalho feminino por semana não remunerado (PARLAMENTO EUROPEU, 2022, p.3).

Embora tenham ocorrido avanços na valorização do trabalho feminino, no campo da saúde ocupacional progressos são necessários, pois certas particularidades da saúde da mulher ainda são desconhecidos, negligenciados e/ou insuficientemente considerados no ambiente laboral. Parcos são os estudos e políticas públicas com enfoque no gênero. Consequentemente, desafios biológica e socialmente singulares à condição feminina permanecem invisíveis.

Este artigo pretende, num contexto interdisciplinar (notadamente, por meio da sociologia e da medicina), destacar esses desafios e demonstrar a importância de uma abordagem de gênero, em matéria de saúde profissional da mulher. O objetivo é discutir as diferenças específicas e as desigualdades que as mulheres enfrentam em relação aos homens, na saúde no trabalho, bem como, sem a pretensão de exaurir o assunto, apontar pistas de reflexão para evolução do tema.

Dito isto, iremos analisar, na primeira parte deste estudo, os motivos pelos quais a saúde profissional da mulher deve ser analisada sob a perspectiva de gênero. Na segunda parte, a possível evolução da proteção jurídica de sua saúde, sob esta mesma ótica do gênero.

Saúde da Mulher e a perspectiva de Gênero

O termo “sexo” refere-se às

características biológicas que diferenciam homens e mulheres. O termo “gênero” refere-se às construções sociais associadas a mulheres e homens que incluem fatores econômicos políticos, culturais, padrões de comportamento e aspectos de identidade individual:

A epidemiologista Nancy Krieger, ressalta que o termo gênero foi introduzido nas pesquisas em saúde como uma forma de clarificar o pensamento em face do ressurgimento do movimento feminista na metade do século XX. Uma das preocupações do movimento feminista era discutir as diferenças observadas nos papéis sociais e na inserção de homens e mulheres nas sociedades capitalistas do Ocidente. Entre os aspectos e desigualdades enfocados estavam as diferenças em saúde. O centro do debate feminista questionava se essas diferenças eram todas derivadas de características inatas relacionadas ao sexo ou se poderiam ser atribuídas a convenções culturais construídas socialmente no processo de educação e aculturação de homens e mulheres, que acabavam por moldar não apenas características masculinas e femininas, mas também padrões de relacionamento entre homens e mulheres. Para diferenciar este último aspecto, foi proposto o conceito de gênero. Conforme destaca Nancy Krieger, todos nós somos definidos tanto pelo nosso sexo quanto pelo nosso gênero. O sexo, que é biologicamente determinado, influencia algumas de nossas condições de saúde. Já o gênero é o resultado do processo sociocultural que estabelece os papéis femininos e masculinos na sociedade e define as relações entre homens e mulheres. Portanto, há uma relação de mútua determinação entre sexo e gênero, sendo que este último possui uma maior hierarquia na produção dos estados de saúde. Assim, as desigualdades em saúde observadas entre homens e mulheres devem ser analisadas considerando-

se tanto as relações de gênero quanto as peculiaridades do sexo biológico (BARATA, 2009, p.73-75).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, embora as mulheres apresentem uma expectativa de vida superior a dos homens, elas também apresentam maiores taxas de morbidade. Doenças cardiovasculares são a principal causa de morte entre as mulheres. Em relação aos cânceres, os mais comuns são os de colo de útero e mama, sendo o câncer de pulmão o mais letal. Depressão é predominante entre mulheres. Comportamentos auto agressivos, incluindo o suicídio, representaram em 2015, a segunda principal causa de morte entre mulheres de 15 a 29 anos. Uma em cada três mulheres pode sofrer violência física e/ou sexual ao longo da vida. (OMS, 2018).

Estes dados evidenciam que a saúde da mulher é afetada por diferenças relacionadas ao sexo e ao gênero. Portanto, a saúde de homens e mulheres requer uma análise diferenciada, por ser o reflexo dos diversos papéis sociais que lhes são atribuídos, os quais resultam de uma relação de poder e hierarquia (APFELBAUM, 2009, p.76).

Todavia, a saúde profissional não foi historicamente forjada à partir desta perspectiva: o corpo, tradicionalmente protegido pelo Direito do Trabalho, é o do trabalhador “homem médio”, “indivíduo-masculino-padrão”. E esta visão antropocêntrica tem várias consequências.

No campo médico ocupacional, esta visão resulta na prevalência do corpo masculino como a referência padrão de saúde profissional, originando políticas públicas de prevenção e avaliação dos riscos ocupacionais, de doenças e acidentes profissionais baseados em critérios masculinos (o “homem médio” ou “indivíduo-masculino-padrão”) (VIDAL; SALLE, 2017,p.10).

No ambiente de trabalho, o *design* e a ergonomia da maioria dos postos de trabalho, equipamentos e ferramentas, bem como os métodos de avaliação de riscos profissionais

baseiam-se no “homem-médio”. Como consequência, equipamentos de segurança (EPI’s), como luvas, capacetes e vestimentas de proteção, muitas vezes não se adequam às particularidades do corpo feminino comprometendo a sua eficácia. Da mesma forma, móveis e cadeiras, ao ignorarem as especificidades morfológicas e fisiológicas das mulheres, contribuem para o surgimento de riscos e doenças profissionais.

Contudo, não existe um “indivíduo-masculino-padrão”.

A intersecção entre saúde e trabalho é complexa, influenciada por fatores sociais, econômicos, culturais e são afetados pelas relações de gênero desempenhando um papel determinante na compreensão da saúde profissional.

A partir dessa perspectiva, pode-se afirmar que os riscos profissionais a que estão sujeitos as trabalhadoras e os trabalhadores são diferentes envolvendo variáveis diversas como profissão, ritmo de trabalho, dupla jornada, estabilidade no emprego (ou precariedade), qualidade de vida, equilíbrio entre vida privada e profissional, tempo de transporte, etc.

Ocorre que, as normas em matéria de saúde ocupacional ainda têm como base o “homem médio” e ignoram o enfoque do gênero. Dentre as consequências possíveis deste cenário, saliente-se o aumento dos riscos profissionais e das doenças ocupacionais femininas.

Riscos profissionais

Dados em saúde ocupacional desconsideram que as mulheres frequentemente enfrentam riscos físicos e psicossociais singulares, e que permanecem invisíveis ou silenciosos no ambiente laboral. É importante ressaltar que esses riscos são frequentemente negligenciados devido à falta de pesquisas científicas, à partir do enfoque do gênero.

Dentre os riscos físicos, citem-se



os riscos ergonômicos decorrentes do uso de materiais e equipamentos inadequados às mulheres (supra), bem como o risco de exposição a substâncias nocivas e potencialmente cancerígenas em profissões predominantemente femininas, como nos setores da saúde, beleza ou serviços de limpeza.

Dentre os riscos psicossociais (RPS) merece destaque inicialmente a sobrecarga de trabalho decorrente da dupla jornada.

A concepção antropocêntrica do trabalho desconsidera a dupla jornada feminina, sua carga mental e seu impacto em termos de saúde mental. Estudos revelam que distúrbios psiquiátricos menores estão relacionados à dupla jornada das mulheres (ERVIN, 2022, p.775).

A organização do trabalho frequentemente não considera as responsabilidades adicionais da mulher decorrente de sua dupla ou tripla jornada (TAVARES; BARBOSA, 2015, p.3), a qual pode ter impacto significativo em sua saúde, além de acentuar desigualdades no campo profissional.

Há uma minimização da carga mental das mulheres e dos riscos biopsicossociais que ela representa.

A carga mental corresponde à capacidade humana mobilizada para a execução de uma tarefa. Inclui a carga cognitiva que é demandada na gestão das responsabilidades domésticas e parentais no dia a dia. Traduz-se na antecipação constante dessas responsabilidades, muitas vezes realizadas paralelamente às obrigações profissionais. Trata-se de verdadeiro trabalho feminino invisível, pois o tempo total – e a carga mental- dedicadas à essas atividades domésticas e familiares, repita-se, predominantemente suportado pelas mulheres, não é social ou economicamente reconhecido e valorizado (ROBERT; TOUPIN, 2018, p.7-20); (BUSBY, 2011, p.18) .

As mulheres também estão expostas a fatores psicossociais como assédio, discriminação ou violência – doméstica, no trabalho ou exercida por terceiros – e que podem ter efeitos em seu bem-estar mental e emocional (Cf. Convenção nº190 da OIT sobre Violência e Assédio) (OIT, 2019).

Saliente-se ainda que grande parte do trabalho feminino nos setores de limpeza, cuidado e beleza são mal remunerados, apresentam grande vulnerabilidade econômica e condições precárias de trabalho, o que pode acentuar desigualdades no acesso à saúde ocupacional e pública. Esses fatores podem contribuir para um maior desgaste psicológico e emocional das trabalhadoras, representando um potencial risco psicossocial. Nessas condições laborais, as mulheres gozam de menor autonomia, um outro fator de RPS.

A exposição aos riscos acima mencionados pode ter consequências na saúde das trabalhadoras, além da fadiga e estresse, doenças cardiovasculares, câncer, patologias psíquicas, como depressão, esgotamento profissional (*burn out*) ou até mesmo suicídio podem ser mencionados (FLÈCHE *et. al.*, 2018, p.163-68).

Destaque-se enfim a percepção coletiva de que a penosidade no trabalho é predominantemente masculina, associada a esforços físicos, ambiente ruidoso e viril, tendo como consequência, a equivocada percepção de que as profissões femininas são menos perigosas ou cansativas. Logo, os riscos profissionais são igualmente minimizados e as políticas de prevenção insuficientemente desenvolvidas, o que pode representar outro fator de RPS, a saber, a falta de reconhecimento do trabalho da mulher.

Doenças profissionais: saúde feminina

Distúrbios musculoesqueléticos, câncer e outros problemas relacionados à saúde sexual e reprodutiva das mulheres também são frequentemente subestimados ou mesmo ignorados no ambiente de trabalho. Isto ocorre sob a premissa equivocada da “fragilidade feminina” ou de que, como dito, os desafios enfrentados pelas mulheres no local de trabalho são menos perigosos ou exigentes do que aqueles enfrentados pelos homens. Tais argumentos também são invocados para justificar a fadiga resultante da dupla jornada de trabalho das mulheres e sua consequente carga mental, bem como os desgastes físicos e psíquicos decorrentes.

Igualmente, a saúde reprodutiva das mulheres muitas vezes é relegada a segundo plano nas discussões sobre saúde e organização do trabalho. Assim, por exemplo, mulheres são afetadas por variações hormonais que podem ter consequências em seu estado de saúde, manifestando-se por meio de enxaquecas, fadiga, osteoporose e distúrbios digestivos. A fragilidade óssea associada à osteoporose pode aumentar as consequências de transtornos musculoesqueléticos e os riscos de acidentes profissionais. A endometriose, gravidez (ainda um motivo de discriminação no mundo do trabalho), dores menstruais ou mesmo a menopausa podem ter um impacto significativo na capacidade de trabalho feminina e na organização laboral. São frequentemente desconsiderados pela organização do trabalho e na avaliação dos riscos ocupacionais.

Em relação ao câncer profissional, urge uma abordagem de gênero. Isto porque, em certas profissões, predominantemente femininas, muitas trabalhadoras estão expostas a agentes cancerígenos que nem sempre são devidamente sopesados, vis-à-vis dos riscos ocupacionais incorridos e da prevenção necessária (VIDAL, 2020, p.5-6). Tal decorre porque as doenças profissionais foram, como dito, principalmente definidas a partir do “indivíduo-masculino-padrão” e desconsideraram as realidades das trajetórias sócio-profissionais e as especificidades biológicas femininas.

A corroborar, cite-se o trabalho no setor de limpeza, eminentemente feminino, cujos 7 (sete) agentes cancerígenos presentes nos produtos de limpeza, bem como a exposição ao amianto causada por alguns tipos de escovas de limpeza são por vezes ignorados ou menosprezados, em termos de risco ocupacional “feminino”. A potencial consequência desta negligência é, e.g., a eclosão de câncer de pulmão e da pleura majoritariamente entre as mulheres (HUNSMANN, 2019) (INRS, 2015). De igual modo, as trabalhadoras de salões de manicure e cabeleireiros que frequentemente estão em contato com o formaldeído, uma substância cancerígena comprovada e que pode causar câncer de nasofaringe (ANSES, 2022). Estudos alertam ainda sobre os riscos associados a radiações ionizantes, como raios-X, raios gama e radiações em altas altitudes sofridas durante viagens de avião que afetam, p.ex., comissárias de bordo, podendo provocar câncer de tireoide (BROGAARD; HANSEN, 2018, p.91-97). As enfermeiras também podem ser vítimas de câncer (e.g. câncer de mama e ovários), uma vez que estão expostas a medicamentos usados para tratar pacientes com câncer e que são eles próprios cancerígenos (WEILER, 2021).

Outro fator de risco ocupacional e que pode afetar todas as mulheres indiscriminadamente é o trabalho noturno, origem de vários problemas de saúde, dentre eles o câncer de mama (KAMDAR, 2013, p.293-300).

Vale ressaltar, enfim, que estudos

identificaram cânceres que afetam de maneira desproporcional mulheres afrodescendentes, como o câncer de mama, o fibroma uterino e o câncer anal (SOCIÉTÉ CANADIENNE DU CANCER, 20--). Pesquisadoras colombianas (RAMOS-JARABA; CARRILLO-PINEDA, 2018, p.112) e canadenses (WOMEN’S COLLEGE HOSPITAL, 20--) estão investigando a relação entre o câncer de mama triplo negativo em mulheres afrodescendentes e que parecem ter mais chances de desenvolver esse tipo agressivo de câncer.

É também importante notar que as mulheres afrodescendentes muitas vezes são sub-representadas em ensaios clínicos e pesquisas médicas, o que pode levar à falta de conhecimento sobre as melhores práticas de saúde para essa população.

Não se trata de estabelecer uma ligação de causa e efeito entre raça ou etnia e câncer. A saúde dos indivíduos é influenciada por uma infinidade de fatores, incluindo genéticos, ambientais, socioeconômicos e culturais. No entanto, é comprovado que, independentemente do tipo de câncer, as pessoas negras têm a maior taxa de mortalidade e menor acesso à saúde (MAZUMDER, 2022). No particular, não apenas a leitura do gênero é recomendada, mas igualmente dados baseados em cor da pele/raça.

Enfim, dados epidemiológicos sobre os riscos ocupacionais com enfoque no gênero – e cor da pele no caso do câncer entre mulheres afrodescendentes- podem proporcionar melhor conhecimento sobre o estado de saúde das mulheres no trabalho, contribuir para diminuir as desigualdades sociais em termos de prevenção e avaliação de riscos ocupacionais. A omissão em considerar esses riscos nas políticas de saúde ocupacional é não apenas injusta, mas também pode ter consequências econômicas importantes para as empresas.

Evolução Jurídica do Direito à Saúde da Mulher

Para atender às necessidades específicas das mulheres, é necessária uma evolução na leitura da legislação atual, forjada a partir da norma do “homem médio”, rumo à uma leitura que considere a perspectiva do gênero. Além disso, enfatiza-se a importância da implementação de medidas preventivas eficazes, a fim de alcançar tal objetivo.

Proteção Jurídica: uma evolução sob a perspectiva do gênero

Há no ordenamento jurídico nacional dispositivos que podem, de imediato, ser lidos à partir da perspectiva do gênero e outros que merecem reformulação, a fim de possibilitar tal leitura.

Permitem uma leitura sob o enfoque do gênero todos os direitos fundamentais. Assim, nos termos dos arts. 1º, inciso III, 3º, IV, 6º, 7º, XXII, 196, 225 c/c 200, VIII da Constituição Federal, à luz do princípio da dignidade humana, todos os indivíduos independentemente de gênero têm direitos fundamentais assegurados no ordenamento jurídico interno, bem como aqueles previstos em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil (BRASIL, 1988).

Como consequência, o operador do Direito pode ler os direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde profissional, tema deste estudo, sob o enfoque do gênero, autorizando assim uma evolução jurisprudencial centrada nesse viés.

Assim, o juiz, sensível à perspectiva de gênero pode interpretar a legislação, tendo em vista dupla jornada feminina ou carga mental dela decorrente, a fim de conceder, por exemplo, o direito ao teletrabalho à mulher que se ocupa de um parente gravemente doente. Ou ainda, em matéria de segurança e equipamentos de trabalho, o juiz pode considerar a inadequação de um EPI, porque elaborado à partir da ideia do “homem-médio”, e reconhecer o nexo de causalidade entre a doença profissional e o trabalho realizado pela trabalhadora.

Destaque-se que os magistrados do

STF já tiveram a ocasião de reconhecer o direito à igualdade de gênero (RE 1058333, Relator Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 21-11-2018, Repercussão Geral, DJe-24-07-2020). E que recentemente o CNJ, por maioria, com base na perspectiva de gênero, à luz do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Resolução CNJ nº 492/20232), da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e dos artigos 5º, I, 37, I, ambos da Constituição Federal, determinou a remarcação de prova à candidata que se encontrava em estágio avançado de gravidez na data do concurso de outorga de Delegações de Notas e de Registro do Estado de Alagoas (Procedimento de Controle Administrativo nº 0006510-53.2023.2.00.0000, Rel. Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, j. 20/10/2023).

Por outro ângulo, por meio da lente de gênero, é possível constatar lacunas na legislação atual, que muitas vezes se mostra ineficaz ou insatisfatória para a garantia de igualdade entre os gêneros no ambiente de trabalho merecendo, pois, aperfeiçoamento. Citem-se, por exemplo, as Normas Regulamentadoras (NRs), que fazem pouca ou nenhuma menção às diferenças, inclusive físicas, entre homens e mulheres. Com efeito, s.m.j., nem a NR 06 nem a NR 12 mencionam a necessidade de adaptação dos equipamentos de proteção individual (EPIs), das máquinas e dos equipamentos industriais às diferenças corporais entre homens e mulheres. Do mesmo modo, a NR 09 e NR 15, no tocante à proteção contra exposição a agentes cancerígenos, s.m.j, ignora as diferenças de gênero na prevenção contra o risco de cânceres específicos do gênero feminino decorrentes do trabalho exercido (VIEIRA, 2014, p. 16).

Integrar a perspectiva de gênero na saúde ocupacional, como dito, significa considerar que fatores sociais e biológicos que podem afetar a saúde da mulher.

Assim sendo, a legislação trabalhista poderia evoluir para implementar regulamentos que garantam a adequação ergonômica dos postos de trabalho às características físicas das mulheres, levando

em consideração diferenças de tamanho, altura e força em relação aos homens.

Nesse sentido, seria fundamental uma revisão dos padrões de risco e segurança ocupacionais, bem como a formulação de novas metodologias de trabalho e equipamentos de proteção a fim de atender adequadamente as necessidades das mulheres no ambiente laboral. (VIEIRA, 2014, p.109).

É importante igualmente reforçar as leis e regulamentos que visem prevenir e combater o assédio e violência com base no gênero no ambiente de trabalho (Cf. Convenção nº190 da OIT) privilegiando uma abordagem inclusiva, integrada e sensível às questões de gênero (OIT, 2019),

Políticas públicas que promovam a saúde mental no ambiente de trabalho poderiam contemplar os fatores de estresse que afetam particularmente as mulheres, tais como o equilíbrio entre trabalho e vida familiar, a dupla jornada de trabalho e a carga mental, bem como o impacto psicológico do assédio sexual e da discriminação de gênero.

O Direito do Trabalho deve integrar a ideia de que a vida humana é contínua e que as responsabilidades, compromissos fora do ambiente laboral têm impacto na saúde do trabalhador e da trabalhadora.

Prevenção

Campanhas de educação, sensibilização e prevenção poderão explicitar a importância da abordagem de gênero, em matéria de saúde ocupacional, o que contribuirá para a criação de um ambiente de trabalho mais inclusivo e adaptado.

Na prática, isto significa que os trabalhadores, empregadores e sindicalistas deverão ser formados e informados acerca das questões de gênero.

Uma ênfase particular é recomendada à capacitação dos profissionais de saúde

no trabalho sobre os riscos e patologias ocupacionais, sempre com enfoque no gênero. Eles devem ser capacitados para compreender, por exemplo, os desafios particulares que as mulheres enfrentam, como a conciliação entre o trabalho e as responsabilidades domésticas, e o impacto psicológico que isso representa (dupla jornada e sobrecarga mental). De igual modo, seria importante estudar a relação entre certas especificidades biológicas femininas como a endometriose, gravidez, menopausa e patologias não diretamente ligadas ao ambiente de trabalho, e suas implicações na saúde ocupacional feminina.

A colaboração multidisciplinar envolvendo médicos, empregadores, sindicalistas, psicólogos, juristas, dentre outros profissionais, é essencial para garantir uma abordagem de gênero efetiva. Todos esses atores devem trabalhar em conjunto para promover os direitos e o bem-estar das mulheres no ambiente de trabalho.

Enfim, a OIT propõe o diálogo social para alcançar a igualdade de gênero e, assim, promover a adaptação do mundo do trabalho à realidade das profissionais que precisam se dedicar às atividades remuneradas, às domésticas e às familiares (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2018).

Conclusão

Gender equality is more than a goal in itself. It is a precondition for meeting the challenge of reducing poverty, promoting sustainable development and building good governance.” Kofi Annan

Os desafios inerentes à saúde ocupacional da mulher numa perspectiva de gênero são indissociáveis, refletindo os intrincados obstáculos que permeiam a contemporaneidade feminina.

A promoção da conscientização acerca das questões relativas ao gênero é fundamental para a implementação de políticas e estratégias que visem à salvaguarda

direito à saúde das mulheres no trabalho.

Uma abordagem holística que englobe a mulher em sua plenitude - enquanto ser humano, trabalhadora e indivíduo com identidade de gênero - é imperativa para transpor esses obstáculos.

É imprescindível contemplar e atender às demandas específicas, biológicas e sociais, dos diferentes papéis sociais da mulher, de modo a assegurar o mais amplo direito à saúde ocupacional.

O prisma de gênero é uma ferramenta analítica poderosa que possibilita uma profunda e crítica exploração das complexas interações entre sexo, gênero e saúde ocupacional feminina. Ao adotar essa perspectiva, é possível desvelar as disparidades e obstáculos enfrentados por mulheres em suas trajetórias profissionais e na sociedade. A adoção do enfoque de gênero é essencial para fazer evoluir a concepção androcêntrica do trabalho centrada no “homem médio” e adotar outro paradigma que valorize as especificidades e singularidades inerentes à condição feminina.

Referências

ABRAMO, Laís; VALENZUELA, Maria Elena. Genre et marché du travail en Amérique Latine, in Maruani, Margaret (dir) **Travail et genre dans le monde**. L'état des savoirs, Paris: la Découverte, , 2013.

ANSES. Formaldéhyde, vers la recherche d'alternatives. **ANSES**, 2022. Disponível em: <https://www.anses.fr/fr/content/formald%C3%A9hyde-vers-la-recherche-d%E2%80%99alternatives>. Acesso:29 out.2023.

APFELBAUM, Erika. Dominação. In: HIRATA, H.; LABOIRE, F.; LE DOARE, H.; SENOTIER, D. (Orgs.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Ed.UNESP, 2009.

BARATA, Rita Barradas. Relações de gênero e saúde: desigualdade ou

discriminação?. In: BARATA, Rita Barradas. **Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde**. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

BROGAARD, Lars; HANSEN, Janne. Prévention des cancers professionnels à l'aéroport de Copenhague. In: MUSU, Tony; VOGEL Laurent (orgs.). **Cancer et travail: Comprendre et agir pour éliminer les cancers professionnels**. ETUI ,2018.

BUSBY, Nicole. A Right to Care? Unpaid Care Work in European Employment Law. **Oxford University Press**, 2011.

ERVIN, Jennifer et. al. Gender differences in the association between unpaid labour and mental health in employed adults: a systematic review. **Lancet Public Health**, v.7, n. 9, p.775E-786E, 2022. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(22\)00160-8](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(22)00160-8). Acesso em: 28 out.2023.

FLÈCHE S. et. al. Gender Norms and Relative Working Hours: Why Do Women Suffer More Than Men from Working Longer Hours Than Their Partners? **AEA Papers and Proceedings**, n.108 , 2018. Disponível em: [10.1257/pandp.20181098](https://doi.org/10.1257/pandp.20181098). Acesso: 02 nov.2023.

HUNSMANN, Moritz. GISCOPE 84: Enquête sur les expositions professionnelles et environnementales aux cancérogènes. Une recherche-action prenant appui sur les patients atteints de cancer hématologique du centre hospitalier d'Avignon. **Institut de reserche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux**. 2019. Disponível em <http://iris.ehess.fr/index.php?4086>. Acesso em: 28 nov.2023.

Foto de capa: [Freepik](#) Foto 1: [Mier Chen](#) no Unsplash

Carta a Drummond

*Querido amigo,
chamo-te, carinhosamente, querido,
por tanto mergulhar nos sentimentos,
que leio em teus versos brilhantes,
onde me reconheço, em nascer constante,
na minha mesma intimidade.*

*Pois bem.
Querido amigo,
tenho apenas o sentimento do mundo.
Duas mãos? Não sei.
Sinto-as, não raras vezes, decepadas.*

*Decantar-me nas escadas cintilantes
da doeuira.
Bramir dos lábios mel,
solapar a guerra que existe em nós.
Colonialismo atroz.
Capitalismo feroz.
Fugir Fugir
da sensata loucura.*

*Debaixo dos escombros há luz? Não sei.
Há corpos.
Em cima dos escombros há luz? Não sei.
Há corpos.
Objetificaram o homem,
matam as humanidades,
que subsistem em nós,
por alguns quinhões.*

*Debaixo dos escombros há ideias de liberdade
e ideias não se matam com fuzis.*

*Decantar-me nas escadas cintilantes
da doeuira.*

*Subir Subir
estes degraus.*

*Cada esquina destes tantos Brasis,
por aqui, guerra.
Em silenciosa hostil batalha,
marcas indelévels de correntes
ainda queimam dentro de corpos negros,
que se aglomeram nas favelas.
Os inocentes do Leblon? Ah, estes permanecem
na areia quente da praia.*

*Quero aquilombar-me aos sons de liberdade,
ao grito orquestrado da igualdade
de raças, de cores, gêneros e transgêneros.
Minha liberdade,
também destes corpos cegos, surdos,
tantos que não andam*

...

Não? Voam!

*Liberdade de expressões puras e genuínas,
empatia e escuta ativa do outro,
de mim, junto ao outro,
ombreado caminhos, companheiros de estrada.
Suplantar o tempo de absoluta depuração,
em que as mãos tecem apenas o rude trabalho
e o coração está seco.*

Decantar-me nas escadas cintilantes da doçura.

*Chorar as mortes das crianças inocentes
e não saudar os zumbis que insistem em vagar,
mortos, entre nós.*

Tu és sábio:

*Havemos de amanhecer. O mundo
se tingem com as tintas da antemã
e o sangue que escorre é doce, de tão necessário
para colorir tuas pálidas faces, aurora.*

Caro amigo, tenho vontade de comida em toda mesa.

*e plurais vestidos festivos dançando nas ruas e praças.
Toda música, cultura, livros e peitos fartos e generosos.
Bailemos todos de mãos dadas.*

*Não mais fétidas distorções de riquezas não repartidas,
nem discriminações odiosas.*

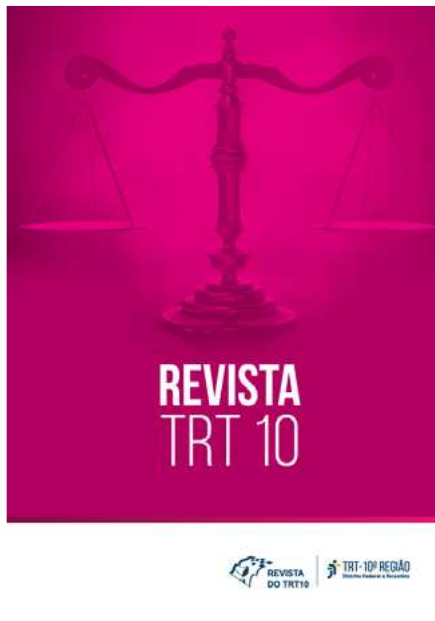
*Equidades distantes de infinitos metros
enquistam meu olhar.
Não serei, também eu, poeta de um mundo caduco.
E não cantarei o mundo futuro.
Não, não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.
Cantemos a humanidade que
insiste em sobreviver nos nossos corações pequenos.
Sim. Meu coração, como o teu, é muito pequeno.*

*Decantar-me nas escadas cintilantes da docura.
Subir Subir
- Ó vida futura! nós te ericaremos.
Bailemos todos de mãos dadas.*

Autora: Marcela Hallack

Marcela Hallack é escritora, Oficial de Justiça Federal, atua na Justiça do Trabalho de Juiz de Fora/ MG; especialista em Direito Público e em Mediação e Conciliação; especialista em Direito e Turismo, pela University of the Balearic Islands, Espanha. É pessoa com deficiência e com ideais de justiça social e múltipla igualdade.





Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0000656-75.2022.5.10.0003

RECLAMANTE: DANIELA ARAUJO DA SILVA

ADVOGADO: CAMILO ANDRE SANTOS NOLETO DE CARVALHO

ADVOGADO: LARISSA PEREIRA LIMA XAVIER

RECLAMADO: WIZ SOLUCOES E CORRETAGEM DE SEGUROS S/A

ADVOGADO: CAROLINA LOUZADA PETRARCA

SENTENÇA PJE-JT

No décimo quinto dia do mês de setembro do ano de 2023, na sede da MM 3ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, por determinação da Exma. Sra. Juíza do Trabalho Natália Luiza Alves Martins, foram apregoadas as partes e verificou-se a ausência de ambas, realizando-se a audiência para publicação da sentença dos autos em epígrafe, tendo sido proferida a seguinte decisão:

I. RELATÓRIO.

DANIELA ARAUJO DA SILVA ajuizou

Ação Trabalhista em face de **WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S/A** em 02/08/2022, requerendo a declaração de nulidade do pedido de demissão e a consequente reversão em dispensa imotivada, o pagamento de verbas rescisórias, diferenças de horas extras, indenizações por assédio moral e sexual e honorários sucumbenciais.

Atribuiu à causa o valor de R\$121.564,80. A parte ré compareceu à audiência e apresentou defesa escrita conforme fls. 125/145, com documentos.

Réplica pela parte reclamante às fls. 404/405.

Audiência de instrução para depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas às fls. 410/412.

Sem outras provas a produzir, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais orais remissivas pelas partes.

Propostas conciliatórias rejeitadas.

É o breve relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO.

II.1 DA LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA.

Requer a reclamada que o valor da condenação seja limitado ao indicado pela reclamante a cada um dos pedidos (art. 492 da CLT).

Sem razão.

Observo que não houve liquidação expressa dos pedidos, mas apenas a indicação do valor histórico/estimado, para fins de discriminação do pedido, o qual deve ser revisto por ocasião da liquidação de sentença, sendo devidamente atualizado.

A regra § 1º do art. 840 da CLT estabelece que o pedido da inicial seja certo, determinado e com indicação de seu valor.

A petição inicial traz a exposição dos fatos e os pedidos são certos e determinados, com a indicação, ao final, de seu valor (art. 840, § 1º, da CLT), ainda que apenas estimado, como explicitado pela parte reclamante.

Ou seja, muito embora nos casos em que há pedido líquido e certo, a condenação se limita ao valor especificado, nos termos dos artigos 141 e 492 do CPC, em havendo ressalva da parte autora, não há que se falar em condenação superior ao demandado. De igual modo, não havendo liquidação específica das parcelas, mas apenas a estimativa, como é o caso dos autos, não há que se falar em limitação ao valor da causa.

Feitas essas considerações, **rejeito a preliminar.**

II.2 DA NULIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO. DO VÍCIO DE VONTADE. DA DISPENSA IMOTIVADA. DAS VERBAS RESCISÓRIAS.

Relata a parte reclamante que foi admitida em 15/06/2020, para exercer a função de Operadora de Telemarketing, com salário base de R\$1.311,47, tendo a relação jurídica cessado em 01/02/2021, em razão do seu pedido de demissão, por impossibilidade

de continuidade do contrato de trabalho, após ter sido vítima de assédio sexual e moral.

Narra que ao ser contratada iniciou a prestação de serviços em regime de home office, passando a trabalhar presencialmente a partir do dia 17/07/2020, ocasião em que o seu supervisor começou a realizar cobranças, mediante ameaças, sob a alegação de que “ele era o chefe e quem a segurava no emprego”, sendo dito aos gritos e batendo na mesa que “por conta da idade não conseguiria outro emprego”.

Alega, ainda, ter sido vítima de assédio sexual, cometido pelo do referido supervisor, que frequentemente dizia “queria ter relações sexuais com ela”, “que imaginava ela nua”, “que ela devia ser arisca na cama, porquê era pequenininha” e “que ele já tinha feito sexo com outras vendedoras” .

Afirma que, por mais que ignorasse as investidas do superior, ele a “tocava querendo alisar a mão nas suas costas durante o trabalho” e que por rejeitar as abordagens passou a ser tratada com mais rigor, havendo cobranças indevidas que dificultavam a realização de suas atividades, além de ser escalada com mais frequência para trabalhar aos sábados e ter que permanecer em atendimentos com filas, prejudicando-a por não ter tempo para realizar vendas necessárias para alcance das metas.

Sustenta ter desenvolvido crises nervosas, labirintite, estresse, pânico, sentindo sua honra ter sido atingida, assim como sua imagem, intimidade e autoestima. Afirma que sentia profunda tristeza por ter que se submeter a ambiente estressante e hostil, ficando esgotada em seu estado psíquico, o que a levou a pedir demissão.

Postula, assim, o reconhecimento de nulidade do pedido de demissão apresentado por vício de vontade, alegando que o ato foi realizado sob influência de estresse pós-traumático, causado pelas perturbações e prejuízos na memória, decorrentes do abalo emocional sofrido em razão dos assédios, o que não a deixou em condições de tomar decisão sobre direitos indisponíveis, com pleno discernimento.

Requer, ainda, a conversão do pedido de demissão em dispensa imotivada, com o respectivo pagamento das parcelas rescisórias

consectárias.

A reclamada apresentou defesa (fls. 125/145), insurgindo-se contra os pleitos.

Afirma que a cobrança do gestor para cumprimento de metas ou para que o subordinado realize suas tarefas diárias faz parte do poder diretivo do empregador, não existindo ato ilícito apto a configurar o abalo moral.

Sustenta que sempre tratou seus empregados com o devido respeito e dignidade e, em hipótese alguma, permitiria que seus gestores tratassem seus subordinados de forma diversa.

Relata que todos os seus empregados quando admitidos passam por treinamentos internos para que estejam aptos a identificar quaisquer situações que possam ensejar assédio moral, e, ainda, são disponibilizados canais de denúncia, com vista a coibir qualquer prática dessa natureza.

Informa que possui equipe de compliance, responsável pela apuração de todas as denúncias apresentadas pelos empregados, quer seja sobre assédio moral ou sexual.

Narra que, por meio de canal interno de denúncia anônima, recebeu um relato de que o Sr. Erick Jorge dos Santos de Oliveira, que ocupava o cargo de supervisor, estaria adotando condutas que poderiam ser configuradas como assédio sexual em face de suas subordinadas, o que levou a ré a proceder uma investigação interna, tudo sob o crivo de contraditório e da ampla defesa.

Assevera que finalizada as investigações ficou confirmado o fato de o gestor da reclamante ter praticado condutas inapropriadas no ambiente laboral, aptas a configurar o assédio sexual, violando o Código de Ética e Conduta da empresa, o que acarretou seu imediato desligamento do quadro de empregados.

Alega não ser possível imputar à ré a obrigação de reparar o dano, visto que este foi causado por um ex-empregado, e, portanto, não se mostra presente o elemento subjetivo, devendo a culpa pelo dano recair apenas sobre o agente, que livre e conscientemente praticou as condutas relatadas e apuradas

pela ré.

Defende-se, ainda, afirmando que quando a obreira apresentou pedido de demissão já havia sido instaurado o procedimento interno para apuração das denúncias, não tendo a reclamante comunicado à ré os supostos problemas emocionais decorrentes da conduta do ex-emprego, além de o exame demissional realizado ter a considerado apta, não sendo verificada qualquer condição adversa, seja de ordem física ou psicológica.

Por fim, alega que realizou a quitação de todas as verbas rescisórias que eram devidas à reclamante de acordo com a modalidade de rescisão, pugnano pela improcedência dos pleitos.

Examino.

O assédio sexual suportado pela reclamante é fato incontroverso. A defesa apresentada não deixa dúvidas de que a obreira foi vítima direta de assédio moral e sexual realizado pelo seu superior hierárquico, residindo a controvérsia na existência ou não de vício de vontade apto a gerar a nulidade do pedido de demissão apresentado pela trabalhadora.

Por assédio sexual se entende toda e qualquer conduta abusiva que se manifesta em comportamentos, palavras, gestos, escritos, em presença física, ou até mesmo por meio de redes sociais, que possam trazer danos à personalidade, à dignidade, à integridade física ou psíquica de uma pessoa, sendo que aquele que assedia o(a) outro(a) busca submetê-lo(a), a ataques repetidos, com atos que deixam na vítima o sentimento de ter sido maltratada, desprezada, humilhada, rejeitada, como destacam Simone Santos Oliveira e Lucia Rotenberg, em Dicionário da Infâmia Feminina, e é o caso dos autos.

Muito embora a igualdade material entre homens e mulheres esteja expressamente prevista no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988, é de conhecimento público e notório que, apesar de quase três décadas da constitucionalização da referida norma principiológica, as mulheres ainda sofrem com a discriminação de gênero que se apresenta como uma verdadeira viga de sustentação da nossa sociedade (ainda) sexista. Por essa razão, inúmeras

políticas públicas vêm sendo implementadas, visando garantir às mulheres a redução das desigualdades, com objetivo de eliminar as discriminações sofridas, das mais variadas ordens, para que, enfim, seja possível garantir a todas as mulheres o respeito aos seus direitos fundamentais básicos, dentre esses, além da igualdade material, o respeito à liberdade individual e sexual, o direito ao trabalho, a proteção à maternidade etc.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou a Resolução nº 492, de março de 2023, estabelecendo a adoção das diretrizes constantes no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, publicado em 2021, em todo o Poder Judiciário. Referido Protocolo foi elaborado com o objetivo de implementar políticas nacionais relativas ao enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário.

Não é preciso nenhum esforço hermenêutico para se afirmar que o assédio sexual vivenciado no ambiente laboral representa grave violência contra a mulher, especialmente quando cometido por superiores, coagindo a vítima em sua esfera mais íntima.

Além disso, o Brasil é signatário da Convenção de Belém desde 1996, sendo que o referido Tratado visa “**prevenir, punir e erradicar a violência contra a, garantindo mulher**”, **entre elas o assédio sexual no local de trabalho** a utilização de todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos.

O artigo 7º da Convenção de Belém, que detém natureza jurídica de norma supralegal, conforme definição dada pelo Supremo Tribunal Federal, prevê ser dever do Estado estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes, além de outras obrigações ali elencadas.

De igual modo, o artigo 8º estabelece a obrigatoriedade de os Estados signatários adotarem medidas progressivas de combate e repressão, prevendo expressamente a necessária adoção de ações que visam “modificar os padrões sociais e culturais de

conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher”.

Assim podemos enquadrar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, que nada mais é do que um guia de aplicação interpretativa dogmática, nas próprias palavras do documento, como um instrumento para garantir a distorção das desigualdades.

Ademais, o Poder Judiciário tem o dever de observância dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo indiscutível que as decisões judiciais devem observar o compromisso assumido pelo Brasil, e pelo Poder Judiciário, ao aderir a Agenda 2030, a qual prevê entre os seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS, a eliminação de todas as formas de violência contra as mulheres, destacando a exploração sexual, conforme ODS 5.

Nesse sentido, mostra-se relevante mencionar que o Brasil deu início ao processo de ratificação da Convenção 190 da OIT, que busca eliminar a violência e assédio no mundo do trabalho, prevendo inúmeras medidas a serem adotadas pelos Estados-Membros, as quais destacamos as elencadas no artigo 10:

(a) acompanhar e aplicar a legislação e os regulamentos nacionais relativos à violência e ao assédio no mundo do trabalho;

(b) garantir o fácil acesso às vias de recurso adequadas e eficazes, a mecanismos e procedimentos seguros, justos e eficazes de resolução de conflitos em casos de violência e assédio no mundo do trabalho, tais como:

(j) procedimentos de apresentação de queixa e investigação, bem como, quando apropriado, mecanismos de resolução de conflitos a nível do local de trabalho;

(ii) mecanismos de resolução de conflitos externos ao local de trabalho;

(iii) tribunais ou jurisdições;

(iv) proteção contra a vitimização ou retaliação contra os queixosos, as vítimas, as testemunhas e denunciantes; e

(v) medidas de apoio jurídico, social, médico e administrativo para os queixosos e para as vítimas;

(c) proteger a privacidade e a confidencialidade dos indivíduos envolvidos, na medida do possível e se for apropriado, e garantir que os requisitos de privacidade e confidencialidade não sejam utilizados indevidamente;

(d) prever sanções, quando apropriado, em casos de violência e assédio no mundo do trabalho;

(e) prever que as vítimas de violência e assédio com base no gênero no mundo do trabalho tenham acesso efetivo a mecanismos seguros e eficazes de resolução de queixas e conflitos, em questões de gênero, ao apoio, aos serviços e reparações;

(f) reconhecer os efeitos da violência doméstica e, na medida do possível, mitigar o seu impacto no mundo do trabalho;

(g) garantir que os trabalhadores tenham o direito de retirar-se de uma situação de trabalho caso tenham uma justificativa razoável para acreditar que representa um perigo iminente e sério para a vida, para a saúde ou segurança devido à violência e assédio, sem sofrerem represálias ou outras consequências indevidas, e o dever de informar a administração; e

(h) garantir que as inspeções do trabalho e outras autoridades relevantes, conforme apropriado, estejam capacitadas para lidar com a violência e o assédio no mundo do trabalho, incluindo para emitir ordens que exijam medidas de

aplicação imediata, e ordens para interromper o trabalho em casos de perigo iminente para a vida, para a saúde ou segurança, sem prejuízo de qualquer direito de recurso a uma autoridade judicial ou administrativa que seja prevista por lei. (grifos nossos)

Pois bem.

Acerca da alegação patronal, de desconhecimento do estado psicoemocional e dos abalos suportados pela obreira, tendo em vista que o ASO demissional indicou que a mesma se encontrava apta, entendo que a tese não merece amparo. Isso porque é de conhecimento notório, conforme inúmeros estudos realizados, especialmente em âmbito internacional, que a vítima de assédio sexual poderá apresentar inúmeras consequências, dentre as quais se destacam: transtornos de estresse pós-traumático, irritação, ansiedade, sintomas de depressão, além da possibilidade de reações fisiológicas. No caso, não há discussão quanto à suposta incapacidade laboral, mas sim quanto ao alegado vício de vontade em razão do ato demissional ter sido apresentado durante período em que a obreira se encontrava vivenciando efeitos de estresse pós-traumático.

Não é demais destacar que o assédio sexual é conduta grave, socialmente reprovada, tratando-se de crime contra a liberdade sexual, tipificado no art. 216-A do Código Penal, o qual prevê que o autor do crime poderá ser condenado à pena de detenção, de um a dois anos, reforçando, assim, a conclusão de que vítima de assédio suporta graves consequências.

O artigo 138 do Código Civil, por sua vez, prevê serem anuláveis os negócios jurídicos “quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

Já o art. 139 dispõe que o erro substancial é aquele que:

“[...] I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de

vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.”

Como se vê, a legislação civil reputa anulável o ato jurídico oriundo de erro substancial.

Além disso, a jurisprudência pátria é assente no sentido de que o depoimento de vítimas de assédio sexual detém relevante valor probatório. Logo, seja para formação da convicção do(a) julgador(a) quanto à ocorrência do fato em si ou das consequências deste, as alegações da obreira contribuem para comprovação das consequências indicadas.

Soma-se a esta conclusão o fato de as demais provas produzidas corroborarem a tese inicial, afastando possíveis dúvidas quanto ao estado emocional da obreira, até mesmo porque, como destacado, uma vez comprovada a violência o dano suportado é presumido.

Vejamos.

Ao depor a reclamante relatou a situação vivenciada, demonstrando-se emocionada em determinados momentos, sem omitir possíveis afirmações que poderiam, em tese, advogar em seu desfavor, confirmando ter apresentado o pedido de demissão, muito embora tenha deixado claro que assim o fez por não suportar mais a convivência no ambiente de trabalho, inclusive em razão do seu isolamento pelos demais colegas de trabalho, o que se agravou após a demissão motivada do assediador, declarando ao Juízo:

que tinha que cumprir metas; que se não cumprisse não era penalizada, pois recebiam por metas; que com relação a depoente, por não atender às investidas do supervisor era prejudicada, sendo retirada da fila de atendimento; que era prejudicada pelo supervisor desta forma, para informar que não era uma boa vendedora; **que pediu demissão em razão do assédio sexual e moral sofrido; que os feedbacks individuais eram para investidas do supervisor; que quando ele foi desligado ele**

deixou claro aos demais empregados que a pessoa responsável pela demissão do supervisor era a depoente; que os demais colegas de trabalho passaram a se afastar da depoente; que a situação ficou insustentável para permanecer, mesmo sabendo que tinha sido feito à justiça com a demissão do supervisor, tendo ficado um clima difícil, pois os colegas passaram a evitar a depoente; que procurou outra oportunidade de emprego, sendo contratada no mesmo dia que pediu demissão; que após a demissão do supervisor não houve mudança de conduta da empresa ou tentativa de tornar o ambiente mais leve, mais seguro e confortável; que após a demissão do supervisor houve uma reunião com a gerente geral Andreia, que informou que só soube da situação no dia da demissão do supervisor e que ela informou que sentia muito, especialmente por ser mulher, mas logo em seguida ela deixou a empresa e tudo continuou da mesma forma; que não foi demonstrado nenhum interesse da empresa em mostrar mudança de conduta; que fez reclamações diretas com o supervisor, de forma verbal, com relação aos problemas de ponto, ficando a mercê dele, pois lá era claro que não tinham abertura com o RH ou com a gerência;(...)”

Ora, além de ter sido a vítima da violência moral e sexual, a obreira ainda teve que suportar desconfianças e comportamentos discriminatórios perpetuados pelos demais colegas de trabalho, não tendo a ré adotado nenhuma conduta efetiva de acolhimento e/ou reparação do dano. Tendo simplesmente aceitado o pedido de demissão da obreira, como se o mesmo fosse uma verdadeira carta de libertação do “problema” criado pela reclamante ao acertadamente denunciar os atos abusivos.

Além disso, a preposta da empresa confessou em depoimento o clima hostil e a situação insustentável a qual a obreira foi submetida até mesmo após a demissão do assediador, ao declarar que:

(...) após a demissão do empregado acusado pelo assédio, **ficou um**

clima muito difícil; que o time de compliance fez um treinamento de todos os supervisores **após** o ocorrido; que houve uma preleção (reunião) com todos os supervisores e depois com os consultores; que a depoente fez ações próprias de supervisor, **tentando melhorar o clima, pois ficou um clima bem difícil para trabalhar, sendo difícil até mesmo para a depoente; que a gerente na época chamou a reclamante para uma conversa, para tentar acolhê-la, havendo uma preocupação muito grande de como ela iria reagir à situação; que visivelmente a reclamante ficou muito recolhida, passando a depoente e a equipe ter muito cuidado com os feedbacks e condutas a serem adotadas, especialmente para que ela não se sentisse menosprezada ou excluída pelos demais; que havia dias que ela realmente não estava bem, sendo visível;** que toda a equipe ficou mexida com o ocorrido (...)

Alguns pontos do depoimento são relevantes para o caso. Observo, inicialmente, que o treinamento operado somente ocorre após a situação vivenciada pela obreira, deixando transparecer, portanto, que os empregados da ré não eram orientados acerca da necessidade de manutenção de uma conduta moralmente aceita, apesar da existência de um Código de Ética (fls. 234/265), ou, ainda, de como proceder diante de casos como o ora analisado. Em diferentes momentos a preposta relata que o clima estava “muito difícil”, que a obreira visivelmente não estava bem e que ficou recolhida. Também é possível extrair das declarações que nenhuma atitude efetiva foi tomada pela ré, salvo “ter muito cuidado com os feedbacks”.

Ora, se a condição da reclamante era perceptível a todos, deveria a ré ter adotado condutas efetivas que pudessem reparar os danos causados pela situação.

É relevante registrar que as provas documentais juntadas aos autos, além de ilustrarem parte do *modus operandi* do assediador, indicam ter a obreira sido submetida à boatos de desligamento da empresa em razão da denúncia ofertada, o que demonstra a delicada situação das

vítimas de assédio no nosso país.

O parecer jurídico apresentado pela ré, como resultado da investigação aberta para apuração dos fatos (fls. 150/156), demonstra que o Sr. Erick Jorge Santos de Oliveira, valendo-se da sua posição de superior hierárquico assediava moral e sexualmente não só a autora como também outras empregadas, sendo que a denúncia da reclamante não foi a primeira apresentada contra o autor dos fatos. Uma das testemunhas ouvidas na sindicância, Sra. Kelly Soares, afirmou que a reclamante era quem mais sofria com os abusos. Os fatos também foram confirmados pela testemunha Izabete Oliveira Santos Calvancanti, que expressamente confirmou as investidas sexuais do supervisor, além das ameaças e cobranças, tendo o parecer da ré concluído pela ocorrência de danos morais e sexuais perpetuados pelo Sr. Erick.

Como se vê, a vítima de assédio, ainda que seja extinta a convivência com o abusador em razão da punição deste, como é o caso dos autos, além do sofrimento experimentado durante a conduta abusiva, passa a ser submetida a um novo constrangimento: “o de eterna vítima do assédio”. E esse constrangimento pode se revelar de várias maneiras: a) a vítima passa a ser identificada no ambiente de trabalho exclusivamente sob essa situação; b) a vítima é vista como responsável pelo “problema” e pela criação de embaraços no clima organizacional da empresa; c) a manutenção do cenário que rememora o ilícito; ou d) desconfiança por parte dos(as) colegas do assediador.

Ainda que a obreira tenha formulado pedido de demissão, restou comprovado nos autos que mesmo após a rescisão contratual do assediador a reclamante permanecia em sofrimento psicológico, sendo, inclusive, “revitimizada”, sem que a ré tenha implementado alguma medida efetiva, voltada a melhorar o clima organizacional, de nada adiantando a existência meramente formal de um programa de compliance.

Sendo assim, resta demonstrada a nulidade do pedido de demissão apresentado, pois a situação fática apresentada comprova a ocorrência de vício de manifestação de vontade da autora.

Ademais, não assiste razão à ré quando

afirma não poder ser responsabilizada, sendo indiscutível que o empregador responde pelos atos dos seus empregados, serviçais ou prepostos desde que estejam no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele, como é o caso dos autos (art. 932, III da CLT).

Isto posto, **julgo procedente** os pedidos para **declarar a nulidade do pedido de demissão e, conseqüentemente, deferir o pedido de reversão em dispensa sem justa causa.**

Por decorrência lógica, **julgo procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento das seguintes verbas:**

a) 30 dias de aviso prévio indenizado;

b) 13º salário proporcional de 2021 (1/12), considerando a projeção do aviso prévio.

c) férias proporcionais (1/12), considerando a projeção do aviso prévio e acrescida do terço constitucional.

Julgo procedente o pedido de condenação da reclamada ao pagamento do FGTS e das diferenças decorrentes da reversão da modalidade de extinção contratual e multa de 40%.

III.3. DA JORNADA DE TRABALHO. DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

Narra a reclamante que foi contratada para laborar 6 horas diárias e 36 horas semanais, mas trabalhou habitualmente em sobrejornada, tendo recebido em contracheques horas extras, porém em valores inferiores aos devidos.

Afirma que tinha previsão de horário de trabalho das 10h48min às 19h00, com 1 hora de intervalo intrajornada, mas, não foram cumpridos. Além disso, alega que os lançamentos nos controles de ponto não refletiam os horários de entrada e labor em dias de sábado, pois eram alterados pela chefia.

Alega que três vezes na semana seu horário de entrada se dava às 09h00 e saída às 19h00, com 1 hora de intervalo, o que ocorria de segunda a sexta-feira e na média de 3 sábados por mês a jornada era das 09h00 às 16h00, com 1 hora de intervalo.

Requer, assim, a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças de horas extras, com reflexos.

A reclamada apresentou resistência ao pleito, conforme petição de fls.125/145.

Alega, em suma, a realização de horas extraordinárias exigia autorização do gestor imediato, sendo que todas as vezes que a obreira realizou horas extras, estas foram registradas, apuradas e quitadas, conforme contracheques e controles de jornadas acostados aos autos.

Delimitada a controvérsia, passo à análise.

A reclamada juntou aos autos os controles de jornada de todo o período vindicado, conforme documentos de fls.312/320.

Os registros de jornada contêm horários de trabalho variados, entretanto, a obreira alega que os registros não correspondem à realidade, pois eram manipulados. Logo, a controvérsia gira em torno da legitimidade dos horários registrados nos controles de jornada.

Pois bem.

Ao depor a preposta confirma que a reclamante poderia entrar antes de seu horário, embora isso ocorresse quando era liberada para participar de algumas “força tarefa”, além de a liberação depender da produtividade do empregador, sempre com ajuste da gerência.

Verifico nos cartões de ponto, em especial o mês de julho de 2020 (fl. 313), que a reclamante laborou em sobrejornada, em torno de 6 horas, constando no contracheque de agosto de 2020 o pagamento de 6.17 horas (fl. 34), inclusive está registrado no dia 13/07/2020 entrada às 08h28min, antes do início da jornada obreira que se dava às 10h48min.

Da mesma forma, ocorre nos demais meses em que há registro de horas extras, como setembro/2020 (fls.316), com pagamento no contracheque de fl. 48, e anotações em diversos dias em horário distinto do contratual, mas com o devido pagamento correspondente.

As partes não produziram provas orais, inexistindo nos autos indícios aptos a desqualificar a legitimidade dos controles.

Embora seja possível observar a anotação de minutos com a indicação de “Horas Extras Não Autorizadas”, tratam-se de intervalos de tempo inferiores a dez minutos, não podendo ser considerado tempo à disposição do empregador, conforme previsto na Súmula nº 366 do TST.

Registro, ainda, que a parte autora não apontou as supostas diferenças que entendia devidas em réplica.

Por isso, concluo que os registros de ponto anexados ao processo retratam a real jornada laborada, ficando comprovado que eventual labor em sobrejornada era anotado e havia o correspondente pagamento em contracheques.

Isto posto, julgo improcedente o pedido de diferenças de horas extras com reflexos.

II.4 DO ASSÉDIO MORAL E SEXUAL. DA RESPONSABILIZAÇÃO DA RECLAMADA. DAS INDENIZAÇÕES.

Conforme detalhadamente narrado no capítulo que trata da extinção contratual, a obreira alega ter sido vítima de assédio moral e sexual, razão pela qual requer a condenação da reclamada ao pagamento de indenizações nos valores de R\$26.229,40 e R\$ 65.573,50, respectivamente.

A reclamada se insurgiu contra os pedidos, ao argumento de que os seus funcionários recebem treinamentos, possuindo uma equipe de compliance e integridade que é responsável pela apuração de todas as denúncias apresentadas quer seja sobre assédio moral ou sexual, não podendo ser responsabilizada.

Embora confesse ter o empregado Erick Jorge dos Santos de Oliveira cometido atos que caracterizam assédio moral e sexual, afirma que não pode ser responsabilizada pelos atos do assediador, que agiu conforme sua própria vontade, inexistindo o elemento culpa.

Examino.

Os fatos são incontroversos, tendo a ré confirmado a ocorrência do assédio em suas dependências, embora tenha se insurgido contra o pedido de responsabilização.

Ainda que assim não o fosse, as provas produzidas, inclusive pela própria reclamada, em especial o resultado da apuração realizada, comprovam que a obreira foi vítima de assédio moral e sexual perpetrados pelo seu supervisor, Sr. Erick Jorge dos Santos de Oliveira, mas não só por ele. O referido documento aponta que outros funcionários da ré cometiam atos de assédio moral contra a reclamante e demais empregados, relatando a ocorrência de um problema crônico de gestão.

Como se sabe, o assédio moral caracteriza-se pela prática reiterada de variados atos levados a efeito no ambiente de trabalho pelo assediador, podendo ser esse superior hierárquico ou não do assediado, que de forma deliberada e sistemática comete violência psicológica contra a vítima, com o intuito de minar sua autoestima, reputação e dignidade, reduzindo ao máximo sua capacidade de resistência.

Ou seja, por assédio moral devemos entender as condutas sistemáticas e abusivas, de natureza psicológica, direcionadas a determinado(a) empregado(a) e que perduram durante a relação de trabalho, com conteúdos negativos, capazes de ofender a dignidade e a integridade psíquica do(a) empregado(a), a ponto de desestabilizá-lo(a) levando-o(a), muitas vezes, a desistir do trabalho ou perder o “sabor” pela função exercida, como é o caso dos autos.

Sendo assim, constatados os requisitos, cabe ao Judiciário reprimir tais espécies de conduta, não havendo que se falar em ausência de responsabilidade, conforme previsão constante no art. 932, II, do Código Civil, razão pela qual **julgo procedentes os pedidos de condenação da reclamada ao pagamento de indenização por assédio moral e assédio sexual.**

Caracterizada a ocorrência do dano, passo a analisar o *quantum* a ser pago em razão da lesão suportada pela reclamante.

Para tanto, levo em consideração o grau de culpa da reclamada, tendo em vista a culpa ; os meios utilizados para a ofensa,

in eligendo que consistiram nas condutas assediadoras do supervisor e, ainda, ausência de condução dos fatos visando reparar a extensão dos danos após o ocorrido; a extensão e duração do dano, que considero grave, tendo em vista o período contratual; o esforço para minimizar os efeitos, que foram parciais, apenas em relação ao afastamento do assediador; a situação econômica da reclamante e a capacidade econômica da reclamada, o que o faço levando em consideração o seu objeto social e atividade econômica; além de observar a reprovabilidade da conduta e efeito punitivo pedagógico, tudo nos termos do art. 944 do CC.

Assim, configurado o dano e com base nos parâmetros acima delineados, bem como no art. 223-G da CLT, julgo procedentes os pedidos e arbitro o valor de R\$15.000,00 a título de indenização por assédio moral, e R\$ 25.000,00 a título de indenização por assédio sexual.

II.5 DA JUSTIÇA GRATUITA

Inobstante as alterações promovidas pela Lei da Reforma Trabalhista, o C. TST firmou entendimento no sentido de que para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015), nos termos do item I, da Súmula nº 463, do C. TST, considerando-se a presunção de veracidade da declaração, como consta no artigo 99, parágrafo 3º, do CPC/2015.

Dessa forma, defiro ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, afastando a impugnação da demandada.

II.6 DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

Havendo sucumbência recíproca (art. 791-A, § 3º, da CLT), defiro ainda honorários advocatícios em favor das partes, arbitrados, em favor do(a) patrono (a) da Reclamante, no valor de 10% da condenação, e em favor do(a) patrono(a) da Reclamada, no valor de 10%, observando-se os valores atualizados dos pedidos não acolhidos e apontados na petição inicial, sendo vedada a compensação entre honorários.

Em relação aos honorários devidos pela parte autora, registro que o Plenário do Colendo STF, nos autos da ADI n. 5766/DF, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 790-B, caput e o §4º, e o art. 791-A, §4º da CLT.

Assim, revendo o entendimento firmado pela Suprema Corte, indefiro a dedução de créditos decorrentes desta ou de outra demanda, pois a sucumbência parcial não autoriza o afastamento da presunção de insuficiência de recursos pelo beneficiário da justiça gratuita.

Sendo a parte reclamante beneficiária da justiça gratuita, fica suspensa sua exigibilidade e somente poderão ser executados se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos do devedor, que, contudo, não poderá decorrer da mera obtenção de outros créditos na presente ação ou em outra (TST-RR-97-59.2021.5.12.0016, 3ª Turma, relator ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 24/06/2022).

II.7 DOS RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.

A reclamada deverá recolher e comprovar os recolhimentos fiscais e previdenciários, no prazo legal, nos termos da Súmula 368 do c. TST, ficando autorizado, desde já, os descontos cabíveis da quota parte da reclamante.

Os recolhimentos previdenciários serão calculados mês a mês, conforme dispõe o Decreto nº. 3.048/99, devendo incidir sobre as parcelas que compõem o salário-contribuição.

Para fins de incidência de contribuição previdenciária a natureza das verbas deverá observar o previsto no art. 28, §9º da Lei 8.212/91, devendo ser observado o teto remuneratório do INSS para fins de cálculo de contribuição devida pelo segurado, nos termos do art. 276, §4º do Decreto nº. 3.048/99.

Deverá ser observada também a retenção e a comprovação do Imposto de Renda, incidente sobre parcelas remuneratórias, observadas as normas legais respectivas, inclusive quanto aos limites de isenção e deduções por dependentes

econômicos.

Os juros de mora não fazem parte da base de cálculo do Imposto de Renda, tendo em vista a sua natureza indenizatória (OJ nº 400 SDI-1 TST).

II.8. DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

A forma de atualização dos créditos da parte autora se dará conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 18.12.2020, cuja eficácia foi erga omnes e com efeito vinculante, que assim dispõe:

(...) deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil).

Portanto, a correção monetária dos créditos trabalhistas objeto de condenações judiciais deve ser aplicada a partir do inadimplemento até a data do ajuizamento da ação, adotando-se, para isso, o IPCA-E como índice oficial.

A partir da data do ajuizamento da ação até o seu pagamento, deve ser aplicada a taxa SELIC, que contempla tanto a correção monetária quanto os juros de mora.

Não poderão mais ser aplicados os juros de mora de 1% ao mês previsto no art. 883 da CLT e art. 39, §1º, da Lei n. 8.177/91, eis que, segundo o STF, já estão englobados na taxa SELIC e devidos apenas a partir da citação válida.

Assim, os cálculos de liquidação deverão observar os seguintes parâmetros: i) aplicação do IPCA-E como índice de correção monetária até o ajuizamento da ação; ii) aplicação da taxa SELIC a partir do ajuizamento, que compreende englobadamente os juros de mora e a correção monetária; e iii) não aplicação de juros de mora a partir do ajuizamento da ação de que trata o art. 883 da CLT.

II.9 DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA

Liquidação por cálculos.

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, na reclamatória trabalhista proposta por **DANIELA ARAUJO DA SILVA** em face de **WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S/A**, decido rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados para:

Declarar a nulidade do pedido de demissão e, conseqüentemente, deferir o pedido de reversão em dispensa sem justa causa;

Condenar a reclamada ao pagamento das seguintes verbas rescisórias:

a) 30 dias de aviso prévio indenizado;
b) 13º salário proporcional de 2021 (1/12), considerando a projeção do aviso prévio.

c) férias proporcionais (1/12), considerando a projeção do aviso prévio e acrescida do terço constitucional.

Condenar a reclamada ao pagamento do FGTS e das diferenças decorrentes da reversão da modalidade de extinção contratual, assim com a multa de 40%.

Condenar a reclamada ao pagamento de indenização por assédio moral no valor de R\$15.000,00, conforme fundamentação.

Condenar a reclamada ao pagamento de indenização por assédio sexual no valor de R\$25.000,00, conforme fundamentação.

Conceder os benefícios da gratuidade de justiça à parte reclamante.

Juros e correção monetária, conforme fundamentação supra.

Liquidação por cálculos.

Honorários advocatícios conforme fundamentação.

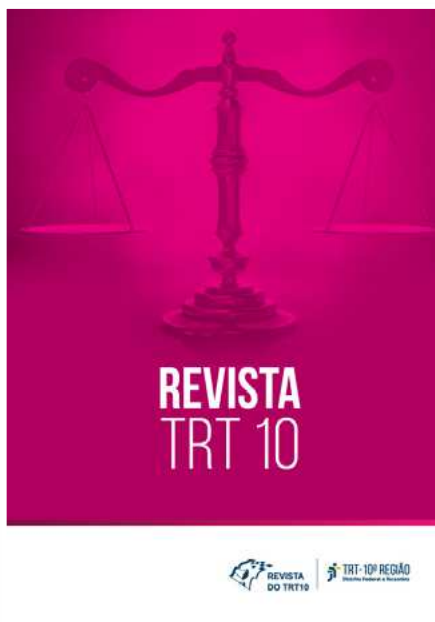
Determinar que as notificações sejam realizadas no nome dos patronos indicados pelas partes.

Custas pelas reclamadas, no importe de R\$900,00, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação (R\$45.000,00).

Tudo nos termos da fundamentação, que passa a integrar o dispositivo para todos os fins. Improcedem os demais pleitos. Intimem-se as partes.

Nada mais. Cumpra-se.

BRASILIA/DF, 15 de setembro de 2023.
NATALIA LUIZA ALVES MARTINS



Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0000737-63.2020.5.10.0821

RECORRENTE: COFCO INTERNATIONAL
BRASIL S.A.

RECORRIDO: EDSON GALDINO DE PEREIRA

RELATOR: PEDRO LUIS VICENTIN FOLTRAN

EMENTA

JUSTA CAUSA. TENTATIVA DE ESTUPRO DE COLEGA DE TRABALHO. CONDUTA INADMISSÍVEL. DISPENSA JUSTIFICADA. PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. Demonstrada a violência à colega de trabalho, tentativa de conjunção carnal, há conduta inadmissível por parte do empregado, ensejando a dispensa por justa causa com amparo no art. 482, b, CLT. Recurso ordinário interposto pela reclamada a que se dá parcial provimento.

SOBREAVISO. CONTATO POR TELEFONE CELULAR. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DA LIBERDADE

DE LOCOMOÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. Não limitada a liberdade de locomoção do empregado, contatado com alguma frequência por linha de telefone celular, não será considerado submetido a regime de sobreaviso. Nego provimento. Precedentes. (...) (TRT 10ª Região, 3ª Turma, ROT 923-05.2017.5.10.0009, Rel. Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior, julgado em 3/4/2019, publicado no DEJT em 12/4/2019).

RELATÓRIO

A Exma. Juíza Regina Célia Oliveira Serrano, atuando na Vara do Trabalho de Gurupi/TO, através da sentença ID 80c9f8d julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial.

A reclamada interpôs recurso ordinário (ID 303da65).

Contrarrazões (ID 7d5c94a).

Diante da faculdade conferida pelo art. 102 do Regimento Interno deste Regional, deixou-se de encaminhar os presentes autos ao MPT.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade, conheço do recurso interposto pela reclamada.

RECURSO DA RECLAMADA

Da reversão da justa causa

O douto juízo, em sentença, reverteu a dispensa por justa causa em dispensa sem justa causa, determinando que a reclamada efetue o pagamento das verbas próprias dessa modalidade de dispensa.

São os fatos.

Em inicial, relata o reclamante, supervisor de armazém, que foi indevidamente dispensado por justa causa em 04/12/2020, em decorrência de denúncia de assédio sexual realizada por uma trabalhadora, Sra. XXXXXXXXXX¹. A reclamada subsidiou a demissão com base no art. 482, b, CLT (denúncia de incontinência de conduta). O autor alega, no entanto, que nunca cometeu tal falta e acusa a reclamada de ter se utilizado de situação inexistente para se exonerar de encargos rescisórios devidos. Aduz que, embora tenha recebido a carta de dispensa, não identificou documentos que pudessem dar prova à denúncia.

Afirma o reclamante que a referida trabalhadora, terceirizada, de quem era supervisor, "passou a fazer serviços mal feitos" e por essa razão havia cobranças suas, constantemente, sobre ela, para que corrigisse. Além disso, informa que demitira o irmão da trabalhadora assim que assumiu o cargo e que essa situação poderia explicar a falsa denúncia como forma de vingança.

Destaque-se que o reclamante foi contratado em 15/08/2018 e a denúncia com posterior demissão se deu em

1 A anonimização do nome foi uma escolha editorial

dezembro/2020, logo, dois anos e quatro meses, aproximadamente, ao tempo em que ingressara na reclamada e que, enfim, demitira o irmão da trabalhadora em questão. A Sra. XXXXXX trabalhava na reclamada há quatro meses, quando o fato se deu, logo conquistara a oportunidade de emprego em 2020, vale dizer, ano em que o país atravessava a pandemia da COVID-19, com sérios desdobramentos na empregabilidade.

A reclamada, em defesa, relata (ID a38bcf0):

Em 03/12/2020, a reclamada teve conhecimento de que no dia 01/12/2020 o reclamante havia praticado assédio sexual e tentativa de estupro contra a Sra. XXXXXXXX, que também em 03/12/2020 registrou boletim de ocorrência relatando a atitude do reclamante [...]. Logo após, com a oitiva dos demais empregados que presenciaram os atos praticados e acareação dos fatos, a reclamada optou por efetivar a dispensa do reclamante por justa causa, visto que incontroversa a sua conduta [...] Resta patente que a conduta do reclamante é na legislação juslaboral, visto a previsão **tipifica** do art. 482, "b", CLT [...]. Com a conclusão das investigações internas da reclamada no dia 03/12/2020, o reclamante foi dispensado em 04/12/2020, logo, observou a reclamada a **imediatez e ausência de perdão tácito**. Ademais, é patente a **proporcionalidade** entre a falta cometida e a punição aplicada. Isso porque assédio sexual e tentativa de estupro é(sic) falta gravíssima, impedindo o prosseguimento da relação de emprego. Conforme já mencionado, o ato foi capaz de inferir na moral de uma colega de trabalho também na relação entre o empregado e empregador, não havendo sequer a necessidade de gradação da pena, porque o ato de **improbidade** é suficiente para aplicação da justa causa (grifos da reclamada).

Em audiência de instrução (ID 91199ct), as testemunhas disseram não ter presenciado o fato, mas ouviram falar a respeito.

Diz a testemunha do reclamante:

Que não viu nenhum tipo de aproximação ou qualquer desentendimento entre a senhora XXXXXXXX e o reclamante [...] que também ouviu dizer, no início do contrato, que o irmão da XXXXXXXX, Sr. XXXX, tinha sido mandado embora; que nessa ocasião a Sra. XXXXXXXX ainda não trabalhava na empresa; que a cidade é pequena; que não sabe se a Sra. XXXXXXXX tinha algum receio do Reclamante, mas acredita que sim, porque o irmão dela havia sido mandado embora pelo Reclamante.

Diz a testemunha da reclamada:

Quanto ao relato da Sra. Marinalva, foi lhe dito que ela disse que foi abordada no segundo piso, quando ela escapou e durante o dia ela teria descido em uma casa que serve de alojamento e ela teria sido abordada nesse local de novo; que a distância do alojamento para o escritório(sic) (onde tem o segundo piso) é de 500 a 700 metros. [...] que pelo que sabe não houve ninguém que tenha visto ou ouvido o que foi relatado pela Sra. XXXXXXXX, até porque a XXXXX chegava mais cedo e o segundo lugar era distante do escritório.

Passo à controvérsia suscitada no recurso.

Reconheço que o conjunto fático probatório constante dos autos não é robusto e nem alçaria facilmente esse, pois, enfim, essa é uma característica *status* de litígios que envolvem denúncias de violência sexual contra mulheres e crianças, uma vez que tais violações não acontecem em espaços públicos ou na presença de testemunhas, mas ocorrem quando a vítima se encontra só.

O primeiro passo quando da análise de provas produzidas na fase de instrução é questionar se uma prova faltante de fato poderia ter sido produzida [...]. Trata-se do caso clássico de ações envolvendo abusos que ocorrem em locais privados, longe dos olhos de outras pessoas [...]. Esse questionamento pode ser

feito também em circunstâncias nas quais testemunhas podem ter algum impedimento (formal ou informal) para depor. E o caso, por exemplo, de pessoas que presenciam casos de assédio sexual no ambiente de trabalho, mas que têm medo de perder o emprego se testemunharem. Em um julgamento atento ao gênero, esses questionamentos são essenciais e a palavra da mulher deve ter um peso elevado (Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, CNJ, 2021).

Também é comum, nesses casos, a desqualificação da denúncia de violências de gênero como próprias de mulheres que desejam vingança e/ou retaliação. Na peça inicial, a vingança é levantada como hipótese pelo reclamante para justificar a denúncia feita contra ele e que alega ser falaciosa. Cogita que o comportamento da trabalhadora teria sido motivado como resposta ao fato de o reclamante ter dispensado seu irmão da reclamada, assim que assumira o cargo, há pouco mais dois anos do fato, ou por estar a trabalhadora insatisfeita com as cobranças do reclamante acerca da qualidade do serviço da trabalhadora. Com efeito:

E necessário que preconceitos de gênero - como a ideia de que mulheres são vingativas e, assim, mentem sobre abusos - sejam deixados de lado (Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, CNJ, 2021).

A douta magistrada de 1º grau também assim fundamenta em sentença (ID 80c9f8d):

No caso em tela não há controvérsia sobre a existência da denúncia do assédio sexual. Ante a riqueza de detalhes da exposição da denunciante, tanto no relato junto à empresa, quanto ao relato no boletim de ocorrência. Veja que as poucas contradições que se tem nos dois relatos são apenas do horário da primeira abordagem. Assim, tenho que a Reclamada agiu corretamente dando voz à denunciante. Nesse sentido, sobre o valor probatório da palavra da vítima, traz o Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de

Gênero 2021, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, *in verbis*"a.2. O valor probatório da palavra da vítima As declarações da vítima qualificam-se como meio de prova, de inquestionável importância quando se discute violência de gênero, realçada a hipossuficiência processual da ofendida, que se vê silenciada pela impossibilidade de demonstrar que não consentiu com a violência, realçando a pouca credibilidade dada à palavra da mulher vítima, especialmente nos delitos contra a dignidade sexual, sobre ela recaindo o difícil ônus de provar a violência sofrida." (Referência a MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 95-97).

Por outro lado, com a devida vênia à douta magistrada, ao mesmo tempo que ela afirma ser incontroversa a denúncia, também sobre ela coloca dúvidas, pelos seguintes fundamentos (ID 80c9f8d), sinalizando uma ambiguidade própria que é suscitada em casos em que há violências de gênero envolvidas. Mesmo convencida acerca da denúncia, evoca princípios jurídicos sobre o rito que podem, mesmo sem intenção, colocar em dúvida a fala da trabalhadora:

Porém, tratando-se de assunto extremamente delicado, com imputação tão séria em face do trabalhador, a Reclamada deveria ter agido, dando-lhe pelo menos a chance de se defender [...] O depoimento da Reclamada em audiência confirma a ausência de investigação e até mesmo de direito de resposta do Reclamante, ante a acusação de assédio sexual (fl. 4)

E acrescenta:

Noto, que, o fato de não ter havido nenhuma outra menção de atos similares que teriam sido praticados pelo Reclamante são indícios que favorecem o Reclamante, já que o próprio Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, constata que: "Tanto o assédio moral como o sexual, dificilmente se esgotam numa conduta isolada

e específica, guardando um caráter sistêmico e continuado, que perpetua a violência à vítima no ambiente no qual eles acontecem. O reconhecimento destes conjuntos de práticas perversas é fundamental para o enfrentamento efetivo do problema" (fl. 5)

Sim, "dificilmente se esgotam numa conduta isolada e específica", logo, há exceções, há casos em que se esgotam em episódios únicos, por uma questão de oportunidade, como nos parece ser o caso em tela.

O relato da trabalhadora é estarecedor, especialmente por se tratar de tentativa de estupro, crime sexual do mais vil, conforme relatos de mulheres que já tiveram essa vivência tão desintegradora do ser. Especialistas apontam que é comum o segredo e o silenciamento com relação à violência sexual como forma de esquecer a situação vivida, além do medo do julgamento social (RUSCHEL, Angela Ester et al. Mulheres vítimas de violência sexual: rotas críticas na busca do direito ao aborto legal. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 38, p. e00105022, 2022).

Transcrevo aqui trechos do relatório produzido pela reclamada após escuta da trabalhadora (ID 34a8603), com informações que também constam no Boletim de Ocorrência (ID f8f9109). É um relato com alto teor de violência, constrangedor, mas que permite dimensionar a gravidade da denúncia e a reação da gestão da reclamada ao ouvir a trabalhadora:

Que na terça-feira no dia 01/12/2020 iniciou suas atividades no armazém, por volta de 7h30. Alguns minutos após o supervisor do armazém Edson Galdino chegou e disse bom dia, colocando a mão em seu ombro e pediu que ela olhasse umas caixas no arquivo que haviam chegado. Quando estavam na sala, disse que o Edson a agarrou contra uma mesa esfregando rosto no dela e dizendo que queria transar com ela. A xxxxxxxx disse que iria gritar se ele não parasse. Perguntei se ele parecia alterado por conta de uso de álcool ou drogas. Ela disse estava com os olhos vermelhos e parecia alcoolizado. A Marinalva relata que ele segurou em sua

garganta e disse que a mataria. Neste momento, ela conseguiu empurrá-lo e ele caiu em cima de umas cadeiras e ela conseguiu sair da sala. Que em outro momento, por volta de 9h30, ela estava na(sic) lavando louça na área de lazer quando o Edson veio novamente, se aproximou, esfregando novamente o rosto no dela e que pegou no braço dela querendo levá-la para uma outra sala e que neste momento o empurrou. Que ele apareceu novamente, sem calças, com o pênis para fora, usando preservativo e dizendo que queria transar com ela. A xxxxxxxx relata que pegou uma barra de ferro que estava no local e disse que bateria nele se ele se aproximasse. Que tentou sair, mas a porta estava trancada. Que teve que pular uma janela para fugir. Que o Edson disse que iria fazer uma suruba na casa dele com ela e a outra companheira da limpeza. Que ela rebojava muito e que deveria rebolar assim no pênis dele.

Embora não esteja se falando aqui em trabalho doméstico, não se torna difícil estabelecer afinidades sociopolíticas e históricas entre trabalhadoras domésticas e trabalhadoras da manutenção e limpeza, especialmente se atentarmos para alguns elementos no relato da trabalhadora em questão, como ser atacada ao estar em frente a uma pia, cuidando da limpeza. Ora,

A cultura do estupro se faz presente desde o tempo da escravidão. O assédio contra empregadas domésticas históricas e diametralmente viola o direito das trabalhadoras à segurança no trabalho, cria condições prejudiciais ao seu bem-estar físico e psicológico e interfere no âmbito de trabalho ao concretizar uma atmosfera que fragiliza e desmoraliza a mulher, infligindo a ela a sujeição e um sistemático rebaixamento de direitos e limites morais. O padrão assediador utiliza-se do espaço de convivência e da confiança que se estabelece - quer pelos laços de afinidade, quer a partir das relações de subordinação. Revestido de crenças machistas e patriarcais, o empregador se sente protegido pela inviolabilidade do lar e se vê no direito de dispor dos corpos

das trabalhadoras, principalmente adolescentes e jovens. A agressão sexual é sórdida e clandestina, pois o seu autor age em lugares fechados, longe de testemunhas, para não ser identificado. A maior dificuldade hoje enfrentada para a detecção do assédio sexual entre as trabalhadoras domésticas está justamente na invisibilidade da violência [...] Se não há dados, significa que não há crime? (SILVA, Daniel Teixeira; BRASIL, Mariane Lima Borges. O assédio sexual às trabalhadoras domésticas e a dificuldade probatória: um olhar sobre o tema e a justiça do trabalho brasileira à luz da teoria interseccional de análise social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 183-215, jan./jun. 2020.).

No presente caso, estamos falando não apenas de denúncia de uma tentativa de estupro, mas de duas tentativas num mesmo dia de trabalho, com características distintas, mas impetradas pelo mesmo agente. Ciente de denúncia tão grave, a reclamada, ao invés de reproduzir uma tradição sociocultural nesses casos, como já exposto aqui, que é desconsiderar a fala da vítima, ao contrário, prontamente a chamou, orientou-a a buscar uma delegacia de polícia para apuração e responsabilização legal da denúncia e solicitou à trabalhadora que ficasse em casa até que se resolvesse a situação. E se o estupro tivesse sido consumado? No relato da denúncia da trabalhadora, só não se realizou porque ela fugiu. Ademais, por que a trabalhadora criaria esse fato? Que impactos positivos tal denúncia contra seu superior hierárquico traria para sua carreira, sua relação no ambiente de trabalho? Que vantagens teria a trabalhadora ao se expor desta maneira, não apenas no ambiente laboral, mais especialmente em sua comunidade, haja vista o porte pequeno da cidade? Pesquisas apontam que a primeira a ser julgada em crimes sexuais é a vítima mulher (COSTA, Ana Clara Dos Santos et al. Assédio sexual: prevalência e consequências em trabalhadoras do varejo formal na cidade de São Luís do Maranhão. 2022). A tese da vingança, que também não restou comprovada, parece vazia de razão, como já dito, uma vez que a demissão do irmão da trabalhadora em questão havia se dado há aproximadamente dois anos do fato e não há nos autos menção a conflitos relacionados a

essa questão, tudo meramente especulativo por parte do autor.

A douta magistrada de 1º grau fundamenta seu julgamento de dispensa sem justa causa no fato de que "a empresa não se atentou para o primado essencial do direito, que é o direito à defesa e contraditório" (ID 80c9f8d, fl. 5). Com a devida vênia, destaque-se que, embora seja um princípio, não há legislação que obrigue empresas a oportunizarem tais dispositivos no momento da dispensa, podendo o autor se defender em juízo. Observe-se também que no art. 26 do Código de Conduta da reclamada (ID d95ec2) estão arroladas as penalidades, porém sem gradação ou correlação entre as mesmas. Consta "demissão por justa causa", cuja previsão de aplicação consta que será feita com base na gravidade da transgressão, pelo Departamento de Recursos Humanos da reclamada.

Também, em que pese a fundamentação do juízo *a quo* ainda sobre o primazia da defesa e do contraditório, torna-se importante reforçar o surgimento de novas perspectivas na operação do Direito no Brasil, inclusive reparatórias, como, inclusive, também é trazido na sentença de origem. O Conselho Nacional de Justiça, em diálogo com os demais órgãos do Sistema de Justiça brasileiro, tem reconhecido um silenciamento histórico institucional com relação a violências estruturais como a que se está tratando no presente processo. O próprio Protocolo, aqui já citado e também pela douta magistrada de 1º grau, introduz em suas orientações:

Este protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito e, a partir disso, identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas.

Quanto à interpretação e aplicação abstrata do direito, reza o Protocolo:

Enquanto alguns problemas estão relacionados a aplicação

contextualizada do direito, outros se relacionam com a própria forma como o direito é concebido - ou seja, como categorias, seus valores e princípios fundamentais operam. Isso significa dizer que a aplicação igualitária do direito - por exemplo, livre de estereótipos - não tem, por si só, o potencial de oferecer soluções jurídicas verdadeiramente emancipatórias. [...] Muitas regras e muitos princípios são aplicados de maneira abstrata, sem levar em consideração as relações de poder que existem na sociedade e que podem influenciar conflitos e interpretações aparentemente neutras do direito.

O juízo *a quo* reconheceu que "não há controvérsia sobre a existência da denúncia do assédio sexual" e que "a Reclamada agiu corretamente dando voz à denunciante" (ID 80c9f8d, fl. 04), o que este Relator tem convergência. Inclusive, no depoimento pessoal do preposto da reclamada, em audiência de instrução (ID 91199c7) houve indeferimento da pergunta afeita ao motivo da dispensa do reclamante, manifestando-se assim a douta magistrada:

Indeferida a pergunta de qual o motivo da dispensa do reclamante, tendo em vista que este motivo é incontroverso nos autos.

É fato que o ato da denúncia como motivador da justa causa é incontroverso e não o julgamento do caso, o qual acontecerá em instância criminal própria. Todavia, considerando a gravidade pela tipicidade da conduta denunciada, o princípio da imediatidade - ou seja, a observação do momento em que o empregador toma conhecimento da falta cometida e a resposta disciplinar proporcional, evitando que a omissão caracterize a hipótese de perdão tácito - e a proteção da trabalhadora era urgente alguma medida patronal que garantisse segurança para que a trabalhadora pudesse retornar ao serviço, sem ter sua integridade ameaçada. Além disso, é sabido que mulheres desenvolvem, após experiências dessa natureza, transtorno de estresse pós-traumático, a depender do quão menos invasivo for o assédio e as idiosincrasias das mulheres vitimadas.

Abrir processo disciplinar na empresa

para apuração de um ato que normalmente ocorre no silêncio, às escondidas, em uma conjuntura de medo e vulnerabilidade às vítimas - estamos falando de tentativa de estupro - parece inócuo e/ou limitado, demandando, na verdade, uma investigação especializada, própria da esfera criminal, onde o reclamante terá a oportunidade de se defender nos órgãos competentes.

Assim, frente a todos os limites probatórios que as violências sexuais apresentam, a dispensa tem causa. A reclamada deu voz à trabalhadora e dispensou motivadamente o reclamante, vez, também, que ele passou a ser uma ameaça à rotina da trabalhadora no ambiente laboral.

Desta forma, outro caminho não haveria à reclamada se não a dispensa por justa causa do reclamante, nos termos do art. 482, b, da CLT, considerando a proporcionalidade frente à gravidade do ato trazido - tentativa de estupro - na denúncia da trabalhadora, mulher, subordinada direta do reclamante, auxiliar de serviços gerais na reclamada e lavradora (como consta na qualificação do boletim de ocorrência), moradora de uma cidade com pouco mais de 4500 habitantes (IBGE, 2020). Sim, são elementos que também perpassam a análise do direito.

Assim, ante o exposto, reitero que a reclamada não dispensou o reclamante sem justa causa. Houve causa.

Dou provimento ao recurso, excluindo da condenação o pagamento do aviso prévio indenizado, 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas de 1/3, liberação do FGTS, multa de 40% e entrega das guias do seguro-desemprego.

Mantida a condenação quanto ao pagamento do saldo de salário de 4 dias de dezembro de 2020, com incidência da multa prevista no artigo 467 da CLT já que a parcela nem sequer foi contestada pela reclamada e também não foi paga em audiência.

Havendo verba rescisória incontroversa não paga a tempo e modo, também é mantida a multa prevista no § 8º, do artigo 477 da CLT.

Do sobreaviso

O Juízo de Origem deferiu o pedido de pagamento de adicional de sobreaviso.

A diretriz firmada na Súmula n.º 428 do C. Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que se reconhece o direito às horas de sobreaviso apenas quando o empregado, à distância, é submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em estado de disponibilidade para atuar quando convocado para atendimento às necessidades de serviço durante o período de descanso:

SÚMULA 428. SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 - DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Não há elementos probatórios nos autos que atestem o controle patronal sobre o horário do reclamante no momento de seu descanso. Em que pese as testemunhas terem afirmado que o reclamante ficava em posse de telefone corporativo para uma eventualidade, não é possível afirmar que o reclamante estava obrigado a permanecer em prontidão, sem possibilidade de ir e vir de sua residência ao longo da noite, para a qualquer momento ser chamado para o serviço durante o período de seu descanso. As testemunhas não afirmaram ter presenciado o reclamante em serviço nesses casos, durante seu descanso, mas apenas sobre o que sabiam sobre a dinâmica do uso do telefone corporativo e que o mesmo ficava em posse do reclamante para uma eventualidade, uma vez que residia próximo ao armazém da reclamada.

Restou assente, pois, que o autor apenas recebia chamados eventuais da reclamada para resolver questões pontuais sobre disparos ocasionais de alarmes - uma vez que morava próximo - o que difere do labor em sobreaviso que, normalmente, é feito por meio de escala ou plantão e exige que o empregado esteja em sua residência ou nas proximidades do local de trabalho a fim de atender demanda do empregador.

No caso, as partes não citam que a empresa impunha ao reclamante limites à sua locomoção ou a controle empresarial que permitiria a sua convocação a qualquer momento.

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso também nesse aspecto e excludo da condenação o pagamento das horas de sobreaviso.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do recurso interposto pela reclamada e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para inverter a dispensa sem justa causa em dispensa motivada, excluindo da condenação o pagamento do aviso prévio indenizado, 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas de 1/3, liberação do FGTS, multa de 40% e entrega das guias do seguro-desemprego e o pagamento de adicional de sobreaviso.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 140,00 calculadas sobre R\$ 7.000,00, novo valor da condenação.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sessão turmária e conforme o contido na respectiva certidão de julgamento, aprovar o relatório, conhecer do recurso da reclamada e dar-lhe parcial provimento.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 140,00 calculadas sobre R\$ 7.000,00, novo valor da condenação.

Julgamento ocorrido por maioria de votos, nos termos da fundamentação

apresentada no voto condutor; tendo restado vencidos os Desembargadores Ricardo Alencar Machado e Cilene Ferreira Amaro Santos que negavam provimento ao apelo, mantendo a r. sentença de 1º grau por seus próprios fundamentos.

Presentes os Desembargadores Ricardo Alencar Machado (Presidente), Pedro Luís Vicentin Foltran, Brasilino Santos Ramos, José Leone Cordeiro Leite e Cilene Ferreira Amaro Santos.

Representando o Ministério Público do Trabalho o Procurador Regional do Trabalho Adélio Justino Lucas; tomando ciência da matéria e não se manifestando no presente caso por razões circunstanciais.

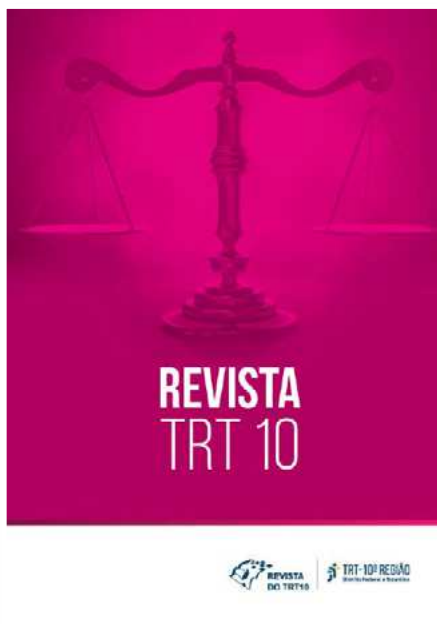
Fez-se presente em plenário, fazendo uso da tribuna para sustentações orais, o advogado Guilherme Fernandes representando a empresa COFCO International Brasil S/A.

Secretário da Turma, o Sr. Luiz Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno.

Secretaria da 3ª Turma;

Brasília/DF,
08 de março de 2023 (data do julgamento).

Pedro Luís Vicentin Foltran
Desembargador Relator



Sentença da Ação Trabalhista nº NNN-NN.2021.5.10.0021

RESUMO DO PROCESSO

Trata-se de Ação Trabalhista ajuizada por YYYYYYYYYY em desfavor de XXXXXXXX. Em sua petição inicial, a parte reclamante sustenta que sua dispensa foi discriminatória e postula a condenação das parcelas descritas na exordial e as benesses da justiça gratuita. Atribui à causa o valor de R\$ 587.107,71. Juntou documentos. Ante o advento da pandemia do novo coronavírus, foi dada vista para juntada de defesa no PJe e para réplica e prazo para as partes se manifestarem sobre interesse em acordo e sobre a necessidade de prova oral e/ou pericial.

A reclamada junta defesa, argui prejudicial de prescrição quinquenal, negou a ocorrência de discriminação, traz

considerações acerca da pretensão deduzida em juízo e pugna pela improcedência do pedido. Colaciona documentação. A parte reclamante junta réplica. Na audiência de instrução, com as partes presentes e não havendo acordo, foi dispensado os depoimentos pessoais. Não foram apresentadas testemunhas. Sem outras provas, a instrução foi encerrada. Razões finais reiterativas e proposta conciliatória final rejeitada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA

A parte reclamada impugnou o valor da causa apontado na petição inicial. Com a

vigência da Lei 13.467/2017, o valor dado à causa, em face da soma dos pleitos líquidos apresentados, serve não apenas para definir o rito processual que tramita a ação trabalhista e para fixar o valor das custas em caso de improcedência do pedido, mas também para a apuração de honorários advocatícios em caso de sucumbência, ainda que parcial, da parte reclamante.

Todavia, assim como a parte reclamante passou a ter o dever de apontar o valor líquido de cada pleito, a parte reclamada, ao impugnar o valor da causa, deve igualmente, em face do princípio da paridade de armas, indicar a importância que entende correta para cada pretensão e, assim, indicar o valor correto da causa, sob pena de rejeição liminar da impugnação genérica. Sendo essa hipótese dos autos, não procede a impugnação. Além disso, ao contrário do alegado pela reclamada, não vislumbro incompatibilidade entre a pretensão deduzida em juízo e os valores indicados nos pleitos apresentados em juízo. **REJEITO** a impugnação do valor da causa.

DIREITO INTERTEMPORAL

Considerando as alterações promovidas na legislação trabalhista pela Lei 13.467/2017, registra-se que sobre os aspectos processuais indicados, será considerada, nesta sentença, a legislação vigente quando da propositura da reclamação trabalhista. No que diz respeito às relações de direito material, vale, o princípio constitucional de vedação à retroatividade das leis, de maneira que a Lei 13.467/2017 não alcança as relações jurídico-trabalhistas já consumadas.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

A parte reclamada invoca a prescrição quinquenal da pretensão. Efetivamente, o contrato de trabalho perdurou por mais de 5 (cinco) anos, contados do ajuizamento da Reclamação Trabalhista, atraindo a incidência da prescrição quinquenal, nos termos dos arts. 11 da CLT e 7º, XXIX, da Constituição Federal e que também alcança o FGTS (Súmulas 216 e 362 do TST). Em face do princípio da actio nata, a prescrição somente começa a

fluir a partir da ciência da lesão (art. 189 do Código Civil). Na seara trabalhista, em regra, o empregado tem ciência da lesão a direitos de trato sucessivo por ocasião do pagamento, quando, nesses casos, é violado o direito. Por isso, a prescrição quinquenal somente atinge as parcelas pecuniárias cuja época própria de pagamento é anterior ao quinquênio do ajuizamento da Reclamação Trabalhista.

JULGO EXTINTO, com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, II, do NCPC, a pretensão relativa aos direitos pecuniários postulados cuja época própria de pagamento seja anteriores a 06/01/2016.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. MULHER. INDENIZAÇÃO

Discute-se nos autos a regularidade da dispensa da reclamante, apontada por ela como discriminatória.

Em sua petição inicial, a reclamante narra que laborou para a reclamada por 21 anos e que jamais teve qualquer penalidade, pois sempre atuou como uma funcionária exemplar. Menciona que no dia 12/01/2019 foi diagnosticada com endometriose profunda com acometimento de vários compartimentos pélvicos, sendo orientada a procurar três médicos especialistas para seu tratamento. Informa que foi submetida à procedimento para retirada de 20cm do intestino em razão de “obstrução intensa” (fls. 6), sendo marcada para o dia 31/05/2019 cirurgia para troca do cateter, no entanto, não foi realizada devido a imprevistos do médico cirurgião responsável. Aponta que a citada cirurgia foi reagendada para 21/06/2019. Alega que os especialistas que a acompanham estão avaliando a necessidade de “retirada de um pedaço do Ureter e da Bexiga” (fls. 6). Enfatiza que sempre marcou seus exames aos finais de semana para não se ausentar das atividades profissionais e que “a reclamada tinha total ciência do quadro de saúde da reclamante” (fls. 6, há grifos no original) e de toda situação referente a seu tratamento médico, inclusive da nova data da sua primeira cirurgia. No entanto, destaca que em 12/06/2019 a empresa comunicou-lhe que não tinha mais interesse em seus serviços.

Em defesa, a reclamada impugna todos os fatos narrados na exordial, confirma as datas de admissão e rescisão, afirma que, em maio de 2019, a reclamante passou a exercer a função de especialista financeira e advoga, em apertada síntese, que a dispensa da autora decorreu da “necessidade de redução de custos operacionais” (fls. 117), em face de “dificuldades do cenário econômico” (fls. 118), tendo havido dispensas de diversos funcionários. Sublinha o correto pagamento das verbas rescisórias devidas, sem ressalva sindical nesse particular. Acrescenta que sempre agiu dentro do bom senso, educação e respeito a todo tipo de diversidades. Refere, ainda, que a empregada encontrava-se apta quando da dispensa, não tendo havido conduta discriminatória em razão do quadro de saúde por ela apresentado. Recorda que exige de todos os empregados o cumprimento do Código de Ética e que disponibiliza canal interno para denúncia junto a ouvidoria. Defende a regularidade da dispensa, invoca o poder diretivo que possui e pugna pela improcedência do pedido.

Por ocasião do início da audiência de instrução processual, este magistrado, ao deparar com a dificuldade de provar a discriminação oculta e, atento aos comandos dos arts. 373 do NCP e 818 da CLT, deu ciência às partes sobre a “possibilidade da inversão do ônus da prova e da aplicação de técnicas diferenciadas de ônus probatório, inclusive a teoria dinâmica do ônus da prova” (fls. 321 do PDF).

1. Desigualdade entre homens e mulheres

A busca pela igualdade entre as pessoas é fruto de um processo histórico de construção dos direitos fundamentais que, ao longo do tempo, encontrou percalços e influxos e que, até hoje, encontra dificuldades para superar barreiras culturais, educacionais e sociais e de tornar-se realidade nas relações interpessoais. O Direito e a Justiça são desafiados, a todo instante, a concretizar a igualdade, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

A luta pela igualdade entre homens e mulheres e do reconhecimento dos direitos

das mulheres tem seu marco histórico na Déclaration des Droits de la femme et de la Citoyenne (Declaração de Direitos das Mulheres e das Cidadãs), escrita por Olympe de Gouge (nome civil: Marie Gouze) em 1791, dois anos após a Declaração de Direito dos Homens e do Cidadão, e que estabelecia que a mulher nasce livre e mantém-se igual ao homem em direito e que defendia que todas as cidadãs e todos os cidadãos, iguais perante a lei, devem ter igual acesso a todos os cargos, em todos os postos e empregos públicos, segundo suas capacidade e seus talentos¹. Por suas idéias, Olympe de Gouge foi morta na guilhotina.

Em um tempo em que a concepção hegemônica era de que a razão era privilégio masculino², o desejo da igualdade entre os sexos inspirou figuras como Nísia Floresta Brasileira Augusta (nome civil: Dionísia Gonçalves Pinto)³, Mary Godwin Wollstonecraft⁴ e, muito tempo antes, François Poulan de La Barre⁵, entre outras valorosas defensoras.

Para Catherine Mackinnon⁶, as desigualdades são oriundas da existência de hierarquias estruturais e não simplesmente do tratamento diferenciado entre pessoas e grupos. Para ela, subjacente às relações interpessoais desiguais, há uma estrutura social hierarquizada que as amolda, bem como ao direito e aos desenhos institucionais⁷.

Nesse sentido, há um sistema, uma estrutura, que mantém as mulheres,

1 MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 60.

2 CAMPOI, Isabela Candeloro. O livro “O Direito das mulheres e a injustiça dos homens” de Nísia Floresta: literatura, mulheres e o Brasil do século XIX. São Paulo, Revista História, v. 30, n. 2, 2011.

3 AUGUSTA, Nísia Floresta Brasileira. **Direito das Mulheres e injustiça dos homens**. São Paulo: Cortez Editores, 1989 (publicação original de 1832).

4 WOLLSTONECRAFT, Mary Godwin. **A Vindication of the rights of woman**. Londres: 1792.

5 LA BARRE, François Poulan de. **De l'égalité des deux sexes**. Paris: 1673.

6 MACKINNON, Catharine A. Substantive equality: a perspective. **Minnesota Law Review**. Minneapolis, v. 96, 2011

7 MACKINNON, Catharine A. **Toward a feminist theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

por diversas formas, em uma relação de subordinação para com os homens e que, para alguns, é denominada de patriarcado⁸. Trata-se de uma assimetria, caracterizada por uma desigualdade funcional e por situações de domínio/subordinação de origem sexual decorrentes de uma desigualdade de poder na tomada de decisões nos diversos âmbitos sociais⁹.

Segundo Lia Vainer Schucman¹⁰:

as relações de gênero funcionam por meio de um sistema de signos e símbolos que representam normas, valores e práticas que transformam as diferenças sexuais de homens e mulheres em desigualdades sociais, sendo estas tomadas de maneira hierárquica valorizando o masculino sobre o feminino.

Exercem importante papel na manutenção dessas assimetrias os estereótipos, generalizações de atributos aplicadas a toda uma categoria ou grupo de pessoas, de modo que representam um olhar generalista sobre papéis, direitos, deveres, tarefas e características que os membros desse grupo devem ter¹¹.

Os chamados estereótipos de
8 DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009.

⁹ PEREIRA, Rosângela Saldanha. Abordagem teórica sobre a questão de gênero e desenvolvimento rural: dos projetos assistenciais ao planejamento de gênero. In: STADUTO, Jefferson Andronio Ramundo; SOUZA, Marcelino de, NASCIMENTO. Carlos Alves do. **Desenvolvimento Rural e Gênero: abordagens analíticas, estratégias e políticas públicas**. Porto Alegre: UFRGS, 2015, p. 21.

¹⁰ SCHUCMAN, Lia Vainer. **Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”**: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. Tese de Doutorado (em Psicologia). São Paulo: USP, 2012, p. 89.

¹¹ SILVA, Adriana Manta; RODRIGUES, Joana Rêgo Silva. A perspectiva de gênero como ferramenta à serviço da efetivação da igualdade no âmbito da atuação jurisdicional: In: LA CRUZ, Maíra Guimarães de; HERMES, Manuela; VALE, Sílvia Teixeira do (Orgs). **Direito antidiscriminatório do trabalho: aspectos materiais e processuais**. Salvador: Escola Judicial/TRT 5ª Região, 2021, p. 121

gênero podem estar relacionados com: i) o sexo, quando centrados nas diferenças biológicas entre os sexos; ii) a sexualidade, compreendendo as formas aceitáveis de sexualidade e as ideias sobre como grupos se comportam sexualmente; iii) os papéis e comportamentos, relativo aos papéis e às expectativas esperadas de cada grupo; ou ser iv) compostos, quando interagem com outras categorizações de outros grupos marginalizados¹², gerando a chamada interseccionalidade (com discriminações de múltiplas origens).

No campo das relações de trabalho, apesar do aumento da participação feminina no mercado de trabalho, pré-concepções estereotipadas de que a mulher é frágil, desregulada emocionalmente e limitada intelectualmente, perpetuam o trabalho feminino em postos periféricos, em funções de menor prestígio social e com baixa remuneração¹³, ou quando conseguem ascender, com remuneração, em média, 20,5% menor do que homens que ocupam a mesma função¹⁴.

Essas distorções têm raízes na divisão sexual do trabalho, que, mesmo neste século XXI, é “um dos principais fatores que dificultam a ascensão das mulheres na carreira e perpetuam a desigualdade salarial”¹⁵. A divisão sexual do trabalho tem dois pilares: a separação, que destina trabalhos distintos a homens e mulheres, e a hierarquização, que dá mais valor ao trabalho do homem em detrimento ao da mulher¹⁶. Para Giulia

¹² COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Gender stereotyping: transnational legal perspectives**. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2010. p. 25.

¹³ SIQUEIRA, Carolina Gandolfo Davanzo J.; FERIATO, Juliana Marteli Fais. A Precarização Do Trabalho Tem Rosto De Mulher. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 15, n. 1, 2021.

¹⁴ G1. **Mulheres ganham em média 20,5% menos que homens no Brasil**. 8 mar. 2022. Disponível: <https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/mulheres-ganham-em-media-205percent-menos-que-homens-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 25 dez. 2022.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: CNJ/Enfam, 2021, p. 103.

¹⁶ CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. **Enigmas de gênero: mulheres e carreira na magistratura federal**. Tese de doutorado (em Direito). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2021, p. 187.

Manera e Ruth Olivier Moreira Manus¹⁷, “a inclusão das mulheres no mercado de trabalho foi feita aos solavancos, inexistindo um real processo de aceitação da pluralidade e de efetivação de políticas de isonomia”.

O ambiente de trabalho é, na verdade, um terreno fértil para discriminações, pois a assimetria inerente à relação empregatícia favorece a prática velada de condutas discriminatórias, o que não exclui a ocorrência deste tipo de conduta também entre colegas no mesmo nível hierárquico.

As práticas discriminatórias quando olhadas pela perspectiva de gênero, somadas a outras interseccionalidades, como orientação sexual, raça e classe social, ganham proporções ainda maiores, especialmente, porque estas trabalhadoras se mantêm na base da pirâmide nas estruturas organizacionais, tornando as discriminações em relação a elas mais propícias e, não raras vezes, naturalizadas¹⁸.

Diversas metáforas são utilizadas pela literatura especializada para descrever algumas práticas discriminatórias à mulher no ambiente de trabalho:¹⁹

• **Teto de vidro:** é a barreira invisível ou oculta que impede a ascensão profissional das mulheres, gerando uma segregação ocupacional;

• **Piso pegajoso:** decorre das dificuldades das mulheres em superar as amarras de precariedade, de baixa remuneração e de pouca mobilidade para poderem ascender profissionalmente, produzindo uma segregação horizontal;

• **Labirinto de cristal:** constituído dos obstáculos e das barreiras presentes no longo e complexo trajeto profissional e que podem levar as mulheres a desaparecerem em muitas

de suas etapas;

• **Fronteiras de cristal:** é o empecilho de ordem geográfica que as mulheres encontram em razão da sua impossibilidade de mudança de domicílio, necessária para ascensão profissional, por optarem pela família em detrimento da carreira;

• **Viés da corda bamba:** é a necessidade de assumir um ponto de equilíbrio entre a masculinidade e a feminilidade, sob pena de, sendo feminina, ser rejeitada por ser “frívola” e, sendo masculina, ser vista como aproveitadora que ninguém quer trabalhar;

Diante da discriminação, incumbe ao Direito resguardar à vida, à integridade física, à saúde e à antidiscriminação, impedindo, combatendo ou erradicando atos, condutas, comportamentos, medidas e normas que causem violência à mulher, produzam diferenciação injustificada, sofrimento psíquico e adoecimento mental. O Direito vem evoluindo e estruturando-se para dar respostas a toda e qualquer forma de discriminação, nas suas diversas formas.

2. Combate à discriminação

A partir dos vários diplomas legais em vigor no país, extrai-se o seguinte conceito de discriminação:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência sob qualquer forma e que tenha o objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública e privada²⁰

A discriminação decorre de “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”²¹;

20 CHEHAB, Gustavo. A dificuldade probatória de práticas antidiscriminatórias e a ameaça ao efetivo e adequado acesso à Justiça. *Revista Juris poiesis*. Rio de Janeiro, v. 25, n. 37, 2022, p. 114

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

17 MANERA, Giulia; MANUS, Ruth Olivier Moreira. Mulheres e trabalho: uma trajetória jurídico-literária da desigualdade formal e representativa. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 24, n. 47, 2021, p. 13

18 BRASIL. CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. op. cit., pp. 107-108.

19 CHAVES, op. cit., pp. 279-309.

é uma violação ao princípio da igualdade (da isonomia), é uma grave violação dos direitos fundamentais que, além de atentar contra a dignidade da pessoa humana e a integridade psicofísica de alguém, ameaça e compromete a própria convivência pacífica e harmônica entre os indivíduos que compõem a rica diversidade cultural, racial, social e econômica de uma comunidade.

Por não ter justificativa razoável, a discriminação é arbitrária e contrária ao Direito, tem muitas causas (étnica ou racial; cor, traços ou marcas da pele; características físicas ou estéticas; idade; sexo; religião; nacionalidade ou naturalidade; enfermidades; condição social ou econômica; grau de instrução, etc) e apresenta-se sob diversas modalidades (condutas comissivas ou omissivas; intencionais e deliberadas ou institucionais; veladas e inconscientes; isoladas ou reiteradas e, até, sistemáticas ou estruturais). Sua origem mais comum é o preconceito (juízo desqualificador sobre alguém em razão de uma característica externa ou identificada de uma pessoa, seguimento ou grupo; uma percepção mental negativa em face de indivíduos ou grupos socialmente inferiorizados ou uma representação social conectadas a tal percepção²²), mas pode advir de assimetrias, de contextos culturais ou de estereótipos de diversas espécies.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Resolução 217/1948 da Assembleia-Geral da ONU e ratificada pelo Brasil, fixou como princípio universal que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei” e que “todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação [...]” (art. 7º). Também no âmbito da ONU foi aprovada, em 2015, a Agenda 2030 que tem como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5:

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas 5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte 5.2 Eliminar todas

22 RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15.

as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos 5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, [...]”²³.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José), adotada pelo Brasil pelo Decreto 678/1992, também assegura a igualdade das pessoas perante a lei e estabelece que todos têm direito, sem discriminação, a igual proteção legal (art. 24).

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pelo Decreto 4.377/2002, considera discriminação contra a mulher:

toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou **resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher**, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, **dos direitos humanos e liberdades fundamentais** nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (art. 1º, grifou-se).

Além dessas normas internacionais, a proibição de qualquer prática discriminatória está presente nos Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre Direitos Cívicos e Políticos (ratificados pelos Decretos 591 e 592/1992, respectivamente), na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto 65.810/1969) e na Convenção 111 da OIT (Decreto 62.150/1968, atualmente abrigada pelo Decreto 10.880/2019).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção

23 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030. Objetivos de desenvolvimento sustentável: igualdade de gênero.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 26 dez. 2022.

de Belém do Pará)²⁴, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 1.973/1996, entre outras disposições, estabelece:

Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

... omissis ...

Artigo 3. Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 4. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

a) direito a que se respeite sua vida;
b) direitos a que se respeite sua integridade física, mental e moral;

... omissis ...

f) direito a igual proteção perante a lei e da lei;

g) direito a acesso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos;

... omissis ...

Artigo 6. O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

a) o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e

... omissis ...

Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicas ajam em conformidade com essa obrigação; b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

... omissis ...

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso à restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; [...]"

A Constituição Federal de 1988: i) dispõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem, entre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); ii) estabelece como um dos objetivos fundamentais da República do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV); iii) prevê a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput); iv) assegura a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I); v) prevê a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e

24 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Jun. 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); vi) considera crime inafiançável e imprescritível a prática de racismo (art. 5º, XLII); vii) protege o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX); viii) proíbe diferenças salariais, de funções e critérios de admissão, fundada em distinção de pessoas (art. 7º, XXX); ix) repele a discriminação de pessoas com deficiência em relação a salários e acesso ao emprego (art. 7º, XXXI); x) veda distinção entre trabalhos de natureza diversas e de seus profissionais (art. 7º, XXXII).

A legislação ordinária brasileira é rica em leis que asseguram a igualdade e a isonomia e proíbem práticas discriminatórias pelas mais diversas origens, como, p. ex., fundadas em critérios raciais e étnicos (Lei 12.288/2010), por idade avançada (Lei 10.741/2003), por deficiência (Lei 13.146/2015) e no trabalho, especialmente em detrimento da mulher (Lei 9.029/1995).

A igualdade pode ser examinada sob uma perspectiva formal ou substancial²⁵. Pela perspectiva formal (ou meramente procedimental), trabalhada por John Hart Ely²⁶ e que é insuficiente para as distorções do mundo real²⁷, “há uma prática discriminatória deliberada comprovável por hostilidade, por antipatia e por preconceito” e, no plano substancial, não importa a intenção, mas as situações de desigualdades injustificadas e ilícitas decorrente de estigma, de estereótipos ou de desvantagem (ou privação) vivenciadas pela vítima²⁸. A concepção substancial mostra-se mais adequada para propiciar uma igualdade concreta e foi esse o modelo adotado pela Constituição brasileira (arts. 3º,

25 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, pp. 23-26

26 ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge, Massachusetts; London: Harvard University Press, 1980.

27 CRUZ, op. cit., pp. 23-26.

28 CHEHAB, Gustavo. Discriminação oculta e estrutural da mulher mãe e trabalhadora no cumprimento de metas de produtividade e os danos a sua saúde mental. In: ABREU E LIMA, Cristiano Siqueira de; RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral; LOURENÇO FILHO, Ricardo (Orgs). **Direitos fundamentais trabalhistas: análise crítica da teoria da jurisprudência**. Brasília: Venturoli, 2022

5º, I e XLII)²⁹.

A discriminação pode ser: a) direta (ou, no direito norteamericano, disparate treatment), quando é “plenamente verificada a partir da análise do conteúdo do ato discriminatório” e há intenção e consciência sobre a conduta praticada³⁰; b) indireta (institucional, estrutural ou disparate impact), quando existem “realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias”³¹, tais como medidas legislativas, administrativas ou empresarias que acentuam ou mantêm injustiça ou causam resultado (impacto) desfavorável a grupos ou pessoas³²; e c) oculta (ou velada), oriunda do direito francês, em que a prática intencional é disfarçada pelo emprego de instrumentos e meios, aparentemente neutros, mas que escondem a real intenção discriminatória.³³

A discriminação indireta (institucional ou estrutural) tem como elementos: a) a norma (medida, prática ou costume) aparentemente neutra e que produz um impacto (resultado) desproporcional e não desejado, que leva, assim, a uma discriminação; b) a ausência de justificativa objetiva da medida (norma ou prática) que encobre a discriminação; c) a falta de intenção em discriminar, pois, caso presente a intenção, a discriminação será direta.³⁴

Incumbe ao Poder Judiciário conferir plena força normativa à Constituição e aos Tratados internacionais criando “uma jurisprudência igualitária, pautada nos valores democratizantes e igualitários da Carta de 1988 e dos instrumentos internacionais

29 CRUZ, op. cit., pp. 23-26.

30 OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. **Revista Jus Navegandi**. Teresina, a. 11, n. 1176, set. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8950/>. Acesso em: 25 dez. 2022.

31 CRUZ, op. cit., pp. 30-31

32 OLIVEIRA NETO, op. cit.

33 ID., *ibid*.

34 CERDÁN, Pilar Betrián. La discriminación indirecta. In: OLGUÍN, Ana María Ibarra (Org.). **Discriminación: piezas para armar**. México: Suprema Corte de la Nación, 2021, pp. 65-68.

ratificados pelo Brasil³⁵. Em um contexto de discriminação estrutural ou de práticas veladas e ocultas de desigualdades, há requisitos, procedimentos e práticas em matéria probatória que impõem obstáculos e restrições concretas que impedem as mulheres, entre outros grupos, de realizarem seu direito de pleno e substancial acesso à Justiça pela ausência de proteção jurisdicional efetiva³⁶. Tal atuação judicial acarreta uma segunda prática discriminatória, de caráter institucional, e, também, a perpetuação da discriminação, como já reconhecido em condenações internacionais sofridas pelo Brasil.

3. Dificuldade probatória da discriminação

Há muito se discute se a verdade dos fatos pode ser alcançada, ou até, almejada no âmbito do processo judicial³⁷. Para Michele Tarrufo³⁸, há uma impossibilidade absoluta para conhecer a realidade do que quer que seja. Para outros, a prova, em um plano objetivo, é o meio hábil para demonstrar a ocorrência de um fato e, sob uma perspectiva subjetiva, é a certeza, a convicção, formada em torno de um fato³⁹.

De qualquer sorte, a prova é útil para, de certo modo, revelar uma certeza de um fato (ou, pelo menos, uma convicção) ou a verdade (o que se acredita ser verdadeiro) de

uma afirmação e é o meio apto e lícito para firmar o convencimento do Juiz⁴⁰

Seu objeto é a coisa, o fato, o acontecimento a ser conhecido e valorado pelo Juiz⁴¹ e, em sentido estrito, permite conhecer a existência material de um fato que o Juiz tem que valorá-lo juridicamente⁴². Sem a prova, os direitos subjetivos de alguém perante terceiros seriam mera aparência, sem solidez nem eficácia; mais ainda, a administração da Justiça não existiria sem a prova; sem ela não há ordem jurídica alguma⁴³.

O processo se serve da prova, como o organismo do oxigênio, para vivificar as proposições factuais, possibilitando a atividade decisória do juiz. As provas se destinam a demonstrar, no contexto do processo, quais proposições de fato merecem ser consideradas na formação da decisão⁴⁴.

A prova pode ser direta ou indireta. Haverá prova direta quando ela for capaz de demonstrar, por si mesma, o fato, não sendo necessário, por isso, qualquer raciocínio lógico para a comprovação do fato. Há, entre outras palavras, conformidade, em tese, entre o fato e a sua prova.

A prova indireta ocorre quando, comprovado outro fato, é possível concluir o fato controvertido em face da correlação entre eles⁴⁵. Ou seja, o fato provado é distinto do controvertido a que se busca demonstrar,

35 PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. In: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 1.

36 PESSOA, Adélia. Mulher em situação de violência e acesso à Justiça. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Democratizando o acesso à Justiça**. Brasília: CNJ, 2021, p. 32.

37 ARRUDA ALVIM, Teresa; GUEDES, Clarissa Diniz. Apontamentos sobre a finalidade da prova e o novo CPC. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e outros. **O novo Processo Civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, v. I, p. 156.

38 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 35-36.

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 411.

40 COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 215; SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 198.

41 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 419.

42 CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, v. I, p. 258.

43 ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de la prueba judicial**. 2. ed. Buenos Aires: Victor P. Zavalía, 1972, t. I, p. 12.

44 DUARTE, Zulmar. Verdade sobre a prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 237.

45 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 251..

mas a existência daquele leva o juiz a percebê-lo. A prova indireta pode derivar de indícios e de presunções⁴⁶ ou por meio de um raciocínio lógico-dedutivo fundados em fatos secundários que se relacionam com o fato a ser demonstrado⁴⁷. A construção lógica, dedutiva ou indutiva, que chegue ao fato e à circunstância a ser provada, como indícios e presunções, caracteriza a prova indireta⁴⁸.

Indício é “todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido [...], devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos”⁴⁹. Pode constituir indício, a informação estatística, que exprime, pela frequência, “os dados científicos considerados relevantes ou idôneos para revelar a probabilidade da aplicação de um enunciado relativo a fatos específicos que precisam ser provados”⁵⁰.

Presunção é a ilação feita a partir de um fato conhecido e provado para, por dedução ou por determinação legal, chegar-se a existência de outro, não conhecido, mas que se pretende provar⁵¹. Havendo presunção legal de existência ou de veracidade, o fato controvertido não precisa ser demonstrado (art. 374, IV, do NCPC). O princípio geral de todo sistema probatório brasileiro, elaborado por Nicola Malatesta⁵², é de que “o ordinário se presume, o extraordinário prova-se”. Dentre as presunções, destaca-se a máxima de

experiência, decorrente de “uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece”⁵³ (art. 375 do NCPC), que pode levar, até mesmo, a apuração dos fatos⁵⁴.

Em se tratando de discriminação:

A prova direta é particularmente útil nas práticas públicas ou explícitas de discriminação, onde o ofensor não esconde o tratamento diferenciado e, algumas vezes, exprime a motivação ilícita de sua conduta sob a forma de comentários, piadas, “brincadeiras”, gestos, etc. Nesse caso, testemunhos, imagens, documentos, confissões podem ser utilizadas para se concluir pela discriminação (ou pela justificação do tratamento diferenciado).

Todavia, em grande parte das vezes, não haverá prova direta da discriminação.⁵⁵

Comprovar atos e ações discriminatórias, especialmente as ocultas e as estruturais em razão de sua aparência neutra, é particularmente difícil⁵⁶. Na verdade, é inadequado exigir a prova direta da prática ou da intenção discriminatória velada⁵⁷ ou, ainda, utilizar regras tradicionais de distribuição do ônus da prova quando inexistente a prova direta⁵⁸. O ônus da prova

46 MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, pp. 151, 179-277.

47 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 310.

48 RANGEL, op. cit., p. 422.

49 DELLEPIANE apud PITT, Gioconda Fianco. **Prova indiciária e convencimento judicial no Processo Civil**. Dissertação de Mestrado (em Direito). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 31. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/15503/000686005.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 dez. 2022

50 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 349.

51 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 426.

52 MALATESTA, Nicola. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 132,

53 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 50.

54 ID, p. 41.

55 CHEHAB. **A dificuldade probatória de práticas antidiscriminatórias e a ameaça ao efetivo e adequado acesso à Justiça**, op. cit., p. 119.

56 CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 76, n. 3, jul./set. 2010

57 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 66/2006. **Caso n. 12.001: Simone André Diniz vs. Brasil. San José, 21 out. 2006**. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em 24 dez. 2022.

58 AROCHENA, José Fernando Lousada. La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral. Cuadernos de derecho judicial. Madrid, n. 7, 2005; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do tra-

é uma regra destinada “a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram”⁵⁹, quando ausentes elementos de convicção dos fatos controvertidos⁶⁰. Sob o plano subjetivo, ônus da prova é um encargo atribuído a uma das partes e, em uma perspectiva objetiva, é regra de julgamento em caso de ausência de prova⁶¹.

Dentre as várias teorias e técnicas de ônus probatório, o sistema processual brasileiro adotou, como regra geral (arts. 818 da CLT e 373 do NCPC), a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), inspirada na doutrina italiana de Chiovenda, Carnelutti e Betti⁶² e com raízes no direito romano⁶³, distribuindo-o de acordo com as alegações das partes e com a natureza dos fatos deduzidos em juízo. Assim, quem alega um direito deve demonstrar a existência dos fatos que o alicerça⁶⁴. O autor deve comprovar os fatos constitutivos do seu direito e que são suficientes para produzir um efeito jurídico⁶⁵ e que deram origem a relação jurídica deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*)⁶⁶. Ao réu cabe comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, que

balho . **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, 2008, n. 32. p. 111.

59 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 325.

60 PALACIO, Lino Enrique. **Manual de Derecho Procesal Civil**. 17. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 398.

61 VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Jus Navegandi**. Teresina: jun. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>. Acesso em: 24 dez. 2022

62 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova do Direito Processual Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 167.

63 RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no novo Código de Processo Civil. *In*: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rich; SCAPARO, Eduardo (Orgs.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015, p. 138.

64 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. I, p. 342.

65 CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Editorial Reus, 1925, t. II, p. 257.

66 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 378.

demonstram que das alegações do autor “não decorrem os efeitos por ele pretendidos”.⁶⁷

A teoria estática do ônus da prova, contudo, não leva em consideração “o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (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”⁶⁸. Por isso, referida teoria “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’”⁶⁹.

A aplicação da teoria estática do ônus da prova encontra, entre seus limites, a chamada prova diabólica, que é “aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida”⁷⁰, em situações como discriminação, violência sexual ou doméstica, assédio e outras lesões veladas, ocultas, invisíveis, estruturais ou imperceptíveis a direitos fundamentais quando a vítima não possui qualquer meio de prova. A ordem jurídica não impõe às partes o encargo de produzir provas impossíveis. Ao contrário, o acesso adequado à Justiça e o devido processo legal pressupõem o livre exercício da ampla defesa e do contraditório e a paridade de armas (art. 5º, II, XXXV, LIV e LIV, da Constituição e art. 7º, NCPC).

Eduardo Cambi⁷¹ adverte:

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 pode contentar com uma igualdade puramente formal entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento

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

68 CAMBI, op. cit., p. 353.

69 DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, op. cit., p. 62.

70 DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, op. cit., p. 60.

71 CAMBI, op. cit., pp. 364-366.

e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça [...]. 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 [atual art. 373 do NCPC], a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos materiais”.

Por isso, a dogmática jurídica utiliza-se de um sistema excepcional de ônus probandi, onde a regra geral opera mal porque 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”⁷².

Dentre essas técnicas, destacam-se: a) o princípio da aptidão para a prova, na qual o ônus probatório é do litigante que tem melhor condição (melhor aptidão) para fazê-lo (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor)⁷³; b) inversão do ônus da prova, a fim de garantir a paridade substancial de armas entre os litigantes (art. 5º, II e LIV, da Constituição Federal; arts. 1º e 373, §§ 1º a 3º, CPC e 818, §§ 1º a 3º, CLT), particularmente quando apresentado um início de prova pelo ofendido; c) prova por verossimilhança, fundada em um juízo de probabilidade da veracidade do fato⁷⁴ que é capaz de gerar uma “presunção natural que tem por fonte uma norma da experiência”⁷⁵ (art. 375 e, ainda, arts. 300, 311, 701 e, a contrario sensu, 345, IV, 1ª parte, todos do NCPC); d) teoria dinâmica do ônus da prova, “aquela segundo a qual

72 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, n. 31, 2005, p. 15.

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

74 CHEHAB, O **princípio da não discriminação e o ônus da prova**, op. cit.

75 DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. **A prova pela verossimilhança e o direito do trabalho**. Revista do TRT da 3ª Região. Belo Horizonte, n. 22, 1974, p. 35.

cabe o ônus probatório para quem - pelas circunstâncias do caso e independentemente de agirem como demandante ou demandado - está em melhor posição para produzir a respectiva prova”⁷⁶ (art. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCPC; e, mais recentemente em relação às mulheres, e) Protocolo de julgamento por perspectiva de sexo, de gênero ou de opção sexual, em que se coloca luz sobre as desigualdades desestruturantes da sociedade⁷⁷, as vivências da vítima de violência ou da ofensa, o seu contexto, e o modo do Judiciário receber, processar, tratar e julgar litígios judiciais (Recomendação 128/2022 do CNJ c/c arts. 8º do NCPC e 7, “f” e “g”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher).

O sistema de Justiça, portanto, deve ser aprimorado para, não apenas reconhecer a discriminação quando ela é direta e explícita, mas também adotando e reconhecendo, pelos mais diversos meios e técnicas de prova e de encargo probatório, a discriminação velada e também o impacto desproporcional de condutas de empregadores que reforçam, reproduzem ou adotem medidas que causam danos à dignidade da mulher trabalhadora, que a diminuam enquanto mulher ou, de alguma forma prejudiquem ou afetem à saúde das trabalhadoras.

4. Protocolo de julgamento. Recomendação 128/2022 do CNJ.

A exigência de prova direta da discriminação e a adoção de rígida regra de ônus probatório, em matéria penal, levaram a condenação do Brasil, em outubro de 2006⁷⁸,

76 PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional**. In: MORELLO, Augusto M. (coord) e outros. *Las Responsabilidades Profesionales: Libro al Dr. Luis O. Andorno*. La Plata: LEP, 1992, p. 263.

77 SILVA, Adriana Manta da. **Qual a importância do protocolo para a magistratura?**. In: TOSS, Luciane; TA-BOAS, Anna Borba (Coords). *O gênero como categoria jurídica: cartilha para atuação da advocacia*. Rio de Janeiro: OAB/RJ, 2022, p. 22.

78 Em março de 1997, em São Paulo, Simone André Diniz candidatou-se a emprego de doméstica, atraída pelo anúncio que tinha a informação “Pref. Branca”, e, após ligar para o número indicado, não obteve o emprego por, ao que acredita, ser negra. Aberto o inquérito policial com base no art. 20 da Lei 7.716/1989, o

pela Corte Interamericana Direitos Humanos, que concluiu:

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 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 causalidade⁷⁹.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁰, a Justiça brasileira, ao exigir prova direta da discriminação, pratica discriminação indireta (institucional) por impedir “o exercício ou gozo do direito desse mesmo cidadão a acessar a justiça para que se repare a violação”.

Pouco depois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸¹, no Caso 12.263, Márcia Barbosa de Souza e familiares vs. Brasil, considerou comprovados os fatos

juiz criminal, atendendo a solicitação do Ministério Público, arquivou o feito por falta de provas (cf. ARANTES, Paulo de Tarso Lugon.

79 O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, jul-dez/2007, n. 31, pp. 128-129).

80 ID., § 87, tradução livre.

81 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório 38/07. **Caso 12.263: Márcia Barbosa de Souza e familiares vs. Brasil**. 26 jul. 2007, §§ 50-51. Disponível em: <http://cidh.org/annualrep/2007port/Brazil12.263port.htm>.. Acesso em: 25 dez. 2022.

relacionados à violação do direito à vida, às garantias judiciais, ao acesso à justiça e aos direitos da mulher e observou o contexto de impunidade ante atos violentos por parte da Administração da Justiça, que afeta desproporcionalmente as mulheres como grupo, mediante “atitudes de funcionários judiciais baseadas em conceitos socioculturais discriminatórios que atingem principalmente a mulher” e que tem como consequência atrasos extremos e injustificados no processamento de casos de violência contra a mulher.

Diante de tais condenações e do compromisso internacional do Brasil com a preservação dos direitos fundamentais das mulheres, o Conselho Nacional de Justiça⁸², atento à iniciativa de outros países da América Latina, elaborou um protocolo para tratamento de demandas judiciais envolvendo violações e ofensas afetas ao sexo, ao gênero e à orientação sexual. Em fevereiro de 2022, o CNJ, por meio da Recomendação 128/2022, recomendou a adoção do referido protocolo por todos os órgãos de Justiça, facultando os julgamentos segundo tal perspectiva.

O Protocolo reconhece a influência, ao longo do tempo, das desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas das mulheres na produção e na aplicação do direito e, a partir disso, “identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas”⁸³. O objetivo principal do Protocolo é alcançar a superação desses percalços que impossibilitam a percepção da igual dignidade entre homens e mulheres, particularmente no ambiente judicial e no conceito de acesso à Justiça⁸⁴. Mais ainda, o Protocolo traz “diretrizes para efetivação do direito à igualdade e à não discriminação nos julgamentos ocorridos nos diversos âmbitos da Justiça”⁸⁵, isto é, para que o sistema de

82 BRASIL. CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. op. cit.

83 BRASIL. CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, op. cit., p. 8.

84 ID, p. 9.

85 MELO, Fernanda de Mendonça; RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral. Gênero e caminhos para o acesso à Justiça do Trabalho: invisibilidade da mulher no campo laboral. **Revista CNJ**. Brasília, edição especial Mulheres Justiça, ago./2022, p. 149

Justiça não reproduza, em seus julgamentos, estereótipos ou práticas de discriminação estrutural.

O Protocolo do CNJ⁸⁶ traz um guia para a atuação judicial dos(as) magistrados(as), com 7 passos e uma ou várias perguntas para cada um deles:

- **Passo 1: primeira aproximação com o processo**, em que se questiona se as desigualdades estruturais têm algum papel relevante na demanda judicial;

- **Passo 2: aproximação dos sujeitos processuais**, na qual se avalia a existência de circunstâncias especiais que devem ser observadas para que a Justiça seja um espaço igualitário para mulheres;

- **Passo 3: medidas especiais de proteção**, em que é verificada a necessidade de proteção da vítima, a(s) medida(s) apropriada(s) a ser(em) adotada(s) e a assimetria de poder entre as partes;

- **Passo 4: instrução processual**, no qual é avaliada se a instrução processual está reproduzindo violências de gênero institucionais;

- **Passo 5: valoração de provas e identificação de fatos**, em que se avalia i) a possibilidade de produção de prova relevante, ii) a necessidade de atribuir um peso diferente ao relato da vítima; questiona-se iii) se as provas podem estar contaminadas com estereótipos de gênero e iv) se a experiência pessoal do Juiz está interferindo na apreciação dos fatos, v) se está dando um peso diferente a evento por idéias pré-concebidas, vi) se algum fato relevante está sendo minimizado, e vii) se está ignorando dinâmicas de desigualdades estruturais;

- **Passo 6: identificação do marco normativo e precedentes aplicáveis**, em que se busca i) o marco jurídico, nacional ou internacional, ii) precedentes, iii) pronunciamentos, consultas ou informes do sistema internacional de justiça, aplicável ao caso, e iv) as ferramentas normativas para solucionar assimetrias na relação jurídica e v) avalia-se se a solução atende ao comando constitucional;

- **Passo 7: interpretação e aplicação do direito**, no qual é ponderado se i) a

86 BRASIL. CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, op. cit., pp. 44-54 e 54-57.

interpretação dada reflete na realidade do grupos subordinados ou está restrita à percepção de mundo do julgador, ii) se a norma foi construída a partir de estereótipos negativos sobre grupos subordinados, iii) trata do modo desigual grupos ou indivíduos ou iv) produz impacto desproporcional a certo grupo ou perpetua desigualdades estruturais.

Para o julgamento das ações judiciais, na perspectiva proposta pelo CNJ e pelo seu valoroso grupo de trabalho, os passos 5, 6 e 7 têm especial relevância e importância.

Particularmente, em questões afetas à alegação de dispensa discriminatória no trabalho, o Protocolo do CNJ⁸⁷ traz os seguintes questionamentos para análise sob a perspectiva de sexo:

1. A trabalhadora ou o trabalhador se insere em algum grupo vulnerável ou historicamente discriminado?
2. No meio ambiente de trabalho no qual a pessoa ou o grupo estão inseridos existem outras trabalhadoras ou outros trabalhadores com as mesmas características?
3. Nos processos seletivos, quais foram os perfis das candidatas selecionadas ou dos candidatos selecionados?
4. A conduta questionada, se praticada em relação aos grupos majoritários, produziria a mesma consequência?
5. A prática adotada habitualmente pelo empregador ou pela empregadora leva a resultados discriminatórios ainda que não tenha havido intenção de discriminar?
6. A prática da empregadora ou do empregador está relacionada ao trabalho e se coaduna ao negócio?

Resta, então, perquirir se a doença que acomete a reclamante é capaz de ensejar discriminação ou tratamento diferenciado injustificável.

5. Endometriose

A reclamante aduz ser acometida por endometriose profunda.

87 ID., p. 112.

Endométrio é a camada mucosa interna da parede do corpo do útero⁸⁸. Endometriose é uma “doença ginecológica crônica, benigna, estrogênio-dependente e de natureza multifatorial que acomete principalmente mulheres em idade reprodutiva”⁸⁹, causada pela “presença de glândulas endometriais e estroma fora da cavidade uterina”⁹⁰ e que atinge cerca de 10% das mulheres em idade reprodutiva e de 35 a 50% das mulheres inférteis⁹¹. No Brasil, a estimativa em 2016 era de que essa patologia afetava 7 milhões de brasileiras⁹².

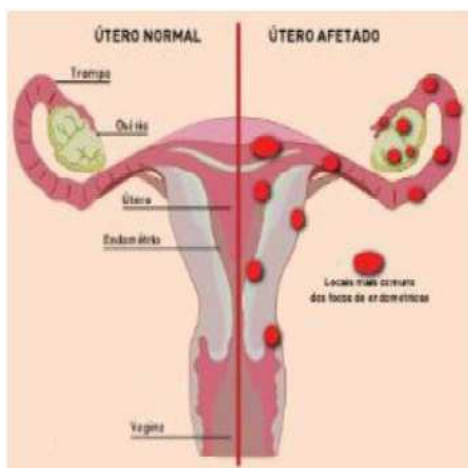


Figura 1: focos de endometriose no aparelho reprodutivo da mulher (Ciência em Foco: Vamos falar de endometriose?, 2015).

Os principais sintomas associados à endometriose são “dismenorreia, dor pélvica crônica ou dor acíclica, dispareunia de profundidade, alterações intestinais cíclicas (distensão abdominal, sangramento nas fezes, constipação, disquezia e dor anal

88 MOORE, Keith L.; DALLEY, Arthur F.; AGUR, Anne M. **Anatomia orientada para a clínica**. 7. Ed. Rio de Janeiro, 2014, p. 469.

89 PODGAEC, Sérgio e outros. **Protocolos Febrasgos: endometriose**. Ginecologia. São Paulo, n. 32, 2008, p. 5

90 SOUZA, Carlos Augusto B. e outros. Endometriose. In: FREITAS, Fernando e outros (Orgs.). **Rotinas em ginecologia**. 6. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 144.

91 CARDOSO, Jéssica Vilarinho e outros. Perfil epidemiológico de mulheres com endometriose: um estudo descritivo retrospectivo. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**. Recife, v. 20, n. 4, out./dez. 2020, p. 1070.

92 BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolos da atenção básica: saúde das mulheres**. Brasília: Instituto Sírio-Libanês de Ensino e Pesquisa, 2016.

no período menstrual), alterações urinárias cíclicas (disúria, hematúria, polaciúria e urgência miccional no período menstrual) e infertilidade”⁹³. Segundo Bárbara L. Hoffman e outros⁹⁴, “as pacientes com endometriose podem ser assintomáticas, subférteis ou apresentar graus variáveis de dor pélvica”. A literatura médica aponta que a “endometriose pode envolver intestino delgado, ceco, apêndice ou colo retossigmoide e levar à obstrução intestinal em alguns casos”⁹⁵.

Para alguns, a alta incidência de endometriose tem relação com a vida moderna da mulher, que engravida mais tarde – particularmente em razão de sua inserção no mercado de trabalho – e tem menos filhos⁹⁶. O estresse é um elemento importante no desenvolvimento da doença, pois gera “picos de adrenalina, substância associada à liberação de estrógeno, hormônio feminino que alimenta as células do endométrio fazendo que cresçam mais rapidamente”⁹⁷. Porém, a literatura médica aponta diversos fatores, riscos e causas prováveis ou associadas.

A *American Fertility Society* classifica a endometriose em leve (ou mínima), moderada e grave (ou severa) em face de fatores como a profundidade da invasão, a bilateralidade e no comprometimento ovariano.⁹⁸

Na endometriose profunda (ou infiltrativa), que segundo Drauzio Varella⁹⁹ é a manifestação mais grave da doença, há a “presença de implantes de tecido endometriótico com profundidade maior do que 5 mm, fibrose e hiperplasia muscular abaixo de peritônio” e seu diagnóstico e

93 PODGAEC e outros, op. cit., p. 6.

94 HOFFMAN, Barbara L. e outros. **Ginecologia de Williams**. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed/Mc Graw Hill, 2014, p. 281.

95 HOFFMAN e outros, op. cit., p. 288.

96 A “DOENÇA da mulher moderna”. Ciência em pauta: vamos falar sobre endometriose?, Florianópolis, UFSC, 2015, edição especial endometriose, p. 4.

97 PODGAEC apud A “DOENÇA da mulher moderna”, op. cit., p. 4.

98 SOUZA e outros, op. cit., p. 150.

99 VARELLA, Drauzio. **Endometriose**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/endometriose/>. Acesso em: 25 dez. 2022.

manejo são dificultados¹⁰⁰. Os principais locais (sítios) da endometriose profunda são as regiões retrocervical (ligamentos uterossacros e tônus uterino), a vagina, o intestino (reto, sigmóide, íleo e apêndice), a bexiga e os ureteres¹⁰¹. Há evidências que sugerem que a dor provocada pela endometriose (e a sua intensidade) está relacionada com a profundidade da invasão, inclusive quando infiltrada no intestino¹⁰².

O tratamento clínico da endometriose, com o uso de progestagênios e de anti-inflamatórios, e as terapias complementares, como fisioterapia, acupuntura e analgésicos têm o objetivo principal de alívio das dores álgicas e a melhora da qualidade de vida e não a diminuição das lesões ou a cura da doença¹⁰³. Porém, não havendo melhoras dos sintomas no tratamento clínico (ou sendo ele contraindicado) ou em caso de endometriose profunda ou ovariana maior que 6 mm e com sinais de suboclusão (lesão em ureter, íleo, apêndice ou retossigmoide), o tratamento indicado é o cirúrgico para a “remoção completa de todos os focos de endometriose, restaurando a anatomia e preservando a função reprodutiva”¹⁰⁴, se possível.

Além da associação da endometriose com a infertilidade feminina, estudos “têm demonstrado uma associação entre endometriose e câncer, em especial alguns tipos específicos de neoplasia ovariana” e em pacientes que utilizaram reposição hormonal apenas com estrogênio, sem uso de progesterona¹⁰⁵. Tal risco é moderado.

Em pesquisa realizada por Carla Marins Silva e outros¹⁰⁶, constatou-se que, em geral, os sintomas da endometriose pioram “com o passar do tempo e que os intervalos entre as crises de dor eram cada vez menores” e destacaram que:

100 SOUZA e outros, op. cit., p. 145

101 PELLOGLIA, Alessandra; PETTA, Carlos Alberto. Endometriose profunda: como abordar?. *Femina*. v. 39, n. 9, set. 2011, p. 452

102 HOFFMAN e outros, op. cit., p. 286.

103 PODGAEC e outros, op. cit., pp. 7-10.

104 ID., p. 10.

105 SOUZA e outros, op. cit., p. 146

106 SILVA, Carla Marins e outros. Experiências das mulheres quanto às suas estratégias até o diagnóstico da endometriose. *Escola Anna Nery*, v. 25, n. 4, 2021, p. 4.

Muitas mulheres transmitiram a sensação de que os seus círculos de convivência desvalorizavam as suas queixas. As participantes percebiam julgamentos pessoais sobre os seus sintomas vistos como “bobagem”, “frescura” ou “coisa de mulherzinha”. A percepção de que seus sintomas eram ignorados revela a falta de empatia por parte de quem deveria acolhê-las. A ausência real ou percebida de apoio social repercute diretamente no estado emocional dessas mulheres¹⁰⁷.

Em relação ao trabalho, Carla Marins Silva e outros continuam:

dentre as histórias compartilhadas, observou-se que a endometriose repercute também no âmbito laboral, quando reduz o desempenho profissional e as suas percepções dos sintomas são desvalorizadas. As frequentes queixas álgicas parecem ser irrelevantes em meio à necessidade de produção do mercado de trabalho. Como resposta a esse contexto, percebe-se o absenteísmo ou o presenteísmo devido à falta de condições físicas e emocionais para trabalhar¹⁰⁸.

Citando estudo de K. E. Nnoaham e outros¹⁰⁹, Alessandra B. Trovó de Marqui¹¹⁰ esclarece que os sintomas de endometriose comprometem a produtividade no trabalho, em cerca de 10,8 horas semanais de trabalho e 4,4 horas de absenteísmo. Pesquisa realizada por Marie Paloma P. Passos e outros¹¹¹ entre 110 mulheres com endometriose atendida pelo Hospital das Clínicas de Porto Alegre revelou que quase 89% delas tinham dismenorreia (cólica menstrual), 70% tinham dispareunia (dor genital durante ou após relações sexuais) e 92% dor pélvica crônica, 80% referiu-se a absenteísmo social e que

107 ID, ibid.

108 ID., p. 5.

109 NNOAHAM. K.E e outros. **Impact of endometriosis on quality of life and work productivity**: a multicenter study across ten countries. *Fertil Steril*, 2011

110 MARQUI, Alessandra B. Trovó de. **Revista de Enfermagem e Atenção à Saúde**. Uberaba, v.3, n. 2, abr./jul. 2014, p. 99.

111 PASSOS, Marie Paloma P. e outros. Características clínicas e álgicas de mulheres com endometriose e dor pélvica crônica. *Anais*. 34ª Semana Científica do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Porto Alegre, 2014.

nenhum tratamento é altamente eficaz.

As dores frequentes das pacientes com endometriose, muitas vezes por longos anos, é a principal queixa que gera limitações à mulher, com perdas de dias de trabalho, influência negativa na carreira da mulher e prejuízos financeiros¹¹², principalmente pela redução da capacidade laboral por absenteísmo devido à dor, ao internamento hospitalar ou por falta de capacidades cognitivas e psicológicas para desenvolver as suas tarefas laborais¹¹³.

No mesmo sentido, Michele Saray Bonfim¹¹⁴ sublinha que a dor advinda da endometriose causa afastamento do convívio social e atividades físicas, educacionais e de lazer e afeta as relações no trabalho. Em sua pesquisa, ela traz narrativas de vivência de dor incapacitante e de busca de reposição das faltas ao trabalho.

Luciana Abrantes Rodrigues e outros¹¹⁵, em pesquisa quantitativa realizada em 2018 com 10 mulheres entre 18 e 60 anos atendidas pela Santa Casa de Misericórdia do Pará, concluiu que “todos os âmbitos da vida da mulher são prejudicados pela endometriose, podendo interferir amplamente em sua QV ao impedir a realização de atividades cotidianas e afetando suas relações interpessoais”. Eles encontram repercussão dessa doença na vida profissional de 70% delas e consequências como frustração, indisposição, vergonha,

112 BRITO, Camila Caires e outros. O impacto da endometriose na saúde física e mental da mulher. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**. v. 13, n. 11, p. 2. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/9191>. Acesso em: 24 dez. 2022

113 MORAIS, Ronisa Leal e outros. **Preditores de endometriose em mulheres atendidas em um Hospital Universitário**. Monografia de Residência (em Medicina). Teresina: Universidade Federal do Piauí, 2021.

114 BONFIM, Michele Saray. **Vivências sócio-afetivas de pacientes com endometriose**: uma compreensão psicoanalítica clássica. Dissertação de Mestrado (em Psicologia). Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2019, pp. 88 e 91.

115 RODRIGUES, Luciana Abrantes e outros. Análise da influência da endometriose na qualidade de vida. **Fisioterapia em movimento**. n. 35, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/fm/a/Yx6jYtnnqhFHLhNFGcScLq/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 24 dez. 2022.

preocupação e ausências ao serviço em decorrência da dor¹¹⁶.

Cecil G. Helman¹¹⁷ ensina que a dor crônica de endometriose, com o passar do tempo, deixa de despertar a compaixão e a solidariedade do outro, e cai na invisibilidade concreta ao ponto de desaparecer “da memória das pessoas”. Há uma banalização da dor.

Paulo Alexandre de Souza S. Bento e Martha Cristina N. Moreira¹¹⁸ advertem que a convivência das mulheres com dor faz com que seus interlocutores, entre os quais os colegas de trabalho, inicialmente compreendam e tentem colaborar; mas, ao longo do tempo, não tenham mais a mesma disposição em ajudar, afastam-se delas, perdem a paciência e elaboram julgamentos. “Culturalmente, há, de fato, uma desqualificação alusiva à dor da mulher com endometriose, por seu caráter invisível e, portanto, questionável”, concluem eles¹¹⁹.

De fato, “a dor crônica é um longo e doloroso entrave à existência”¹²⁰, inclusive no seio profissional. Quem convive com ela sofre e padece, com o tempo, um processo de banalização que é capaz de gerar um estigma social, particularmente no trabalho. “A dor, devido ao seu caráter invisível, permanece na esfera da subjetividade e, por conseguinte, do ‘injustificável’. A dor permanece num limbo de incertezas, o diagnóstico não consegue conferir, de todo, uma justificativa para sua existência, levando as mulheres ao descrédito”¹²¹.

Por isso, as mulheres que sofrem de dores crônicas, como no caso de endometriose profunda, tendem a serem prejudicadas,

116 ID., *ibid.*

117 HELMAN, Cecil G. **Saúde, cultura e doença**. 5. Ed. Porto Alegre: Armed, 2009, p. 177

118 BENTO, Paulo Alexandre de Souza S.; MOREIRA, Martha Cristina N. Quando os olhos não vêem o que as mulheres sentem: a dor nas narrativas de mulheres com endometriose. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. v. 28, n. 3. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/physis/2018.v28n3/e280309/>. Acesso em: 24 dez. 2022.

119 ID., *ibid.*

120 LE BRETON, David. **Antropologia da dor**. São Paulo: Fap/Unifesp, 2013, p. 31.

121 BENTO e MOREIRA, *op. cit.*

isto é, a sofrerem um juízo desqualificante capaz, por si só, de negar-lhe o tratamento compatível com a situação concreta por ela vivenciada. Embora a endometriose não seja reconhecida como doença grave para fins previdenciários apta a levar a aposentadoria por invalidez, sua repercussão na vida e na qualidade de vida da mulher é intensa, pode levar a períodos de dor incapacitante, pode levar a invasão a outros órgãos e tecidos, representa risco moderado ao aparecimento de câncer ovariano e é capaz de, por si só, trazer estigma e preconceito, particularmente nas relações interpessoais (como na relação de trabalho).

6. Tratamento jurídico-trabalhista à discriminação por doença estigmatizante

No âmbito trabalhista, a discriminação é tratada de modo particular pela Convenção 111 da OIT, pela Lei 9.029/1995 e pela Súmula 443 do TST, além de outras normas de caráter geral.

A Convenção 111 da OIT define o que considera discriminação no trabalho, nos seguintes termos:

Artigo 1º 1. Para fins da presente convenção, o termo 'discriminação' compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. [...]

O art. 1º da Lei 9.029/1995 fala em qualquer distinção em razão, por exemplo, do sexo. O art. 4º da Lei 9.029/1995 faculta

ao empregado vítima da discriminação por ocasião do rompimento do vínculo de emprego optar pela reintegração com a indenização integral de todo o período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração (isto é, de todas as verbas que compõem a remuneração) desse período que ficou afastada.

A Súmula 443 do TST estabelece uma presunção de discriminação em casos de doenças graves que suscitem estigma e preconceito:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.
PRESUNÇÃO. EMPREGADO
PORTADOR DE DOENÇA GRAVE.
ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO
À REINTEGRAÇÃO [...] Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscitem estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Em situação de doença mental, em que se debatia a discriminação rescisória, o TST atribuiu ao empregador o ônus de comprovar a licitude da dispensa:

[...] III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014 E DAIN 40 DO TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE. TRANSTORNO BIPOLAR E DEPRESSÃO. DOENÇAS MENTAIS ESTIGMATIZANTES. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 443 DO TST. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA À REINTEGRAÇÃO. PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA EM DOBRO. 1. Cinge-se a controvérsia em se definir se há regularidade jurídica na dispensa sem justa causa do reclamante, após o retorno da licença previdenciária levada a efeito por decorrência do desenvolvimento de transtorno afetivo bipolar e depressão. 2. O TRT modificou a sentença para reconhecer que a dispensa do autor não foi discriminatória, sob os fundamentos de que as doenças mentais que acometem o reclamante não suscitam

estigma ou preconceito e de que era do autor o ônus de comprovar o fato constitutivo alegado na inicial quanto ao caráter discriminatório da dispensa. 3. O acórdão regional registrou expressamente a premissa fática de que, após a alta médica previdenciária, depois do afastamento por "depressão e transtorno afetivo bipolar", o empregador não considerou o reclamante apto para o exercício das funções laborativas e não permitiu que ele trabalhasse. 4. **O entendimento desta Corte Superior tem se consolidado no sentido de que o ônus da prova da dispensa não discriminatória cabe ao empregador, à luz da sistemática de proteção da relação de emprego digna e isonômica (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, e 7º, I, da Constituição Federal) e da aplicação do princípio da aptidão para a prova.** Ressalte-se que tal atribuição do ônus ao empregador visa a assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho, de forma a garantir efetividade à previsão constitucional de busca do pleno emprego, nos termos do art. 170, VIII, da Constituição Federal, e a preservar o valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil. 5. Saliente-se que a Constituição Federal, além de ter erigido como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), repudia todo tipo de discriminação (art. 3, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I). 6. Acresça-se que integra compromisso internacional do Brasil (Convenção 111 da OIT) o repúdio a toda forma de discriminação no âmbito laboral. 7. Dessa forma, é ônus do empregador comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação lícita. Precedentes da 2ª Turma do TST. 8.

No caso em análise, a natureza das doenças mentais que acometem o reclamante atrai a presunção contida na Súmula 443 desta Corte. Cumpre destacar que o combate ao estigma associado às doenças mentais tem sido objeto de grande preocupação por parte da Associação Mundial de Psiquiatria (AMP) e da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP). 9. Neste sentido, verifica-se que inexistiu qualquer registro no acórdão regional de que a dispensa do reclamante ocorreu por motivo disciplinar, técnico, econômico, financeiro ou outro. Evidencia-se dos elementos fáticos delineados pela Corte Regional que o empregador detinha pleno conhecimento sobre o quadro de saúde do reclamante, bem como sobre a probabilidade de novos afastamentos em razão das doenças mentais que o acometiam. 10. Desse modo, ante o ordenamento jurídico vigente, constata-se que a dispensa do reclamante configurou-se discriminatória e ultrapassou os limites de atuação do poder diretivo do empregador e alcançou a dignidade do empregado, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade da despedida discriminatória. Assim, conclui-se que o Tribunal Regional, ao entender que não houve discriminação na dispensa do reclamante, decidiu em dissonância ao entendimento consubstanciado na Súmula 443 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. [...]” (TST, RRAg 1001135-14.2017.5.02.0241, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 21/10/2022, grifou-se).

OTST também já se pronunciou acerca da presunção de dispensa discriminatória de empregado debilitado, ainda que a doença não seja classificada como grave:

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 6. DISPENSA DE EMPREGADA DOENTE

E PORTADORA DE PATOLOGIA OCUPACIONAL. NULIDADE DA DISPENSA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física do empregado. Esse entendimento pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1º, III e IV e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Na esfera federal, sobressai o disposto no art. 1º da Lei 9.029/1995, que veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros. Na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 443/TST, que delimita a pacificação da jurisprudência trabalhista nesse aspecto, com o seguinte teor: "Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego". Importante registrar que, seguindo a diretriz normativa proibitória de práticas discriminatórias e limitativas à manutenção da relação de trabalho, tem-se que a não classificação da doença do empregado como grave que suscite estigma ou preconceito, a teor da Súmula 443 desta Corte Superior, não constitui, por si só, em óbice à constatação da ocorrência de dispensa discriminatória, quando tal prática ilícita emergir do acervo

probatório produzido nos autos. Nesse passo, se o ato de ruptura contratual ofende princípios constitucionais basilares, é inviável a preservação de seus efeitos jurídicos. No caso concreto, a Corte Regional foi enfática ao afirmar o caráter discriminatório da dispensa, explicitando que " a dispensa da reclamante por parte da acionada deu-se após o seu adoecimento psíquico, surgido ou agravado em decorrência do labor, com ampla ciência da empresa demandada do quadro psicológico da autora. Tais enfermidades psíquicas acarretam, sim, grande estigma social, circunstância que reforça o entendimento até aqui adotado, no sentido de que houve dispensa discriminatória da recorrente ". Anotou, ainda, que " a conduta da demandada foi de encontro à dignidade da pessoa humana, valor consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), na medida em que praticou dispensa discriminatória, já que ciente de que a acionante era portador de doença psíquica " grave, de caráter ocupacional, e que implicou incapacidade total e definitiva para o trabalho. Nesse contexto, tem-se que o patrimônio moral da Obreira foi efetivamente violado, sendo, portanto, cabível a condenação para indenizá-la pelos danos morais suportados pela dispensa discriminatória, nos moldes do art. 4º da Lei nº 9.029/95 . Logo, considerando-se que o ato de ruptura contratual ofendeu princípios constitucionais basilares, é inviável a preservação de seus efeitos jurídicos, devendo ser mantida a decisão recorrida. Ademais, a controvérsia foi solucionada a partir das provas produzidas e valoradas pelo Órgão Julgador (arts. 371 do CPC/2015 - 131 do CPC/1973 - e 852-D da CLT), sendo, portanto, inadmissíveis as assertivas recursais de que o Reclamante não comprovou o caráter discriminatório da dispensa. Por fim, afirmando o Tribunal Regional, após minuciosa

análise da prova, o preenchimento dos requisitos configuradores da doença ocupacional, e dispensa discriminatória e os danos morais delas decorrentes, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido" (TST, AIRR 696-02.2016.5.05.0102, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 13/11/2020).

Por ocasião do julgamento do AIRR 10.952-52.2015.5.15.0038, DEJT 3/9/2021, a 3ª Turma do TST, sendo relator também o Ministro Mauricio Godinho Delgado, concluiu que a dispensa de empregado doente visou evitar diagnóstico mais grave (a verificação da extensão da enfermidade) e, por isso, era discriminatória.

Portanto, ainda que a doença não leve à invalidez, sendo ela grave (inclusive pela sua repercussão na vida do paciente), estigmatizante e apta a ensejar preconceito, ela é capaz de atrair a presunção decorrente da Súmula 443 do TST, particularmente se o ato demissional ocorrer em período de debilidade física ou durante exames para diagnóstico ou para tratamento da enfermidade da qual o empregador tinha ciência.

Dispõe o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero:

Na atuação judicial com perspectiva de gênero, é recomendável lembrar que a ocorrência da violência ou do assédio normalmente se dá de forma clandestina, o que pode ensejar uma readequação da distribuição do ônus probatório, bem como a consideração do depoimento pessoal da vítima e da relevância de prova indiciária e indireta¹²².

Também no plano internacional, há tratamento diferenciado para situações de
122 BRASIL. CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, *op. cit.*, p. 114.

discriminação, especialmente em matéria trabalhista.

A União Européia adotou a Diretiva 97/80/CE, de 15/12/1997¹²³, sobre o ônus da prova em casos de discriminação por sexo, cujo artigo 4º estabelece:

Artigo 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.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional Espanhol, desde a sentença 38 de 23/11/1981, tem flexibilizado o ônus da prova em casos de discriminação¹²⁴

Em Portugal, o Código do Trabalho, instituído pela Lei 99/2003, estabelece, no art. 23, que o empregado apenas deve fundamentar a alegação de discriminação, indicando o paradigma do tratamento diferenciado, cabendo ao empregador demonstrar o tratamento não-distintivo¹²⁵.

123 UNIÃO EUROPÉIA. Conselho da União Européia. Diretiva 97/80/CE de 15/12/1997. **Official Journal of the European Communities**. Edição em inglês. 20/1/1998. v. 41, legislação nº 14, p. 8. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF>, Acesso em: 25 dez. 2022, tradução livre.

124 AROCHENA, *op. cit.*

125 PORTUGAL. Assembléia da República. Lei 99/2003. In: **Diário da República**. Seção I, série A, nº 197, 27 de agosto de 1993, p. 5.564. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=-6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c58526c6548524263484a-76646938794d44417a4c3078664f546c664d6a-41774d7935775a47593d&fich=L_99_2003.pdf&In-line=true. Acesso em: 25 dez. 2022.

O Protocolo mexicano para julgamento com perspectiva de gênero¹²⁶ considera imprescindível que os órgãos judiciais identifiquem a forma em que incide o gênero no momento de aferir valor as provas, dando importância, por exemplo, ao testemunho de vítimas de delitos sexuais, considerando a ausência de testemunhas das agressões ou de prova documentais ou de imagem e avaliando o estado de vulnerabilidade da vítima, especialmente quando estiver subjugada por agentes estatais.

A Suprema Corte dos Estados Unidos elaborou a citada teoria do impacto desproporcional (*disparate impact theory*), a partir de causas trabalhistas, antes de ser positivada em lei federal¹²⁷. No caso *Griggs vs. Duke Powers Co*¹²⁸, aquela corte afastou a neutralidade racial de testes de inteligência e os considerou inconstitucionais e discriminatórios em razão dos resultados obtidos pelo impacto real diferenciado, pois os candidatos brancos tinham significativamente maior formação do que negros. Posteriormente, a Suprema Corte norteamericana deu maior densidade normativa a essa teoria quando apreciou o caso *Teamsters vs. United States*¹²⁹, “definindo o *disparate impact* como práticas empregadas que são aparentemente neutras no tratamento dos diferentes grupos, mas que incidem mais intensamente sobre um grupo em detrimento de outro e que não podem ser justificadas pelas necessidades dos

126 MÉXICO. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. México: **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, 2020, pp. 109-110. Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%2028191120%29.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2022

127 CHEHAB, Discriminação oculta e estrutural da mulher mãe e trabalhadora no cumprimento de metas de produtividade e os danos a sua saúde mental, *op. cit.*

128 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Griggs v. Duke Power Co.* mar. 1971 (401 US 424). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>. Acesso em 25 dez. 2022.

129 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Teamsters v. United States.* maio 1977 (431 US 324). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/324/>. Acesso em 25 dez. 2022.

negócios”¹³⁰. Ou seja, o resultado (impacto) diferenciado de certas práticas em indivíduos ou em grupos caracteriza, por si só, prática discriminatória¹³¹. Diante do exposto, resta aferir se houve exercício regular do direito potestativo da reclamada em dispensar a reclamante ou, se, ao contrário, tal ato rescisório foi fruto de prática discriminatória e antijurídica.

Diante do exposto, resta aferir se houve exercício regular do direito potestativo da reclamada em dispensar a reclamante ou, se, ao contrário, tal ato rescisório foi fruto de prática discriminatória e antijurídica.

7. Prova produzida

Não foram produzidas provas orais no presente feito. Dentre os documentos que a reclamante trouxe aos autos, destacam-se:

a) o laudo da colonoscopia (fls. 49), realizado em 9/2/2019 quando a reclamante tinha 40 anos, concluiu pela presença de sinais sugestivos de endometriose profunda e consigna ter sido encontrada lesão subetelial extensa na junção de transição entre o reto e o sigmóide, revelando uma extensa invasão de células endometriais nesta região, a ponto de interromper a progressão do aparelho de imagem que fazia o exame;

b) o laudo da ressonância magnética do abdome e pelve [0], feita em 12/1/2019 (fls. 52), revelou, entre outros achados, focos de endometriose profunda em diversos compartimentos pélvicos, com **comprometimento intestinal e ureteral esquerdo e sinal de obstrução desse uretere**, em particular em:

“- região retrouterina [1], medindo 3,0 x 1,0cm, comprometendo a serosa uterina [1.1], a parede anterior do sigmóide distal, com sinais de invasão muscular (a cerca de 15cm do bordo anal) e o ureter distal esquerdo, com sinais de obstrução deste; - regiões anexiais [2], com envolvimento dos

130 CHEHAB, Discriminação oculta e estrutural da mulher mãe e trabalhadora no cumprimento de metas de produtividade e os danos a sua saúde mental, *op. cit.*

131 RIOS, *op. cit.*, p. 119.

ovários, notadamente à esquerda;
- sigmóide [3] proximal, com lesão em "C", medindo cerca de 3,6cm, invadindo sua parede muscular inferolateral esquerda; - Septo vesico-uterino [4] à esquerda, medindo cerca de 2,3 x 2,1cm, com invasão muscular uterina (7mm) e da parede vesical superior [4.1];
- serosa uterina das regiões cornuais [5]¹³²

c) a solicitação de procedimento cirúrgico (fls. 54), sem indicação de data, na qual o urologista para a qual a reclamante foi encaminhada consigna:

Queixa-se de dor pélvica intensa durante período menstrual e após, dispareunia leve, foco umbilical de endometriose [a]. DESEJA PROLE ... omissis ... Nega hematúria, disúria, esforço miccional, cirurgias prévias. ... omissis ... Paciente com indicação de desobstrução de via urinária à esquerda, sendo solicitado, então, autorização para os seguintes códigos:
- Colocação de duplo J [b] – 31102077¹³³

d) aviso de alta médica, sem informação da motivação, expedida às 23h25 de 31/5/2022, e internação às 13h54 do mesmo dia;

e) atestados médicos (fls. 47 e 48) de

132 Notas explicativas: [0] pelve é a área de transição entre os membros inferiores e o tronco; [1] região reotruterina é a região entre o útero e o reto; [1.1] serosa uterina é a superfície externa do útero; [2] regiões anexiais compreendem as estruturas anatômicas femininas que ficam ao lado do útero, como as trompas, ligamentos, ovários e complexo vascular adjacente; [3] sigmóide é a seção que liga o reto à porção transversal do intestino grosso; [4] Septo vesico-uterino é a região entre a bexiga e o útero; [4.1] parede vesical superior é a parede superior da bexiga; [5] regiões cornuais é a região das trompas de falópio.

133 Nota explicativa: [a] foco umbilical de endometriose significa que há invasão de células do endométrio no umbigo; [b] colocação de duplo J significa a indicação médica para procedimento cirúrgico para desobstrução de canal ureteral, mediante a introdução de cateter "duplo J" (stend).

14 e 15 dias iniciados em 21/6/2019 respectivamente, por displasia da vagina não especificada (CID 10, N89.3) e por convalescença após cirurgia (CID Z54.0).

A reclamada trouxe aos autos, entre outros documentos,

a) o TRCT, com ressalvas do sindicato profissional apenas quanto às férias, e que consta a dispensa sem justa causa, mediante aviso prévio indenizado, em 12/6/2019 e indicação de admissão em 27/7/2018 (fls. 236/237, entre outras cópias);

b) aviso de dispensa sem justa causa (fls. 247), com data de ciência em 12/6/2019;

c) atestado de saúde ocupacional (ASO), sem identificação de sua origem, datado em 14/3/2011, que considerou a reclamante apta (fls. 250);

d) atestado de saúde ocupacional demissional (fls. 251) que concluiu pela aptidão da reclamante;

e) cartão de ponto apenas do período de 16/5/2019 até 12/6/2019, que revela afastamento por atestado médico por 5 dias, a contar de 31/5/2019.

8. Análise da prova e das técnicas probatórias aplicáveis

Passo a fazer um exame didático, passo a passo, e pormenorizado das provas aplicadas segundo a ordem natural de apreciação dos fatos, das provas e das técnicas de ônus e valoração probatórias.

8.1. Fatos incontroversos, notórios e controversos

É incontroverso o período contratual, a dispensa unilateral em 12/6/2019 e a ascensão da reclamante para a função de especialista financeira, um mês antes da rescisão contratual. É fato público e notório

que a reclamada, embora continue com suas atividades empresariais, deu por encerrada no Distrito Federal e em outras cidades as operações com a bandeira “Extra”, para a qual trabalhava a reclamante, e que, em janeiro de 2022, os estabelecimentos com essa marca fecharam suas portas. A teor do art. 341 do NCPD não houve impugnação específica, mas apenas genérica, a atrair a presunção de veracidade dos fatos deduzidos pela reclamante, em especial: i) o diagnóstico da doença de endometriose profunda que acomete a reclamante; ii) a ausência de penalidade e o exercício exemplar das atribuições por parte da reclamante; iii) **a “total ciência do quadro de saúde da reclamante” e de toda situação referente a seu tratamento médico, inclusive da cirurgia marcada para 21/6/2019;** iv) o relato de sua saga médica, inclusive da frustração da cirurgia em 31/5/2019, da ocorrência de cirurgia para retirada de 20cm do intestino em razão de obstrução intensa e da avaliação médica sobre a necessidade de retirada de um pedaço de ureter e da bexiga.

Permanece controverso o ponto nodal do debate dos autos: a discriminação da reclamante ou o exercício regular do direito potestativo por parte da reclamada.

8.2. Prova direta dos fatos controvertidos

Não há prova direta de discriminação oculta ou velada. Também não restou comprovado por prova direta o regular uso do poder potestativo de dispensar empregados por parte da reclamada. Todavia, vislumbro a presença de elementos suficientes de prova (prova direta) da ocorrência de, no mínimo, discriminação estrutural por parte da reclamada.

Para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém), Decreto 1.973/1996 (citada no item 2), é violência contra a mulher, o que inclui todas as formas de discriminação (art. 6º), qualquer ato ou conduta, fundada no gênero, que cause dano ou sofrimento (físico, sexual e psicológico), inclusive na esfera privada (art. 1º). Pela Convenção Internacional sobre a Eliminação

de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto 4.377/2002) toda restrição, baseada no sexo, que tenha como resultado prejudicial ao exercício pela mulher de direitos humanos fundamentais, como a saúde e o trabalho, constitui discriminação contra a mulher (art. 1º).

Ora, a dispensa traz danos diversos à reclamante, inclusive de ordem financeira e patrimonial, pela perda da fonte de renda necessária para custear exames, plano de saúde e procedimentos médicos e cirúrgicos. A reclamada, mesmo ciente, não deu importância, ignorou, desprezou, tornou invisível e irrelevante a doença exclusiva de mulheres (e os sofrimentos e as angústias pelas quais a reclamante, como mulher, passava), e dispense-a às vésperas de procedimento cirúrgico. Portanto, seu ato tem como premissa o desprezo pela condição de saúde e de mulher da reclamante e constitui ato de violência à mulher a caracterizar discriminação estrutural ou institucional (arts. 1º e 6º da Convenção de Belém e 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

Em outras palavras, a conduta da reclamada em demitir a reclamante, portadora de doença crônica, incurável, de tratamento clínico paliativo (item 5) e inerente a sua condição de mulher, produziu impactos (resultados) desproporcionais (cf. item 2), apesar da aparência neutra e regular do ato rescisório previsto na legislação trabalhista.

RECONHEÇO, à luz do art. 1º e 6º da Convenção de Belém e 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, mediante prova direta, que o ato rescisório da reclamada, foi um ato de violência contra a mulher e de discriminação estrutural, por produzir impactos desproporcionais, apesar de sua aparência neutra.

8.3. Prova indireta dos fatos controvertidos

Superada a prova direta, tem-se, *prima facie*, que segundo a lição já citada de Nicola Malatesta (item 3), a presunção ordinária é

de que a dispensa sem justa causa é regular e lícita, cabendo a reclamante a tarefa de provar o fato extraordinário da discriminação como motivação para a cessação do contrato de trabalho.

Todavia, um exame mais detalhado dos documentos médicos à luz da literatura médica supra citada (item 5), revela a presença de prova indireta que desnuda a prática de ato discriminatório oculto ou velado (item 2), logrando a reclamante em demonstrar o fato extraordinário aduzido em juízo.

Dos documentos juntados (e abstraindo à falta de contestação específica) é possível extrair a seguinte sequência de acontecimentos: a reclamante recebeu o diagnóstico indicativo de sinais endometriose profunda em janeiro de 2019. A colonoscopia que realizou, cujo laudo foi juntado aos autos, indicou possível invasão do tecido endometrial na junção de transição entre o reto e o sigmóide. O exame de ressonância magnética do abdome e da pelve mostrou a extensão, a intensidade e a gravidade da endometriose que atingia a reclamante. Provavelmente, em face dos achados em um de seus ureteres, ela foi encaminhada para avaliação do urologista, que indicou a necessidade de intervenção cirúrgica. A reclamante foi internada em 31/5/2019 no Hospital Daher, mas foi liberada no mesmo dia. A reclamada tomou ciência da internação e da condição de saúde dela, tanto é assim, que consignou nos registros de ponto, o afastamento médico. Passados oito dias do fim do período de atestado, a reclamante foi dispensada pela reclamada. Nove dias depois, em 21/6/2019, ela foi submetida a cirurgia.

Ora, como já mencionado por ocasião da revisão da literatura médica (item 5), a endometriose é uma doença crônica, sem cura, que atinge apenas as mulheres, provoca estigma social, é capaz de produzir dores incapacitantes e cujo tratamento clínico é paliativo e voltado apenas para controlar ou atenuar as dores por elas sentidas. Portanto, data máxima vênia à conclusão do ASO demisional, **a reclamante foi dispensada enquanto estava doente, às vésperas de procedimento cirúrgico**, ou melhor, no breve intervalo de 3 semanas, entre a sua internação

em 31/5 (para submeter a uma frustrada cirurgia, ante a ausência de defesa específica) e a cirurgia realizada em 21/6/2019. Tal fato, já seria suficiente para, no mínimo, suspender ou interromper os efeitos da dispensa, a teor da Súmula 371, *in fine*, do TST aplicada extensivamente.

Lamentavelmente, os exames revelam estágio avançado de endometriose profunda, na modalidade que Drauzio Varella, como já citado (item 5), considera ser a manifestação mais grave dessa patologia, e com ampla propagação na região pélvica.

A colonoscopia, a ressonância magnética e a solicitação de procedimento cirúrgico revelaram que os focos de endometriose profunda em diversos compartimentos pélvicos. É possível concluir:

- A invasão de tecidos do endométrio na região retrouterina (entre o útero e o reto), de 3,0 x 1,0cm está comprometendo:

- a serosa uterina (a superfície externa do útero);

- a parede anterior do sigmóide distal, com sinais de invasão muscular (a cerca de 15cm do bordo anal), isto é, estendendo-se da região do sigmóide à região anal e, provavelmente, foi o obstáculo encontrado por ocasião da colonoscopia como revela a imagem a seguir (fls. 51). Se o extenso foco na região sigmóide-ânus bloquear a passagem do bolo fecal, o que é raro acontecer, pode gerar um abdome agudo (emergência médica de possível caráter cirúrgico). De qualquer sorte, tornou-se verdadeira a afirmação da reclamante, pela falta de impugnação específica, que se submeteu a procedimento cirúrgico em decorrência de obstrução intestinal intensa, com a retirada de 20 cm de seu intestino.



Imagem: sinais de possível invasão de células endometriais na junção do sigmóide e do reto (colonoscopia de fls. 51, 2019)

- O ureter distal esquerdo, com sinais de obstrução deste. Isto indica possível risco de comprometimento de função urinária. Caso o foco de endometriose no ureter distal esquerdo bloqueie totalmente a passagem da urina, pode levar a hidronefrose com a possível consequente perda da função renal, caso não tratada em tempo hábil, embora o exame laboratorial, realizado em 13/12/2018 (6 meses e 8 dias antes da cirurgia) e registrado na solicitação de fls. 54, indique valores da uréia e da creatina normais indicando que provavelmente, à época, a reclamante não estava em sofrimento renal. O urologista encaminhou a reclamante para procedimento cirúrgico de introdução de cateter duplo J em canal uretral. Pela falta de impugnação específica, tem-se como verdadeira a alegação de que havia avaliação médica sobre a necessidade de nova cirurgia para a extração de um pedaço da bexiga e de um dos ureteres.

- Nas regiões anexiais, ocorreu o envolvimento dos ovários, notadamente à esquerda, o que pode levar a risco de possível comprometimento principalmente do ovário esquerdo;

- Existe uma lesão em forma de "C", medindo cerca de 3,6cm, no sigmóide proximal, invadindo sua parede muscular inferolateral esquerda. Ou seja, há uma invasão dos tecidos endometriais na região sigmoidal proximal;

- Entre a bexiga e o útero, na região septo vesico-uterino à esquerda, há outro foco endometrial, medindo cerca de 2,3 x 2,1cm, com invasão muscular uterina (7mm) e da parede vesical superior. Ou seja, há invasão no músculo do útero e na parede superior da bexiga;

- Tem foco de endometriose na região das trompas (serosa uterina das regiões cornuais);

- A endometriose chegou ao umbigo (região umbilical), mas não há informações mais precisas sobre suas características.

É possível perceber do laudo da ressonância, ainda, outros achados na região ginecológica, como um cisto hemorrágico no ovário esquerdo e leiomioma (mioma submucoso).

Para melhor compreensão da extensão

dos focos de endometriose profunda, socorro-me da figura obtida em obra de Anatomia¹³⁴ da região pélvica feminina:

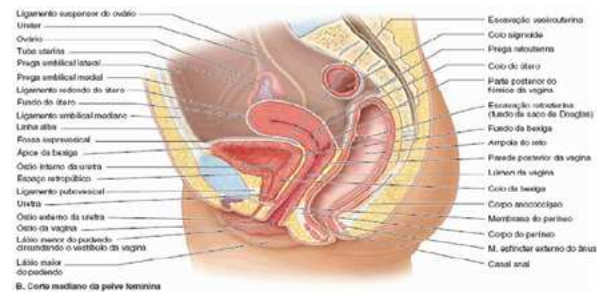


Figura 2: Anatomia da região pélvica feminina (KEITH, DALLEY e AGUR, 2014)

Pela extensão dos focos de endometriose profunda, inclusive em vários órgãos fora do aparelho reprodutivo (nos aparelho genito-urinário e intestinal), e o volume de alguns deles, é possível aferir que a reclamante padecia de uma dor física de caráter intenso, conforme consta da queixa relatada ao urologista (fls. 54), crônica (frequente) e, provavelmente, incapacitante. Além de todo o quadro acima descrito e dos riscos potenciais associados à sua enfermidade (como infertilidade, obstrução intestinal e hidronefrose, entre outros) ou aos achados de endometriose, há que se recordar o risco moderado ao desenvolvimento de câncer ovariano, pelo envolvimento dos ovários, notadamente o esquerdo, conforme estudos médicos acima relatados (cf. item 5).

Em suma, a prova indireta produzida nos autos pela reclamante indica a presença de i) estágio grave da endometriose profunda, que se espalhou pela cavidade pélvica, com dor física intensa, frequente (crônica) e, provavelmente, incapacitante, e com riscos de involução também graves; ii) a reclamante é portadora de doença estigmatizante e apta a ensejar preconceito, conforme bibliografia citada no item 5; iii) o ato demissional aconteceu quando a reclamante estava doente e em período de debilidade da reclamante, poucos dias após internação hospitalar (para cirurgia); iv) a reclamada tinha ciência da doença da reclamante, inclusive concedendo afastamento médico; v) a dispensa ocorreu às vésperas da cirurgia do reclamante. Diante desses elementos, incide, 134 MOORE, DALLEY e AGUR, *op. cit.*, p. 446.

na espécie, o entendimento da Súmula 443 do TST.

Diante desse quadro médico, resta superada a conclusão do ASO demissional e DECLARO, incidentalmente, sua insubsistência para os fins de direito a que se destina.

RECONHEÇO, com base na prova indireta, a presunção de discriminação na dispensa realizada pela reclamada, nos termos da Súmula 443 do TST, em razão da presença de doença grave, que atinge exclusivamente as mulheres, e capaz de causar, por si só, estigma e preconceito, e da qual a reclamada tinha ciência ao tempo da rescisão.

Como se não bastasse, a prova indireta revela a presença de outro ato da prática de discriminação institucional no procedimento para efetivação da rescisão da reclamante.

Conforme fica claro da análise da documentação médica acostada aos autos, o ASO demissional, apesar de sua aparência neutra, desconsiderou o quadro de saúde da reclamante. Mesmo que a profissional de saúde que o subscreve não tivesse ciência da doença crônica de endometriose profunda da reclamante (porque não foi comunicada pela reclamante ou pela empresa, não teve acesso à documentação médica ou apenas realizou um exame clínico, por exemplo), o que afastaria a intencionalidade, o fato é que a doença, da qual a reclamada tinha ciência, não foi considerada. Ou seja, o procedimento para validação da aptidão para dispensa imotivada, ao tornar invisível ou desprezar uma condição de saúde própria da mulher, ainda que de forma não intencional e aparentemente neutra, reforçou o estereótipo e a assimetria entre homens e mulheres, produzindo impacto diferenciado e distintivo, não justificável à luz dos art. 5º, caput e I, da Constituição c/c art. 168, III, da CLT.

RECONHEÇO, pela prova indireta, a discriminação estrutural pelo desprezo à condição de saúde da mulher na homologação de atestado de saúde ocupacional demissional por parte da reclamada.

8.4. Teoria estática do ônus da prova

como regra geral

Em que pese ser desnecessária a análise sob a perspectiva do encargo probatório (e de outras técnicas probatórias e valorativas) em face da presunção judicial e das provas direta e indireta da discriminação, avanço no julgamento para também examinar a controvérsia sob tal(is) ótica(s).

Conforme relatado, a reclamada apontou em sua defesa fatos modificativos do direito em relação à alegada prática discriminatória e impeditivos quanto aos direitos postulados em juízo, a saber: a dispensa da autora decorreu da necessidade de redução de custos operacionais e da ocorrência de redução do quadro funcional.

Ora, ao aduzir tais motivações, a reclamada atraiu para si o ônus de comprová-los, a teor dos arts. 818 da CLT e 373 do NCP, segundo a regra geral da teoria estática do ônus da prova. Entretanto, a reclamada não produziu quaisquer provas acerca da redução dos custos operacionais e da dispensa de outros empregados como fundamento para a dispensa da reclamante.

Portanto, não comprovado o fato modificativo de direito (e com efeitos impeditivos) aduzido pela reclamada, RECONHEÇO a dispensa discriminatória, nos termos dos arts. 818 da CLT e 373 do CPC.

8.5. Inversão do ônus da prova

Como se não bastasse, as circunstâncias encontradas nestes autos atraem a inversão do ônus da prova, a fim de garantir a igualdade da partes e a paridade de armas, o acesso pleno e substancial à Justiça e o devido e substancial processo legal (art. 5º, II, XXXV e LIV, da Constituição Federal), conforme autoriza os arts. 1º e 373, §§ 1º a 3º, CPC e 818, §§ 1º a 3º, CLT.

A prática de discriminação apontada pela reclamante, e negada pela reclamada, é de natureza oculta ou velada, de difícil ou de impossível prova, conforme já exaustivamente exposto (itens 2 e 3). A reclamante, assim, está diante da chamada prova diabólica (cf. item 3) e, portanto, não

detém paridade de armas com a reclamada, nem tem como obter o substancial acesso à justiça por não possuir meio de prova hábil a garantir o devido processo legal.

A reclamante apresentou documentos médicos que, como dito, revelam que, ao tempo da dispensa tinha uma doença exclusiva de mulheres que causa estigma. Às vésperas de uma cirurgia, a reclamada, ciente da doença – ao conceder afastamento médico a ela – procedeu a dispensa da re. Assim, independentemente da gravidade da doença (e do raciocínio que concluiu pela prova indireta da discriminação) e incidência da Súmula 443 do TST, referidas provas bastam para ensejar a inversão do ônus probatório ou seja, as provas apresentadas pela reclamante constituem início de prova hábil a ensejar a inversão do encargo *probandi*.

Saliente-se que não está presente a chamada prova diabólica inversa, que inviabilizaria a inversão do encargo *probandi*. A reclamada tem condições de comprovar eventual tratamento humano e compassivo, a adoção de Código de Ética e do alegado canal de denúncias, bem como a motivação de redução de custos e a redução do quadro funcional que aduziu em juízo. Porém, não fez qualquer prova em juízo.

RECONHEÇO a prática discriminatória, em razão da inversão do ônus probatório, em face da presença de prova diabólica acerca da discriminação oculta, do início de prova documental da discriminação e da ausência de prova hábil por parte da reclamada.

8.6. Princípio da aptidão da prova

Diante da hipossuficiência técnica da reclamante em demonstrar prática de discriminação oculta pela presença de prova diabólica, incide o art. 6º do CDC, a ensejar a inversão do ônus da prova em desfavor da reclamada.

Referida reclamada é apta a demonstrar a evolução das condições de saúde da reclamante, mediante a juntada dos atestados de saúde ocupacional periódicos do período imprescrito (art. 168, III, CLT), os atestados médicos apresentados pela

reclamante, reveladores de afastamentos justificados e suas causas (NR 7) e os registros de ponto (art. 74, § 2º, CLT) referentes ao comparecimento na empresa pela reclamante e, especialmente, a regularidade do ato da dispensa e as razões que levaram ao desligamento da empresa (redução de custos e de funcionários) e sua política e condutas de tratamento digno e respeitoso. Ao não fazer, não se desonerou do encargo probatório que recai sobre si por ser o detentor desses meios de prova.

Invertido o ônus da prova, por força do art. 6º do CDC aplicado supletivamente ao Processo do Trabalho em face da hipossuficiência técnica da reclamante em produzir a prova da discriminação oculta, e não tendo a reclamada se desincumbido desse encargo, RECONHEÇO a dispensa discriminatória.

8.7. Prova por verossimilhança

Melhor sorte não tem a reclamada, se examinada a controvérsia à luz do art. 335 do NCP e a da probabilidade de veracidade das alegações de cada parte.

A reclamante laborou por 21 anos para a reclamada, e, como se observa dos autos, galgou, no decorrer dos anos, promoções até o cargo de Especialista Financeira, com o salário de R\$ 6.652,35, em maio de 2019. Ante a ausência de impugnação específica, tem-se como verdadeira a alegação de que nunca sofrera penalidade e de que exercia exemplarmente suas atribuições. Aliás, caso assim não fosse, não seria promovida no decorrer do liame empregatício, nem ficaria tanto tempo na reclamada caso não atendesse aos fins da empresa.

Ora, quando a reclamante mais precisava do emprego, em que a atitude mais esperada seria ampará-la nesse momento de difícil e extrema necessidade, a reclamada tomou a iniciativa para a ruptura contratual.

Causa estranheza, o fato da reclamante passar a exercer a função de Especialista Financeira, **em maio de 2019**, com elevado padrão salarial, e, logo em seguida (um mês e poucos dias após), decidir a reclamada por

dispensá-la sem justa causa, sob o argumento de redução de custos, coincidentemente, no momento em que a autora iria se submeter a uma cirurgia (fl.54). A reclamada não comprovou a alegada dispensa de outros vários empregados, tampouco a necessidade de corte de custos, sequer na área em que a reclamante laborava.

Por outro lado, a empresa tinha ciência do estado clínico da empregada e decidiu dispensá-la, mesmo estando a funcionária em tratamento clínico para sua doença e na iminência de realizar cirurgia.

A despedida efetivada após a constatação do quadro de endometriose profunda, que acomete a autora, aliada à permanência do vínculo laboral por 21 anos de trabalho e à recém alteração da função, induz à presunção natural de que sua despedida provavelmente decorreu em virtude do seu estado de saúde, sendo inverossímil, por ausência mínima de qualquer elemento probatório, a afirmação de que a dispensa fundou-se em razões econômicas.

Por força do art. 375 do NCP, RECONHEÇO a inverossimilhança da alegação econômica para a dispensa da reclamante e a verossimilhança da afirmação de que a motivação para a rescisão foi a doença que acometia à reclamante à época dos fatos.

8.8. Teoria dinâmica do ônus da prova

A teoria dinâmica do ônus da prova segue caminho semelhante ao da aplicação do princípio da aptidão da prova (item 8.6), pois tal teoria adota esse princípio como mola propulsora para sua incidência sobre o caso concreto que exige seu excepcional manejo.

Configurada a impossibilidade probatória da reclamante em demonstrar a prática de discriminação oculta e a possibilidade da reclamada em comprovar a regularidade do seu ato, incide, no particular, na forma dos arts. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCP, a distribuição dinâmica do encargo probatório, recaindo sobre a reclamada o ônus da prova.

A reclamada, porém, não se

desincumbiu desse encargo, sequer trazendo elementos mínimos sobre seu corretor proceder, da necessidade de redução de custos e de pessoal e do tratamento digno e respeitoso para com a reclamante.

RECONHEÇO a discriminação do ato rescisório da reclamada, que não se desincumbiu do ônus probatório dinâmico (art. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCP, incidente na espécie em razão da presença de prova diabólica.

8.9. Aplicação do Protocolo de julgamento da Recomendação 128/2022 do CNJ.

Por fim, como última técnica de valoração e de julgamento, passa-se a examinar o litígio a luz do Protocolo do CNJ, objeto de sua Recomendação 128/2022. A rigor, bastaria na fundamentação colocar, em um texto argumentativo, colocar as razões e as conclusões à luz dos passos propostos pelo CNJ, ficando aqueles questionamentos de checagem de imparcialidade do julgador, da influência e influxos e de estereótipos e a balizas de julgamento como uma autorreflexão e autoanálise de suas conclusões. Porém, esta sentença se propõe a ser didática, revelando, passo a passo, como foi construída a convicção da decisão que ora é tomada. Por isso, peço licença para, no particular, seguir respondendo cada uma das perguntas propostas pelo Protocolo (cf. item 4).

Relativamente à imparcialidade e à correta atuação para o julgamento da causa:

Passo 5: valoração de provas e identificação de fatos

Pergunta 1: Uma prova geralmente considerada relevante poderia ter sido produzida?

Resposta: A reclamante está diante de um fato de prova difícil ou impossível, ante a dificuldade de demonstrar prática oculta da alegada discriminação.

Pergunta 2: Em vista da resposta anterior, é necessário conferir um peso diferente à palavra da vítima?

Resposta: É possível conferir um peso

diferente a versão da reclamante. Contudo, várias de suas afirmações sequer mereceram contestação específica da reclamada, conforme exige o art. 341 do NCP. Portanto, pelas regras ordinárias, já se opera a presunção de veracidade dessas afirmações.

Pergunta 3: Provas podem estar imbuídas de estereótipos de gênero?

Resposta: Não foram produzidas provas orais neste feito. Porém, entre as provas documentais produzidas, foi constatado, pelo confronto da documentação médica apresentada pela reclamante com o ASO demissional, a desconformidade desse e, incidentalmente, foi declarada sua insubsistência por caracterizar prática discriminatória estrutural (vide item 8.3).

Pergunta 4: Minhas experiências pessoais podem estar influenciando a minha apreciação dos fatos?

Resposta: Não. A doença e a dor a ela associada são típicas do universo feminino.

Pergunta 5: Posso estar dando peso a um evento que só parece importar por ideias preconcebidas que permeiam minha visão de mundo?

Resposta: Não. Há análise foi feita à luz do estudo sobre a literatura médica acerca da doença que acomete a reclamante.

Pergunta 6: Posso estar minimizando algum fato relevante?

Resposta: Não creio. Procurou-se fazer uma leitura atenta das versões da cada parte, das provas produzidas, das normas incidentes e de estudos atualizados sobre a temática. Não ouve prova oral produzida.

Pergunta 7: Posso estar ignorando como as dinâmicas de desigualdades estruturais interferem na vida de uma pessoa?

Resposta: A. Não creio.

Passo 6: identificação do marco normativo e precedentes aplicáveis

Pergunta 1: Qual marco jurídico nacional ou internacional se aplica ao caso? Qual a norma que presta maior garantia ao direito à igualdade às pessoas envolvidas no caso?

Resposta: Os marcos jurídicos nacionais e internacionais para o direito material debatido está exposto nos itens 2 e 6 deste tema, inclusive as normas que prestam maiores garantias, como a Convenção de

Belém e a Constituição. O marco normativo de direito processual restou exposto no item 3 e todas as técnicas foram aqui aplicadas.

Pergunta 2: Quais as ferramentas que o marco normativo aplicável oferece para resolver as assimetrias na relação jurídica?

Resposta: As ferramentas, de caráter material e processual, foram expostas e aplicadas, particularmente na análise dos itens 8.1 a 8.8.

Pergunta 3: Existem pronunciamentos dos organismos regional ou internacional como recomendações, opiniões consultivas ou observações gerais que façam referência aos elementos do caso?

Resposta: Foram utilizados dois pronunciamentos da Corte Interamericana de Justiça (item 4).

Pergunta 4: Existe jurisprudência ou precedente nacional aplicável ao caso? Em quais argumentos se baseou a decisão (ratio decidendi)?

Resposta: A decisão aplicou entendimento da Súmula 443 do TST (item 8.3) e citou dois outros precedentes do TST, que se mostraram úteis ao exame da controvérsia. A ratio decidendi fundou-se nas diversas espécies de prova e na clássica e nas modernas técnicas probatória e foram exaustivamente expostas.

Pergunta 5: Existem pronunciamentos ou informes dos sistemas regional e internacional de proteção de direitos que contenham semelhanças com o caso? Os argumentos se aplicam ao caso?

Resposta: Diante dos dois pronunciamentos da CIDH, acima referidos (pergunta 3 e item 4), não se fez necessária a ampliação da pesquisa. Porém, pesquisou-se o tratamento probatório da dificuldade probatória em alguns países e na União Europeia.

Pergunta 6: A solução atende ao conteúdo constitucional?

Resposta: A solução preserva o direito a antidiscriminação e a igualdade, ao acesso pleno e substancial à Justiça, a paridade de armas e ao devido processo legal e está atenta à dignidade da pessoa humana, especialmente na relação de trabalho.

Passo 7: interpretação e aplicação do direito

Pergunta 1: Minha interpretação de conceitos está refletindo a realidade de grupos subordinados ou está restrita à minha percepção do mundo?

Resposta: Alguns conceitos expostos sobre desigualdade por sexo (item 1) ainda não foram totalmente assimilados e, em certa medida, divergem da minha percepção. Porém, não se pode ficar estagnado ou preso em um mundo próprio. Deve-se estar atento às realidades e às inovações do Direito e há muito a aprender. Diante da ampla bibliografia pesquisada exposta, crê-se que os conceitos expostos foram úteis ao exame da controvérsia.

Pergunta 2: É possível que a norma seja construída a partir de estereótipos negativos sobre grupos subordinados??

Resposta: Não se notou nas normas aplicadas qualquer estereótipo negativo sobre grupos subordinados.

Pergunta 3: Há um tratamento manifestamente desigual? Se sim, a justificativa para tal é fruto ou perpetuadora de desigualdades?

Resposta: Não se notou nas normas aplicadas qualquer estereótipo manifestamente desigual.

Pergunta 4: Determinada norma tem um impacto desproporcional sobre determinado grupo? Se sim, esse impacto é fruto ou perpetuador de desigualdades estruturais?

Resposta: A aplicação de uma teoria estática do ônus da prova pode levar a tratamento manifestamente desigual e um impacto desproporcional e, o pior, na perpetuação da discriminação e a repetição pelo Poder Judiciário da discriminação. No caso, foram utilizadas as mais modernas técnicas probatórias para aferir, sob várias lentes, a situação debatida nos autos.

Respondidas as questões acerca da atuação desse magistrado no exame da causa – o que, repita-se, deve ser feita no âmbito interno e não externo como exposto, passa-se ao protocolo, em si, do julgamento sobre a perspectiva de sexo. Julgar sob essa perspectiva significa adotar uma postura ativa de reconhecimento das desigualdades históricas, sociais, políticas, econômicas e culturais a que as mulheres estão e estiveram sujeitas ao longo da história, e, a partir

disso, perfilhar um caminho que combata as discriminações e as violências por elas sofridas, contribuindo para dar fim ao ciclo de reprodução dos estereótipos de gênero e da dominação das mulheres.

Passa-se, assim, a responder as perguntas específicas do Protocolo¹³⁵:

Protocolo do CNJ para análise da dispensa discriminatória no trabalho

Pergunta 1. A trabalhadora ou o trabalhador se insere em algum grupo vulnerável ou historicamente discriminado?

Resposta: Sim. Há um processo histórico de discriminação das mulheres e de divisão sexual do trabalho.

Pergunta 2. No meio ambiente de trabalho no qual a pessoa ou o grupo estão inseridos existem outras trabalhadoras ou outros trabalhadores com as mesmas características?

Resposta: Prejudicado, por falta de elementos nos autos.

Pergunta 3. Nos processos seletivos, quais foram os perfis das candidatas selecionadas ou dos candidatos selecionados?

Resposta: Prejudicado, por falta de elementos nos autos.

Pergunta 4. A conduta questionada, se praticada em relação aos grupos majoritários, produziria a mesma consequência?

Resposta: Não. Primeiro, porque os homens não têm endométrio, nem endometriose. Depois, porque é, para eles, difícil de saberem ou sentirem as dores e as angústias provocadas por essa enfermidade. Por fim, a literatura especializada pesquisada (item 5) revelou que, com o tempo, o sentimento de compaixão passa para o de incompreensão e de inviabilidade da doença, vista por grupos majoritários como “frescura” ou “coisa de mulher”, segundo palavras de estudiosa (cf. nota 107).

Pergunta 5. A prática adotada habitualmente pelo empregador ou pela empregadora leva a resultados discriminatórios ainda que não tenha havido intenção de discriminar?

Resposta: Sim, tanto o ato demissional, como o ASO demissional produziram

135 BRASIL. CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, op. cit., p. 112.

resultado (impacto) desproporcional, isto é, discriminatório, em razão da doença exclusiva da mulher, com potencial de se repetir em situações análogas.

Pergunta 6. A prática da empregadora ou do empregador está relacionada ao trabalho e se coaduna ao negócio?

Resposta: A conduta da reclamada está relacionada como o trabalho. A reclamada não comprovou que a dispensa foi por razões econômicas. Ao contrário, a prova indireta (item 8.3) e por verossimilhança (item 8.7), entre outros meios utilizados, deixaram claro que a reclamante foi dispensada em razão de seu estado de saúde, da qual a empresa tinha ciência, e de sua condição como mulher com endometriose profunda.

Dessa maneira, também segundo o Protocolo do CNJ para a discriminação no ambiente laboral, tem-se que, a exceção das duas perguntas tidas por prejudicadas, as outras 5 respostas revelam a presença de discriminação em razão da condição da reclamante de mulher.

RECONHEÇO que o presente julgamento observa os ditames do Protocolo objeto da Recomendação 128/2022 e, no mérito, RECONHEÇO a discriminação sofrida pela reclamante, com base nas respostas às questões específicas propostas pelo referido Protocolo.

9. Conclusão

Diante da análise supra, por todos os ângulos que se examina a controvérsia, CONCLUO que houve dispensa discriminatória pelas seguintes razões, **cada uma delas suficientes, por si só, a respaldarem e a manterem esse entendimento**, assim sintetizadas:

a) ocorrência de prova direta de que o ato rescisório da reclamada produziu impactos desproporcionais e constituiu um ato de violência contra a mulher e de discriminação estrutural à luz dos arts. 1º e 6º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto 1.973/1996) e discriminação nos termos do art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação contra a Mulher (Decreto 4.377/2002);

b) demonstração, por prova indireta e b.1) por presunção judicial (Súmula 443 do TST), que, ao tempo da dispensa, a reclamante era portadora de doença grave, estigmatizando e apta a produzir preconceitos, da qual a reclamada tinha ciência e, ainda b.2) por prova indireta, a discriminação estrutural pelo desprezo à condição de saúde da mulher na homologação de atestado de saúde ocupacional demissional, por parte da reclamada (art. 5º, caput e I, da Constituição c/c art. 168, III, da CLT);

c) não comprovação do fato modificativo de direito aduzido pela reclamada quanto à motivação de ordem econômica para o ato rescisório, a teor do que dispõe os arts. 818 da CLT e 373 do NCPC;

d) existência de início de prova de abuso do direito potestativo do direito de dispensa e pela ausência de contraprova, diante da inversão do encargo probatório decorrente da impossibilidade de produção da prova da discriminação oculta ou velada (art. 5º, II, XXXV e LIV, da Constituição Federal c/c arts. 1º e 373, §§ 1º a 3º, CPC e 818, §§ 1º a 3º, CLT);

e) não ter a reclamada se desincumbido satisfatoriamente do ônus de comprovar a regularidade do ato rescisório da qual era apta, em face da hipossuficiência técnica da reclamante, a teor do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor;

f) inverossimilhança da alegação econômica para a dispensa da reclamante e verossimilhança da afirmação de que a motivação para a rescisão foi a doença que acometia à reclamante à época dos fatos (art. 375, NCPC);

g) não ter a reclamada se desincumbido do ônus probatório dinâmico (art. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCPC, incidente na espécie em face da presença de prova diabólica; e

h) julgamento por perspectiva de sexo, a revelar a discriminação velada

(Recomendação 128/2022 do CNJ c/c arts. 8º do NCPC e 7, “f” e “g”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil).

RECONHEÇO, portanto, por cada um desses elementos, o tratamento discriminatório dado pela reclamada à reclamante, em razão de sua condição de saúde como mulher, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho. Ante a absoluta desconformidade com a prova dos autos e demais elementos de convicção expostos à exaustão, **DECLARO**, incidentalmente, a insubsistência do ASO demissional da reclamante para os fins de direito a que se destina.

Como houve reconhecimento, além de discriminação oculta, práticas discriminatórias estruturais, com potencial de alcançar outras trabalhadoras, **EXPEÇA-SE**, desde logo, ofício ao Ministério Público de Trabalho para que tomando ciência do inteiro teor desses autos, inclusive dos laudos de exames médicos apresentados pela reclamante e do seu quadro clínico, apure, caso assim entender, a correta expedição de atestados de saúde ocupacionais demissionais, bem como a prática de discriminação, sob qualquer forma, contra a mulher em razão de enfermidade.

Diante das inconsistências verificadas nos autos, ainda que sem elementos de dolo, **OFICIE-SE**, com urgência, ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, com cópia desta sentença, da petição inicial, da contestação, dos atestados e exames médicos de fls. 47/54 e dos atestados de saúde ocupacionais de fls. 250/251 para que tome ciência do ASO demissional e da declaração judicial de sua insubsistência e adote, se for o caso, as providências que entender de direito.

Considerando que as provas diretas e indiretas revelaram discriminação estrutural em procedimento da reclamada em dispensa de mulher trabalhadora e enferma, com potencial de ser prática reiterada em face de sua aparência neutra, **COMUNIQUE-SE**, mediante ofício ou por meio de Processo SEI, a todas as Varas do Trabalho do Distrito Federal,

a Secretaria do Tribunal Pleno e das Seções Especializadas e as Secretarias das 3 Turmas do TRT 10, para fins de ciência, com a seguinte informação: “Eminentes Desembargadores e Juizes do Trabalho, informo a V. Ex^{as} que, na Ação Trabalhista 005-23.2021.5.10.0021, em que são partes YYYYYYYYYY e XXXXXXXX, foi declarada, incidentalmente, a insubsistência de ASO demissional – que considerou a reclamante apta para ser dispensada –, em face da sua total desconformidade com o quadro de saúde da reclamante, doente à época da rescisão contratual, em prática hábil a constituir discriminação estrutural e passível de ocorrer em outras situações análogas”.

Caso a secretaria opte pela abertura do processo no SEI, inclua-se cópia dessa sentença, da petição inicial e da defesa.

Ante a importância de conscientização dos magistrados do trabalho acerca das doenças típicas das mulheres e de seus eventuais estigmas e estereótipos, **ENCAMINHE-SE** cópia anonimizada em PDF da presente sentença, a ser juntada no PJe, para a Comissão Anamatra Mulheres e para o Grupo de Estudos sobre Equidade de Gênero, Raça e Diversidade montado pela Escola Judicial do TRT 10.

Não havendo elementos suficientes de materialidade e de conduta dolosa, DEIXO de enviar ofício ao MPDFT e ao MPF por fatos que, em tese, poderiam ter relação, respectivamente, com os arts. 299 e 347 do Código Penal.

Com relação aos efeitos do reconhecimento da discriminação, a reclamante, apesar de poder optar pela reintegração, preferiu a reparação, em dobro, na forma do art. 4º da Lei 9.029/1995, considerando a remuneração mensal apenas.

Conforme fichas financeiras e livro de registro de empregados, as verbas salariais da reclamante, ao tempo da rescisão, totalizavam R\$ 6.652,35. A compensação, em dobro, pela dispensa discriminatória, é de R\$ 13.304,70 mensais.

Em que pese ter decorrido 18,8 meses entre a dispensa e o ajuizamento da

ação trabalhista, a reclamante limitou sua pretensão a 17 meses, o que, multiplicado por R\$ 13.304,70 mensais, totaliza justamente o valor postulado de R\$ 226.179,90.

JULGO PROCEDENTE o pedido para determinar o pagamento, em dobro, de indenização correspondente da remuneração mensal, por 17 (dezesete) meses desde a dispensa, no valor total de R\$ 226.179,90, conforme limites dos pedidos.

Horas extras

Discute-se nos autos o pagamento de horas extras e de intervalo intrajornada.

A reclamante afirma que trabalhava de segunda a sexta-feira das 8 às 18h e aos sábados das 8 às 12h e que, desde que passou a ser chefe de operações, sempre realizou 1h extra por dia.

Em defesa, a reclamada confessa que, no exercício do cargo de Especialista Financeira, a reclamante estava sujeita a controle de jornada conforme cartão de ponto. Narra que a demandante cumpria jornada de 44 horas semanais, com intervalo intrajornada de no mínimo uma hora e uma folga semanal.

Já no tocante a função de Chefe de Seção/Departamento/Operações, a autora exercia cargo de confiança, não estando sujeita a controle de jornada conforme os termos do artigo 62, II da CLT.

O art. 62 da CLT exclui do regime da duração do trabalho os trabalhadores externos cujas atividades são incompatíveis com a fixação de horário de trabalho, desde que haja registro na CTPS e no registro de empregados (inciso I); os exercentes de cargos de gestão, como gerentes, diretores e chefes de filial e departamento, que ganham gratificação de função igual ou superior a 40% do salário efetivo (inciso II) e, desde a vigência da Lei 13.467/2017, os empregados em regime de teletrabalho.

Dispõe o art. 62, da CLT, *in verbis*:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo

regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Portanto, para enquadramento no inciso II da citada norma, exige-se a presença de dois requisitos: distinção remuneratória e poder de gestão. Ambos a serem comprovados pela empregadora, por constituírem fatos impeditivos do direito obreiro (art. 818, II, da CLT).

Quanto ao primeiro deles, distinção remuneratória, não foi produzida prova a respeito. A autora foi promovida a chefe de seção em 11/09/2006, conforme ficha de Id 7706617 (fl. 175) e não há nos autos comprovante do salário pago à época aos operadores de loja (cargo efetivo), de forma a viabilizar a análise a respeito da existência ou não de acréscimo salarial de, no mínimo, 40%, conforme parágrafo único do art. 62 da CLT.

Igualmente não fez prova da existência de poderes diferenciados, não restando demonstrada ainda a autonomia e a liberdade de horário supostamente gozadas pela autora.

Nesse contexto, afasto o enquadramento da reclamante na exceção do art. 62, II, da CLT, pelo que passo à análise da jornada de trabalho por ela cumprida. Afastado o seu enquadramento na regra do artigo 62, II, da CLT, impõe-se presumir a veracidade da jornada indicada na exordial,

seja porque a ré não carrou aos autos controles de jornada de todo período pleiteado, atraindo a aplicação da regra prevista na Súmula 338 do TST, seja porque não produziu (e nem pretendeu produzir) nenhuma prova, oral ou documental, que pudesse elidir tal presunção.

Nesse sentido o entendimento do TST e do TRT da 10ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. EXCEÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CARTÃO DE PONTO. SÚMULA 338/I/TST. Na hipótese em exame, resta clara a ausência dos pressupostos necessários ao enquadramento no tipo legal. Diversamente do apregoadado pela Reclamada, o Regional constatou que as atividades exercidas pela Reclamante não preenchem os requisitos necessários ao seu enquadramento na exceção contida no art. 62, II, da CLT. Assim, fixadas tais premissas pelo Regional, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível em sede de recurso de revista, a teor das Súmulas 102 e 126/TST. O Regional presumiu verdadeiras as jornadas alegadas na inicial, ante a inexistência de qualquer controle, quanto à jornada de trabalho. Nos termos da atual redação do item I da Súmula 338/TST, é ônus do empregador que conta com mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho, na forma do art. 74, § 2º, da CLT, de maneira que a não apresentação injustificada dos controles de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho apontada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário. Com efeito, uma vez não apresentados os cartões de ponto e não elidida a alegação por prova em contrário, gerou-se presunção de veracidade da jornada pleiteada na

exordial, nos termos do entendimento emanado da Súmula 338, I/TST. É jurisprudência pacífica desta Corte que a aplicação do entendimento consagrado no verbete sumular em referência independe da intimação do empregador para que apresente em juízo os cartões de ponto. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (TST, AIRR 1053406119965010052, 6ª Turma, Rel. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 14/12/2011, DEJT 19/12/2011).

HORAS EXTRAS. EMPREGADO QUALIFICADO COMO GERENTE DE DEPARTAMENTO: EXCEÇÃO DO ART 62, II, DA CLT. REQUISITOS. NÃO-COMPROVAÇÃO. SÚMULA 338 DO TST. A exclusão do prestador das regras de proteção horária, nos termos do art. 62, II, da CLT, vincula-se à comprovação do grau expressivo e singularizado de confiança, da relevância da função desenvolvida no âmbito da estrutura organizacional, do padrão salarial e dos amplos poderes de gestão empresarial. Não comprovada a presença dos requisitos legais, inviável o enquadramento do empregado na exceção do art. 62, II, da CLT. **Afastado o enquadramento legal pretendido pelo empregador e não cumprida a exigência legal de que trata o § 2º do art. 74 da CLT, sobrevém a presunção de veracidade do horário afirmado na petição inicial, na exata conformidade do item I da Súmula 338 do col. TST.** Não resgatado o ônus probatório a cargo do empregador, impõe-se a admissão da jornada afirmada na petição inicial e a condenação ao pagamento de horas extras e reflexos postulados. Recurso conhecido e provido. (TRT da 10ª Região. RO 01183201201210008, 3ª Turma, Rel. Douglas Alencar Rodrigues, julgado em 09/04/2014, publicado 25/04/2014 no DEJT).

Diante disso, a jornada desempenhada pela parte reclamante era a mencionada na petição inicial, isto é, de segunda-feira a sexta-feira, das 8 às 18h, com uma hora de intervalo,

e aos sábados, das 8 às 12h, sem intervalo. Há, portanto, 1 hora extra de segunda a sexta-feira, totalizando 4 horas extras semanais, o que considerando a média de 25 dia úteis por mês e 6 dias úteis por semana, totalizam 16,6667 horas extras mensais.

Não há prova do pagamento da totalidade das horas extras prestadas, ônus que pertence ao empregador, a teor dos arts. 818 da CLT e 373 do novo CPC, por se tratar de fato extintivo do direito postulado em juízo. São devidas, portanto, horas extras.

No cálculo das horas extras, são utilizados os seguintes parâmetros: • dias efetivamente trabalhados; • evolução e globalidade salarial, compreendendo inclusive adicionais, gratificações e eventuais diferenças de natureza salarial reconhecidas nesta sentença; • divisor 220; • integração pela média aritmética; • adicional de 50%; • abatimento dos valores pagos; • horário de trabalho indicado nesta sentença.

Assim, considerando que as fichas financeiras acostadas aos autos apuram a base de cálculo do FGTS somente com as parcelas salariais, excluindo férias, e os dias de efetivo trabalho, subtraindo ausências como em período de férias anuais, e que a ordem dos fatores não altera o produto, são devidos os seguintes valores à reclamante de horas extras e reflexos:

Mês Ano	Base de Cálculo	Qtde. H.Extr.	H. Ext. 50%	V.Pago (-)	Valores Devidos
jan/16	5.729,58	16,667	651,09		651,09
fev/16	5.729,58	16,667	651,09		651,09
mar/16	613,88	16,667	69,76		69,76
abr/16	5.729,58	16,667	651,09		651,09
mai/16	5.895,16	16,667	669,91		669,91
jun/16	5.895,16	16,667	669,91		669,91
jul/16	5.937,16	16,667	674,68		674,68
ago/16	5.895,16	16,667	669,91		669,91
set/16	6.484,28	16,667	736,85		736,85
out/16	6.484,28	16,667	736,85		736,85
nov/16	6.484,28	16,667	736,85		736,85
dez/16	6.938,19	16,667	788,43		788,43
jan/17	6.938,19	16,667	788,43		788,43
fev/17	7.203,32	16,667	818,56		818,56
mar/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
abr/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
mai/17	4.103,84	16,667	466,35		466,35
jun/17	5.870,57	16,667	667,11		667,11
jul/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
ago/17	7.081,10	16,667	804,67		804,67
set/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
out/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
nov/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
dez/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
jan/18	7.210,85	16,667	819,42		819,42
fev/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
mar/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
abr/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
mai/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
jun/18	4.605,47	16,667	523,35		523,35
jul/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
ago/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
set/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
out/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
nov/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
dez/18	4.874,15	16,667	553,88		553,88
jan/19	7.495,09	16,667	851,72		851,72
fev/19	7.716,73	16,667	876,90		876,90
mar/19	7.716,73	16,667	876,90		876,90
abr/19	6.386,26	16,667	725,71		725,71
mai/19	5.499,38	16,667	624,93		624,93
jun/19	2.660,94	16,667	302,38		302,38
TOTAL					30.475,82

Ante a limitação do pedido, JULGO PROCEDENTE o pedido para deferir o pagamento de uma hora extra por dia, conforme limites dos pedidos, de segunda a sexta-feira, a partir da 8ª hora diária, no período de imprescrito até a rescisão contratual em 12/06/2019, no valor total de R\$ 30.475,82, nos termos da apuração supra. Considero que o valor apontado na petição inicial como mera estimativa e, por isso, não está a condenação limitado a ele.

Férias atrasadas

A reclamante afirmou que não teve o direito de tirar suas férias durante o período laboral e não recebeu por elas. Requereu o pagamento, em dobro de 55 dias de férias.

Compete ao empregador o ônus de comprovar o pagamento das férias com 1/3 oriundas do contrato de trabalho e a fruição dessas dentro do período concessivo (art. 134 da CLT), por se tratarem de fatos extintivos do direito postulado em juízo (arts. 818 da CLT e 373 do NCPC).

O art. 137 da CLT estabelece que quando não concedidas no período concessivo as férias devem ser pagas em dobro. Interferem no direito às férias, entre outros, faltas injustificadas (art. 130 da CLT) e auxílio doença por mais de 6 meses (art. 133, V, da CLT), cuja demonstração é encargo do empregador, por se tratarem de fato impeditivo ou modificativo de direito.

A reclamada trouxe diversos recibos de férias e pagou umas férias vencidas no TRCT, porém não encontro o comprovante do pagamento e/ou gozo das férias com 1/3, mediante recibos de parte dos últimos períodos.

As férias devem ser calculadas sobre a última remuneração da reclamante (R\$ 6.652,35), pois esta é a época do seu pagamento (art. 142 da CLT). **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido de pagamento de 55 dias de férias vencidas com 1/3, de forma simples, no valor total de R\$ 16.261,30.

Indefiro seu pagamento em dobro, tendo em vista que o autor não delimitou quantos dias, e de qual período aquisitivo se tratam os 55 dias pendentes de pagamento.

Multa art 467

A mora rescisória ainda permanece até a presente data. Não há controvérsia razoável sobre a cessação do contrato de trabalho e para o inadimplemento reiterado da obrigação, mesmo após a primeira audiência. A parte reclamada não comprovou

o depósito em conta ou a consignação do valor da rescisão que entendia devido no prazo legal ou mesmo até a audiência inicial trabalhista. É devida a multa do art. 467 da CLT.

A multa do art. 467 da CLT deve ser calculada considerando apenas as verbas rescisórias *stricto sensu* (aviso prévio, saldo do salário do último mês trabalhado, 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3) que forem devidas, e, por força do art. 146 da CLT, as férias vencidas com 1/3, por se tratar de penalidade, que deve ser interpretada restritivamente.

Assim, remanescendo apenas o valor de férias vencidas de 55 dias, no valor total de R\$ 16.260,44, **JULGO PROCEDENTE** o pedido para determinar o pagamento da multa do art. 467 da CLT, no valor de R\$ 8.130,65.

Indenização por dano moral

Haverá dano moral, passível de reparação na forma dos arts. 186, 187, 927 e 944 do Código Civil, quando determinada conduta ilícita ou abusiva praticada por outrem trazer prejuízo à integridade psíquica ou à personalidade moral de alguém, ainda que em decorrência de uma lesão física. Essa reparação, de caráter compensatório-punitivo, caso devida, deverá observar a lei material vigente à época dos fatos em face do princípio da irretroatividade das leis de cunho substantivo.

No caso, restou comprovada a dispensa discriminatória em razão de gênero, conforme acima exposto.

A teor do que estabelecem os arts. 7º, XXII, 225 da Constituição da República, 14 e 19 da Convenção nº 155 da OIT, incumbe ao empregador garantir ambiente de trabalho sadio, que preserve a higidez física e psicológica dos trabalhadores. Diante da dispensa discriminatória a qual foi submetida a reclamante, que se viu aviltada em sua honra, dignidade, imagem e auto-estima, é justo e razoável que a reclamada seja responsabilizada pelo dano moral que vitimou a trabalhadora em foco. A discriminação reduz à dignidade da vítima, diminuindo-a

como pessoa, nega direitos, viola a igualdade e atenta contra diversos bens imateriais do ofendido.

A partir da vigência da Lei 13.467/2017, incidente à época dos fatos, a reparação encontra-se disciplinada nos arts. 223-B, 223-C e 223-E da CLT.

Para aferição do valor da compensação pecuniária, considera-se: i) a natureza do bem jurídico tutelado, para isso leva-se em conta o direito lesionado e sua repercussão no plexo de bens imateriais da vítima; ii) a intensidade do sofrimento ou da humilhação, em face da sua proximidade com os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana; iii) a possibilidade de superação física ou psicológica, em razão da capacidade de recuperação da lesão sofrida; iv) os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, aferindo a repercussão ocorrida na vida profissional e pessoal da parte ofendida; v) a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, que experimentou a parte reclamante no caso; vi) as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, conforme revela a prova produzida e o contexto em que ocorreu; vii) o grau de dolo ou culpa, mediante a apreciação da intenção e dos graus de culpa do ofensor; viii) a ocorrência de retratação espontânea, procurando avaliar se o ofensor retratou-se ou arrependeu-se; ix) o esforço efetivo para minimizar a ofensa, aferindo-se as condutas adotadas para atenuar o impacto da lesão no ofendido; x) o perdão, tácito ou expresso, que possa revelar o grau de impacto que a lesão ainda gera na vítima; xi) a situação social e econômica das partes envolvidas, considerando a capacidade econômica e a situação social das partes; e xii) o grau de publicidade da ofensa, a revelar a repercussão social e comunitária do dano.

O dano moral sofrido pela parte reclamante é de natureza **grave**.

O art. 944 do Código Civil determina que a indenização mede-se pela extensão do dano. É esse o parâmetro legal que deve ser o ponto de partida e que, no caso, revela-se apropriado para satisfazer todos os parâmetros acima. Na Justiça comum, há uma forte tendência jurisprudencial em fixar

o dano moral em função do dano material ocorrido. Para alguns juízes, o dano material é capaz de melhor dimensionar o dano, inclusive de caráter não patrimonial. Por isso, passo, com base nessa premissa, a fixar o dano moral.

A CLT tem como parâmetro para a reparação das dispensas em geral o aviso prévio. No caso, considerando os quase 21 anos de relação de emprego, mais precisamente 250,5 meses de trabalho, tem-se que a reclamante tem direito a 90 dias de aviso prévio. Por ser discriminatória a dispensa, a reparação deve ser calculada em dobro na forma da já citada Lei 9.029/1995. Considerando a remuneração rescisória de R\$ 6.652,35, teríamos que 90 dias de reparação (3 meses), resulta no valor de R\$ 19.957,50 [6652,35*3], que, em dobro, chega a R\$ 39.914,10.

Porém, a prática discriminatória não se limitou a dispensa realizada em 12/6/2019, mas também pelo procedimento de discriminação estrutural com a invisibilidade da doença da reclamante por ocasião do exame médico demissional, conforme demonstrado pela prova indireta (item 8.3), ainda que destituída de intenção. A perpetuação da discriminação ou a nova prática de discriminação devem repercutir no valor da reparação. Como não há evidências do dolo e da sua aparência de neutralidade, o valor supra deve ser acrescido do percentual de 50%. Assim, o total devido a título de reparação à reclamante, é de R\$ 59.871,15 [(39914,10*1,5)].

Considero que referido valor é adequado, pois a dispensa discriminatória tem repercussão na capacidade financeira da reclamante em realizar exames e procedimentos médicos. A reclamada, mesmo ciente da cirurgia e do quadro da reclamante, preferiu, há poucos dias de procedimento cirúrgico, dispensá-la, pouco se importando com sua saúde e como ela arcaria com o procedimento médico e hospitalar. Mostrou-se, assim, desprezo pela vida humana e pela saúde de quem consumiu sua juventude e sua vida laboral para, por longos anos, colocar suas energias em favor da reclamada.

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar a reclamada no pagamento de indenização por dano moral pela dispensa discriminatória em razão da condição de mulher da reclamante, no valor de R\$ 59.871,15.

Benefícios da Justiça Gratuita

O art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, prevê a concessão dos benefícios da Justiça gratuita a qualquer das partes que recebam salário igual ou inferior a 40% do teto dos benefícios da previdência social ou para quem demonstrar a insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais. A concessão de tal benefício não desonera eventual obrigação de efetuar depósito recursal.

Conforme Portaria SEPRT 477/2021 do Ministério da Economia, a partir de 1/1/2021, o teto dos benefícios da previdência social é de R\$ 6.433,57, o que significa que a renda máxima para a concessão de Justiça gratuita, na primeira hipótese, é de R\$ 2.573,43, isto é, pouco mais de 2 salários mínimos. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza para classificar as 5 (cinco) classes sociais no Brasil o valor da renda familiar por salários-mínimos. Os 40% do teto da previdência social enquadra-se na renda definida para a chamada classe D (média-baixa), cujo intervalo vai de 2 a 4 salários-mínimos. Logo, pelo mesmo critério de renda, presume-se que quem tem renda de até 4 salários mínimos, por estar na mesma classe social de quem se enquadra no § 3º, do art. 790 da CLT, também terá dificuldades para, sem prejuízo de sua subsistência e de sua família, arcar com as despesas do processo. Nos demais casos, em visível retrocesso legislativo, caberá ao interessado do benefício demonstrar sua incapacidade econômica.

A parte requerente, com a extinção do contrato de trabalho, não tem, a princípio, mais salários ou rendimentos para suportar encargos decorrentes deste feito. Portanto, ausente prova em contrário, há direito ao benefício, na exata dicção do § 3º do art. 790 da CLT. Além disso, possui doença crônica, que repercutiu em diversas estruturas da região pélvica, cujo tratamento, clínico ou

cirúrgico, demanda-lhe custos financeiros adicionais. **CONCEDO** os benefícios da Justiça gratuita para a parte reclamante.

Honorários advocatícios

A Lei 13.467/2017, alterando o entendimento da Lei 5.584/1970, passou a prever a fixação de honorários advocatícios em razão de sucumbência, mesmo parcial, nas decisões proferidas nas ações trabalhistas (inclusive em demandas contra a Fazenda, em Reconvenção, nos feitos em que há assistência sindical ou substituição processual e em desfavor do empregado), no percentual de 5 a 15% sobre o valor liquidado da atualizado da causa.

O STF, por ocasião do julgamento da ADI 5.766/DF declarou, por maioria, inconstitucionais os arts. 790-B, caput, e 791-A, § 4º, da CLT, conforme voto prevalente do Ministro Alexandre de Moraes, cuja ementa tem o seguinte teor:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação

na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

Dessa forma, ficou assentado que é inconstitucional a cobrança de honorários advocatícios de trabalhador beneficiário da Justiça gratuita, salvo na hipótese de sua ausência injustificada à audiência inicial ou una. Fora dessas hipóteses, em todas as demais, havendo sucumbência, incidem os honorários advocatícios em favor da parte adversa.

Nos termos do art. 791-A da CLT, a base de cálculo dos honorários de sucumbência, decorrentes do êxito em cada pedido cumulativo objetivamente, é, para o advogado da parte reclamante, o valor apurado em liquidação e, para o representante judicial parte reclamada, a soma dos valores atribuídos para cada pedido julgado totalmente improcedente ou extinto sem resolução de mérito. Nessa hipótese, não havendo liquidação de sentença, nem proveito econômico mensurável, apenas resta a apuração pelo valor da causa de tais pleitos. Acrescente-se que, no pedido julgado parcialmente procedente, há êxito da parte reclamante, ensejando, salvo em pleito sem cunho pecuniário, valores a serem liquidados, não havendo, por isso, como, sob pena de bis in idem, condenar a parte reclamante nessa verba.

Eventuais requerimentos de cunho processual ou procedimental (como compensação, expedição de ofício, tutelas de urgência, intervenção de terceiros, etc.), por não produzirem coisa julgada material, não são tecnicamente pedidos e, por isso, não ensejam pagamento de honorários em favor de qualquer das partes.

Os pleitos não liquidados e que tiverem sido julgados improcedentes ou extintos sem resolução de mérito, não havendo previsão legal para fixação do juízo quando esgotadas as possibilidades do art. 791-A da CLT, terão como base de cálculo R\$ 0,00 (zero reais). Da mesma forma, os pleitos procedentes que não tiverem expressão econômica, nada acrescentaram na liquidação dos cálculos e consequentemente na apuração da verba honorária.

No caso, há sucumbência total. Além disso, houve a concessão de benefícios da Justiça gratuita em favor da reclamante.

Considerando o grau de zelo dos profissionais que atuam nesse feito, a prestação de serviços realizada, os custos do trabalho, a natureza e a importância da controvérsia, a complexidade do trabalho desenvolvido e o tempo desenvolvido na elaboração das peças processuais e na defesa da parte que representam, CONDENO a parte reclamada no pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre a liquidação do julgado, no valor total de R\$ 34.091,88.

Contribuição previdenciária e fiscal

Em obediência ao disposto no art. 832, § 3º, da CLT e considerando o disposto no art. 214 do Decreto 3.048/1999, declara-se que a condenação está sujeita à contribuição previdenciária em relação ao 13º salário e às horas extras. Os descontos previdenciários devidos serão recolhidos, mês a mês, sobre as parcelas salariais ora discriminadas, observando-se o limite máximo do salário-de-contribuição, a cota de cada parte e a correta identificação da reclamante, sob pena de execução direta pela quantia equivalente. Não haverá descontos previdenciários de parcelas em favor de terceiros por fugir à competência dessa Justiça Especializada.

Os descontos fiscais sobre as parcelas salariais deferidas, o que não inclui os juros de mora, deverão ser apurados e recolhidos na forma da lei e da jurisprudência consolidada do TST. A apuração deve considerar os Rendimentos Recebidos Acumuladamente (RRA) durante o período contratual objeto da

condenação.

Juros e correção monetária

Sobre o montante da condenação incidirão juros e atualização monetária até a data do efetivo pagamento, na forma da decisão emanada pelo STF na ADC 58, e, no que couber, no disposto no art. 883 da CLT, na Súmula 381 do TST, na legislação específica e no entendimento pacificado/majoritário pelo TST.

Deverão ser aplicados os índices oficiais da Justiça do Trabalho que estiverem em sintonia com o entendimento do STF e do TST, segundo sua época própria de incidência e a balizas fixadas pelas instâncias superiores, conforme for apurado em liquidação de sentença.

As multas, os encargos de juros de mora e a atualização monetária decorrentes das contribuições previdenciárias e dos descontos fiscais que incidirem sobre a condenação também serão apurados na forma estabelecida pela jurisprudência consolidada do TST e do STF.

Com relação à indenização por danos extrapatrimoniais, a teor da Súmula 362 do STJ, os juros e a correção monetária devem ser apurados a partir da data da publicação dessa sentença. De fato, tendo sido imposta a obrigação nesse momento, é a partir desse instante que a reclamada tem ciência do seu débito.

Compensação/dedução

A fim de se evitar duplicidade de pagamento e enriquecimento sem causa, AUTORIZO a dedução/compensação dos valores pagos/recolhidos sob o mesmo título das verbas ora deferidas, desde que devidamente comprovadas até a execução, particularmente no que diz respeito às férias com 1/3.

Registros finais

Por fim, cabe assinalar que “sentença” vem de “sentir”, o que acentua que ela expressa a convicção, o sentir do Juiz ao

decidir a causa. Embora, não seja possível abstrair toda a verdade dos fatos e a certeza dos acontecimentos (item 7 do tema afeto à dispensa discriminatória), referida decisão é fruto da profunda convicção formada à partir das provas e das técnicas probatórias, que, se bem compreendidas e aplicadas, foram elaboradas para garantir o acesso pleno, efetivo e substancial à Justiça, pilar imprescindível do Estado Democrático do Direito e porta para assegurar todos os outros direitos fundamentais.

Para aqueles que tiveram a paciência de ler esta longa decisão até aqui e para os que acham, equivocadamente, que a Justiça é cega ou que dorme ou cochila inclusive no recesso forense e em feriados como o Natal, basta dizer: “ainda há juízes em Roma”.

ANTE O EXPOSTO, nos termos, limites e parâmetros da fundamentação supra, que integra esse dispositivo para todos os efeitos legais, na Ação Trabalhista proposta por YYYYYYYYYY em desfavor de XXXXXXXX:

JULGO EXTINTO, com resolução do mérito, a pretensão relativa aos direitos pecuniários postulados cuja época própria de pagamento seja anteriores a 06/01/2016;

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado para condenar a reclamada no pagamento:

- em dobro, de indenização correspondente à remuneração mensal, por 17 (dezessete) meses desde a dispensa, no valor total de R\$ 226.179,90, conforme limites dos pedidos;
- de uma hora extra por dia, conforme limites dos pedidos, de segunda a sexta-feira, a partir da 8ª hora diária, no período de imprescrito até a rescisão contratual em 12/06/2019, no valor total de R\$ 30.475,82, nos termos da apuração feita;
- de 55 dias de férias vencidas com 1/3, de forma simples, no valor total de R\$ 16.261,30;
- da multa do art. 467 da CLT, no valor de R\$ 8.130,65;
- de indenização por dano moral pela dispensa discriminatória em razão da condição de mulher da reclamante, no valor de R\$ 59.871,15;
- de honorários advocatícios, no

percentual de 10% sobre a liquidação do julgado, no valor total de R\$ 34.091,88.

RECONHEÇO o tratamento discriminatório dado pela reclamada à reclamante, em razão de sua condição de saúde como mulher, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho e **DECLARO**, incidentalmente, a insubsistência do ASO demissional da reclamante para os fins de direito a que se destina.

FIXO o valor da condenação da Ação Trabalhista em R\$ 375.010,70, nos termos dos cálculos e valores constantes da fundamentação e também integrante deste dispositivo para todos os efeitos legais sobre os quais deverão ser acrescidos os demais encargos não apurados, mas determinados nessa decisão. **Custas** de R\$ 7.500,21 pela reclamada.

Benefícios da Justiça gratuita **concedidos**, na forma da fundamentação, em favor da reclamante.

EXPEÇA-SE, de imediato, ofício ao Ministério Público de Trabalho para que tomando ciência do inteiro teor desses autos, inclusive dos laudos de exames médicos apresentados pela reclamante e do seu quadro clínico, apure, caso assim entender, a correta expedição de atestados de saúde ocupacionais demissionais, bem como a prática de discriminação, sob qualquer forma, contra a mulher em razão de enfermidade.

OFICIE-SE, com urgência, ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, com cópia desta sentença, da petição inicial, da contestação, dos atestados e exames médicos de fls. 47/54 e dos atestados de saúde ocupacionais de fls. 250/251 para que tome ciência do ASO demissional e da declaração judicial de sua insubsistência e adote, se for o caso, as providências que entender de direito.

COMUNIQUE-SE, mediante ofício ou por meio de Processo SEI, a todas as Varas do Trabalho do Distrito Federal, a Secretaria do Tribunal Pleno e das Seções Especializadas e as Secretarias das 3 Turmas do TRT 10, para fins de ciência, a seguinte informação: “Eminentes Desembargadores

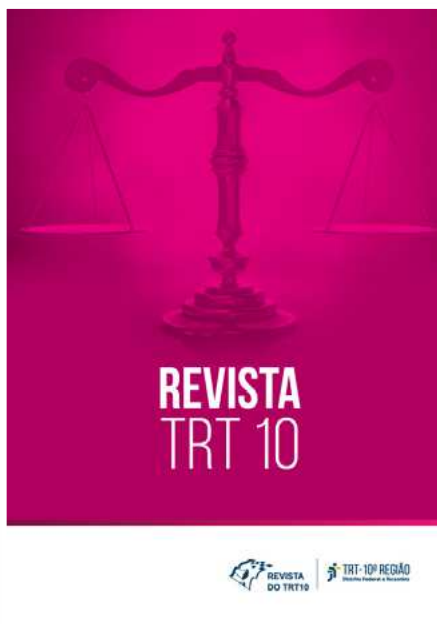
e Juízes do Trabalho, informo a V. Ex^{as} que, na Ação Trabalhista 005-23.2021.5.10.0021, em que são partes YYYYYYYYYY e XXXXXXXX, foi declarada, incidentalmente, a insubsistência de ASO demissional – que considerou a reclamante apta para ser dispensada –, em face da sua total desconformidade com o quadro de saúde da reclamante, doente à época da rescisão contratual, em prática hábil a constituir discriminação estrutural e passível de ocorrer em outras situações análogas”. Caso a secretaria opte pela abertura do processo no SEI, inclua-se cópia dessa sentença, da petição inicial e da defesa.

ENCAMINHE-SE cópia anonimizada em PDF da presente sentença, a ser juntada no PJe, para a Comissão Anamatra Mulheres e para o Grupo de Estudos sobre Equidade de Gênero, Raça e Diversidade montado pela Escola Judicial do TRT 10.

Apurem-se os juros, a correção monetária, a contribuição previdenciária e os descontos fiscais na forma da fundamentação.

Intimem-se as partes. Publique-se. Cumpra-se.

Gustavo Carvalho Chehab
Juiz do Trabalho Substituto



000511-44.2021.5.10.0006 - RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)

RELATOR(A): JUIZ CONVOCADO FRANCISCO LUCIANO DE AZEVEDO FROTA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRENTE: ESPARTA SEGURANCA LTDA

ADVOGADOS: MARIA SIMONE LIMA BORGES - DF0055765, FLAVIA DORADO TORRES - MG0108264

RECORRIDO: OS MESMOS

ORIGEM: 6ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA - DF

CLASSE ORIGINÁRIA: AÇÃO TRABALHISTA

JUIZ(A): ADRIANA ZVEITER

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. O artigo 899 da CLT dispõe que "Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título,

permitida a execução provisória até a penhora." O caso dos autos não encerra exceção à regra legal, até porque na hipótese concreta o tempo conspira contra a efetivação de um direito de grande alcance social, pois trata da inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência e /ou reabilitados. Vale dizer, a cada dia que passa sem que sejam adotadas pela empresa ré as providências para o cumprimento da cota de que trata o art. 93 da Lei n. 8.213/91, maior será o prejuízo social, pois teremos mais pessoas com deficiência e/ou reabilitados excluídos do mercado de trabalho e ofendidos em sua dimensão de dignidade. Logo, não há falar em concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário, devendo ser mantidos os efeitos da antecipação de tutela deferidos no comando condenatório da sentença recorrida. **LEI DE COTAS. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E REABILITADAS. EXCLUSÃO DA ATIVIDADE DE**

VIGILANTE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. O artigo 93 da Lei n. 8.213/91 é literal ao obrigar as empresas ao preenchimento das cotas de PCD's e reabilitados, observada a quantidade de trabalhadores empregados. Do dispositivo legal referido não se verifica a exclusão de quaisquer funções. Assim, não tendo o artigo 93 da Lei nº 8.213/91 determinado a exclusão deste ou daquele emprego, ou, ainda, não tendo estipulado que a contratação das pessoas com deficiência ou reabilitados seria para alguma atividade específica, caberá à empresa, por meio de seu poder diretivo, eleger para quais cargos deseja destinar aquele rol de trabalhadores, observando-se a aptidão particular de cada portador de necessidades especiais, diante da multiplicidade do tipo e do grau de habilidade. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE NATUREZA REPARATÓRIA. DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DO TRABALHO.** A Constituição da República abriga no seu seio protetivo não apenas interesses individuais, mas sobretudo privilegia a tutela dos interesses coletivos no sentido lato, reconhecendo explicitamente a possibilidade de lesões metaindividuais, como no caso do patrimônio público e da moralidade administrativa protegidas pela ação popular (art. 5º, LXIII). Especificamente no campo dos danos morais, o constituinte alargou essa proteção adotando o princípio da reparação integral (art. 5º, V e X). Perfilhando esse fundamento constitucional, o legislador ordinário ampliou o uso da ação civil pública para a reparação de danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, caput e IV, da Lei nº 7.347/85), conferindo, desse modo, guarida ao chamado dano moral coletivo. Hipótese em que verificado o descumprimento repetido de normas para preenchimento da cota PCD, constatação que caracteriza, por si só, lesão difusa à comunidade de trabalhadores, de molde a configurar dano moral coletivo ante a

violação dos direitos. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA POR EMBARGOS PROTETATÓRIOS.** Hipótese em que a parte aventou vício na sentença sobre assunto expressamente tratado na decisão embargada. Evidenciado, à saciedade, o intuito protetatório dos embargos de declaração interpostos, não há reparos a fazer quanto à aplicação da multa correspondente. **DANO MORAL COLETIVO. QUANTUM CONDENATÓRIO.** Considerando o universo de trabalhadores atingidos pelo ato lesivo cometido pela ré, a natureza e a gravidade da ofensa a valores morais que são caros para a sociedade e o desrespeito à ordem jurídica instituída, impõe-se a majoração do valor estabelecido na sentença condenatória com fulcro no artigo 944 do Código Civil. **EXIGÊNCIA DE APTIDÃO PLENA PARA A VAGA EM DISPONIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. NÃO CABIMENTO.** A Lei n. 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dispõe em seu artigo 34, § 3º, que "É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena." A Lei n. 7.102/1983, a seu turno, que trata dos serviços de vigilância e de transporte de valores, não exige a aptidão plena para a vaga de vigilante, mas tão somente atestado de saúde física e mental. Não há respaldo no ordenamento jurídico para que se exija da pessoa com deficiência aptidão plena para a vaga de vigilante. Ainda que se sustente que a Lei n. 7.102/1983 traz a exigência de aptidão plena para o exercício da função, essa particularidade apenas poderia ser oponível a pessoas sem deficiência, sob pena de se extirpar do mundo jurídico o comando afirmativo instituído no § 3º do artigo 34 da Lei n. 13.146/2015, fazendo dele tabula rasa. **CAPACITAÇÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO DO CANDIDATO E DO EMPREGADO.**

RESPONSABILIDADE. O artigo 93 da Lei n. 8.213/91 não condiciona o preenchimento das cotas de PCD's e reabilitados à existência de candidatos capacitados para as funções disponibilizadas, até porque a obrigação de inclusão da pessoa deficiente ou reabilitada não se inicia e se esgota com a contratação. Esse processo inclusivo de que trata a norma importa necessariamente na capacitação, na preparação técnica, na habilitação dos PCD's e reabilitados para que possam ser contratados. Estando o problema na falta de capacidade técnica dos trabalhadores em condições especiais para ocupar as funções disponibilizadas, a solução está nas mãos das empresas a ela cabendo implementar as medidas necessárias à habilitação profissional para a aquisição de conhecimentos para o emprego. **ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. VALOR ARBITRADO.** Em se tratando de obrigações de fazer, ou de não fazer, é impositivo um comando para que a empresa não mais venha a cometer as irregularidades constatadas. Nesse sentido é o teor do parágrafo único do artigo 497 do CPC e do artigo 11 da Lei nº 7.347/85. No caso dos autos, os valores fixados pela magistrada de origem, tanto para fins de multa diária para cada vaga PCD não preenchida, quanto para fins de limitá-la, está em conformidade com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo reparos a fazer no montante estabelecido. **Recurso da ré conhecido e não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.**

I- RELATÓRIO

A Exma. Juíza do Trabalho ADRIANA ZVEITER por meio da sentença proferida às fls. 520/541 do PDF, aditada pela decisão em embargos declaratórios às fls. 555/556 do PDF, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

A empresa ré interpõe recurso ordinário às fls. 560/589 do PDF no qual requer, preliminarmente, a concessão de

efeito suspensivo ao recurso ordinário. No mérito, requer a improcedência dos pedidos exordiais e a exclusão da multa aplicada pela interposição de embargos declaratórios protelatórios.

Guia de custas processuais e de depósito recursal às fls. 590/593 do PDF.

O Ministério Público do Trabalho também interpõe recurso ordinário às fls. 594/604 do PDF em que pretende a condenação da ré a abster-se de exigir dos candidatos com deficiência aptidão plena para a vaga em disponibilidade; a promover a capacitação profissional dos candidatos portadores de deficiência, bem como a elevação dos valores a título de astreintes em caso de descumprimento da obrigação de contratar pessoa com deficiência e a título de danos morais coletivos.

Contrarrazões pelo Ministério Público do Trabalho às fls. 605/613 do PDF.

Contrarrazões pela ré às fls. 616/623 do PDF.

Desnecessária a prévia manifestação do Ministério Público do Trabalho, conforme artigo 102 do RITRT.

É o relatório.

II - V O T O

1. ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos.

2. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ORDINÁRIO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA (recurso da ré)

A juíza sentenciante deferiu parcialmente, com efeito antecipatório da tutela, o pedido dos itens "a" e "b" da exordial para condenar a reclamada nas obrigações de fazer consistentes em preencher e manter, no prazo de 180 (cento e oitenta dias) dias corridos, a cota de vaga destinadas às pessoas com deficiência, conforme percentuais e demais regras contidas no artigo 93 da Lei 8.213/91 tendo como base o cálculo de empregados de todos os estabelecimentos,

sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 para cada vaga não preenchida após tal prazo, limitado ao valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

A ré pretende a concessão de efeito suspensivo ao recurso para garantir a eficácia da ulterior decisão a ser proferida nos autos.

Diz estarem preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* aptos a se determinar "a suspensão do processo para que se evite prejuízos financeiros e econômicos a recorrente a ponto de comprometer a sua permanência no mercado, tendo em vista que a condenação em obrigação de fazer assim determinou como quantia condenatória em valor expressivo, impondo à recorrente obrigação de fazer incompatível com a natureza das atividades de segurança patrimonial desenvolvidas pela empresa." (fl. 565 do PDF)

O artigo 899 da CLT dispõe que "Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora."

O caso dos autos não encerra exceção à regra legal.

Aliás, ao contrário. Na hipótese em apreço, o tempo conspira contra a efetivação de um direito de grande alcance social, pois trata da inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência e/ou reabilitados.

A cada dia que passa sem que sejam adotadas pela empresa ré as providências para o cumprimento da cota de que trata o art. 93 da Lei n. 8.213/91, maior será o prejuízo social, pois teremos mais pessoas com deficiência e/ou reabilitados excluídos do mercado de trabalho e ofendidos em sua dimensão de dignidade.

Logo, não há falar em concessão de efeito suspensivo ao presente apelo, razão por que mantenho os efeitos da antecipação de tutela deferidos no comando condenatório.

Rejeito.

3.MÉRITO

3.1. ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.213/91. COTAS PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS

POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. EXCLUSÃO DA ATIVIDADE DE VIGILANTE (recurso da ré)

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face de ESPARTA SEGURANÇA LTDA pretendendo, em suma, o cumprimento do disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 com a inclusão do quantitativo de empregados que exercem a função de vigilantes para composição da base de cálculo da cota de pessoas com deficiência.

Afirmou que a empresa ré sustentou em sede de inquérito civil instaurado que, com fulcro na cláusula 24ª da Convenção Coletiva de Trabalho 2021/2021, aplicada às empresas de segurança e vigilância, o quantitativo de empregados que exercem a função de vigilantes não é incluído para a base de cálculo da cota PCD.

Afirmou, ainda, que a ré se defendeu naquele procedimento administrativo afirmando que excluindo os vigilantes, os cargos de direção, gerência ou confiança e os aprendizes, o saldo a ser considerado para cálculo da cota é de 20 empregados, o que a obrigaria a contratar apenas 1 empregado PCD.

Esclareceu que a demandada foi notificada para informar se teria interesse em firmar Termo de Ajustamento de Conduta, proposta prontamente negada ao argumento de que estaria albergada pelo teor da CCT 2021/2021.

Ante a postura patronal referida, o MPT ajuizou a presente ação para requer a condenação da empresa ré a cumprir a previsão instituída no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991.

Em resistência à pretensão deduzida, a ré reiterou a tese esposada nos autos do inquérito civil, quanto à incompatibilidade do exercício da atividade de vigilância por pessoas com deficiência, a teor do que dispõe a Lei nº 7.102/1983, bem como quanto à disponibilidade no mercado de trabalho dessa mão de obra.

Também sustentou ausência de ilegalidade da conduta, porquanto respaldada pela cláusula 24ª da CCT 221/2021 que autoriza seja feita a contratação de PCD's apenas sob a base de cálculo do administrativo, excluídos os

profissionais vigilantes e seguranças pessoais, considerando a atividade desenvolvida pelas empresas de segurança privada no país.

De resto, disse que promoveu a publicação de vários chamados para contratação do público PCD e não obteve retorno suficiente ao preenchimento das vagas destinada a essa cota.

O Juízo deferiu parcialmente os pleitos a quo exordiais conforme comando condenatório abaixo:

"Diante de todo o cenário apresentado, **defiro parcialmente, com efeito antecipatório da tutela**, o pedido de itens "a" e "b" e condeno a reclamada nas obrigações de fazer consistentes em preencher e manter, **no prazo de 180 (cento e oitenta dias) dias corridos a cota de vaga destinadas aos Portadores de Necessidade Especial, conforme percentuais e demais regras contidas no artigo 93 da Lei 8.213/91, tendo como base o cálculo de empregados de todos os estabelecimentos, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 para cada vaga não preenchida após tal prazo, limitado ao valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).**

Os valores decorrentes de eventuais descumprimentos serão convertidos em doação para instituições beneficentes regularmente constituídas e detentoras de CEBAS vigente e que tenham por finalidade institucional prestar auxílio às pessoas com deficiência e reabilitadas, a serem indicadas pelo Ministério Público do Trabalho, com a devida comprovação do atendimento dos requisitos." (grifo no original).

Irresignada, a ré insiste na tese ofertada quando do oferecimento da contestação.

Pois bem.

A Organização das Nações Unidas, em 1975, aprovou a "Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência", que em seu artigo 3º dispõe:

As pessoas portadoras de deficiência

têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. Qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, os seus portadores têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível.

Em 1982, a ONU aprovou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, dispondo em seu artigo 12:

Art. 12. Igualdade de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade - o meio físico, cultural, a habitação, o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e de trabalho, a vida cultural e social, inclusive as instalações esportivas e de lazer - torna-se acessível a todos. (grifo nosso)

Também a OIT, em sua 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, realizada em 1983, aprovou a Convenção n. 159, que trata da reabilitação de profissional e emprego de pessoas com deficiência.

Esse importante normativo internacional, ratificado pelo Brasil em 1990 e com vigência nacional a partir de 18/05/1991, prevê, em linhas gerais, que os países-membros devem adotar políticas de promoção de oportunidades de emprego para pessoas deficientes no mercado de trabalho, tendo como base "o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral".

Na esteira desse compromisso internacional assumido pelo Brasil para inclusão da pessoa portadora de deficiência, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos fundamentos da República a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV, CF).

No rol dos direitos sociais trazidos pela Carta Magna, houve ainda a "proibição de qualquer tipo de discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do

trabalhador portador de deficiência" (art. 7º, XXXI, da CF).

Como forma de efetivar as garantias constitucionais de não discriminação, de liberdade de trabalho e de igualdade de oportunidades para ingresso no mercado de trabalho, a Lei n.8.213/91 assim dispôs em seu art. 93:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados ... 2%;
- II - de 201 a 500 3%;
- III - de 501 a 1.000.....4%;
- IV - de 1.001 em diante....5%.
- V - (Vetado)

§ 1º A dispensa de pessoa o com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social § 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 4º (VETADO)."

Importante destacar a relevância social da norma legal que estabelece cotas para contratação de pessoas portadoras com deficiência ou reabilitados.

O Estado não poderia entregar à própria sorte os seres humanos que, por alguma razão do destino, são portadores de limitações físicas, mentais ou sensoriais, e que, exatamente por essa condição especial, estão sujeitos a todo tipo de discriminação e preconceito.

Não houvesse essa intervenção estatal para garantir às pessoas com deficiência e/ou reabilitados a sua inclusão no mercado de trabalho, certamente ainda estaríamos vivendo as agruras de um passado recente no Brasil, em que os homens sem capacidade física plena para o trabalho eram simplesmente descartados, pois não serviam para os fins exploratórios do sistema.

Assim, aos doentes, aos incapacitados, aos fisicamente limitados, às vítimas do próprio sistema de exploração, restaria o isolamento, a exclusão.

Quando a norma trata de inclusão dos portadores de deficiência e dos reabilitados, aponta para uma obrigação da sociedade em geral de amparar essas pessoas com condições especiais, não permitindo que sejam discriminadas, assegurando-lhes o mesmo patamar de dignidade devido a todo o ser humano.

O Direito do Trabalho deve ser entendido dentro dessa ótica de proteção ao ser humano trabalhador, que é a própria razão da sua existência como ramo autônomo do direito.

Daí o apego que se impõe, na tarefa de aplicação do Direito Laboral, aos valores sociais do trabalho e aos princípios que preservam o homem em sua dimensão de dignidade.

Nesse sentido, Valdete Souto Severo, em sua obra "O Dever de Motivação da Despedida na Ordem Jurídico-constitucional Brasileira", preleciona:

O fato de o Direito do Trabalho figurar

dentre os fundamentos do Estado é, necessariamente, o reconhecimento de que ele se afirma como expressão de garantia da dignidade humana, que não se resume à sobrevivência física, mas abarca, também, a realização pessoal e profissional." (1ª ed., 2011, pag. 171).

Retomando a questão sob o prisma constitucional, não se pode perder de vista, na leitura interpretativa dos comandos legais, que a Constituição Federal elegeu como pilar do Estado Democrático de Direito a pessoa, para quem convergem todos os direitos fundamentais, resumidos no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Assim é que, em seu art. 170, a nossa Carta Constitucional estabeleceu que a ordem econômica deve garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando, dentre outros princípios, o da "função social da propriedade" (inciso IV).

O princípio da função social da propriedade, no qual se insere a função social da empresa, está vinculado à ideia de responsabilidade social, que não se confunde com a realização de "políticas de caridade", mas envolve um feixe de obrigações que devem ser assumidas perante a sociedade para a concretização dos valores constitucionais de solidariedade, de justiça social e de proteção da dignidade humana, em que se inclui o direito ao trabalho digno, com igualdade de oportunidades a todos.

O magistrado do trabalho Jorge Luiz Souto Maior, em sua obra "Curso de Direito do Trabalho - A relação de Emprego (vol. II)", oferece uma visão bem interessante da questão que envolve a responsabilidade social das empresas prevista em nossa Carta Constitucional:

[...] Mas, a responsabilidade social, por evidente, não é apenas um valor econômico é, igualmente, um valor jurídico, que implica atribuir aos grandes capitais a obrigação de devolver à sociedade, em benefícios de natureza social, parte dos lucros que o próprio modelo de sociedade lhe proporciona". (pag. 177)

Portanto, a obrigação legal para contratação de pessoas com deficiência e /ou reabilitados exige das empresas, destinatárias do comando normativo, que adotem uma postura proativa na efetivação desse direito, cumprindo, assim, a sua função social enquanto instituição comprometida constitucionalmente com os valores sociais do trabalho e da preservação da dignidade humana.

Escudar-se na alegação de que não existem pessoas com deficiência e/ou reabilitados disponíveis para contratação, com capacidade para as funções de que dispõe, é fazer letra morta da própria Constituição Federal, que confere às empresas a obrigação de assumir a sua cota de responsabilidade na implementação das políticas sociais relativas ao mundo do trabalho.

O artigo 93 da Lei n. 8.213/91 é literal ao obrigar as empresas ao preenchimento das cotas de PCD's e reabilitados, sem condicioná-lo à existência de candidatos capacitados para as funções disponibilizadas. Também do dispositivo legal referido não se verifica exclusão de quaisquer funções, conforme pretende a impetrante.

A obrigação de inclusão da pessoa com deficiência ou reabilitada não se inicia e se esgota com a contratação. Esse processo inclusivo de que trata a norma importa necessariamente na capacitação, na preparação técnica, na habilitação dos PCD's e reabilitados para que possam ser contratados.

Portanto, a obrigação legal para contratação de pessoas com deficiência e/ou reabilitados exige das empresas, destinatárias do comando normativo, que adotem uma postura proativa na efetivação desse direito, cumprindo, assim, a sua função social enquanto instituição comprometida constitucionalmente com os valores sociais do trabalho e da preservação da dignidade humana.

Escudar-se na alegação de que não existem pessoas com deficiência e/ou reabilitados disponíveis para contratação, com capacidade para as funções de que dispõe, é fazer letra morta da própria Constituição Federal, que confere às empresas a obrigação de assumir a sua cota de responsabilidade na implementação das políticas sociais relativas

ao mundo do trabalho.

O artigo 93 da Lei n. 8.213/91 é literal ao obrigar as empresas ao preenchimento das cotas de PCD's e reabilitados, sem condicioná-lo à existência de candidatos capacitados para as funções disponibilizadas. Também do dispositivo legal referido não se verifica exclusão de quaisquer funções, conforme pretende a impetrante.

A obrigação de inclusão da pessoa com deficiência ou reabilitada não se inicia e se esgota com a contratação. Esse processo inclusivo de que trata a norma importa necessariamente na capacitação, na preparação técnica, na habilitação dos PCD's e reabilitados para que possam ser contratados.

Registre-se que os dados estatísticos da Previdência Social relativos aos reabilitados, bem como as informações do IBGE quanto ao número de pessoas com deficiência no Brasil, rechaçam, pela contundência de seus números, a alegação empresarial de que faltam candidatos em condições especiais para os cargos disponibilizados.

Segundo dados do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania:

A população com deficiência no Brasil foi estimada em 18,6 milhões de pessoas de 2 anos ou mais, o que corresponde a 8,9% da população dessa faixa etária. O indicativo faz parte da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD): Pessoas com Deficiência 2022, lançada nesta sexta-feira (07), em Brasília (DF), fruto de um Termo de Execução Descentralizada entre a Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (SNDPD/MDHC) e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/brasil-tem-18-6-milhoes-de-pessoas-com-deficiencia-indica-pesquisa-divulgada-pelo-ibge-emdhc>)(notícia atualizada em 07/07/2023 19h38).

Ademais, conforme registrado em sentença "num país com milhões de desempregados, um pouco mais de um cento

de vagas (152) é um alento mínimo, ainda mais para indivíduos que procuram reafirmação na sociedade e que sejam tratadas como pessoas normais, como de fato são." (fl. 532 do PDF).

Como se vê, a questão não reside na inexistência de candidatos potenciais para as vagas reservadas.

Estando eventualmente o problema na falta de capacidade técnica desses trabalhadores em condições especiais para ocupar as funções disponibilizadas, a solução está nas mãos das empresas, conforme já analisado.

Desse modo, inescusável a justificativa trazida pela empresa ré para a não contratação das pessoas com deficiência ou reabilitados.

Logo, não há como aplicar, genericamente, o entendimento defendido pela recorrente para excluir da base de cálculo de que cogita o artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, todos os empregos de vigilante.

Inclusive, impõe-se registrar posicionamento do col. TST que, ao analisar pleito anulatório de cláusula de CCT na qual se estipulava a exclusão de determinados cargos existentes nas áreas de produção das empresas representadas, da base de cálculo a ser utilizada para a reserva de vagas para pessoas com deficiência, decidiu por meio de sua Seção Especializada em Dissídios Coletivos pela nulidade absoluta da cláusula, *verbis*:

AÇÃO ANULATÓRIA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. CÁLCULO DAS COTAS FIXADAS PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS NAS EMPRESAS POR PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO. É inválida cláusula constante de instrumento coletivo, em que se estipula a exclusão de determinados cargos existentes nas áreas de produção das empresas representadas da base de cálculo a ser utilizada para a aplicabilidade do percentual de vagas a serem preenchidas por portadores de deficiência. Incompatibilidade com o disposto no art. 93 da Lei nº 8213/91, norma de ordem pública, de caráter previdenciário, não passível de

flexibilização por meio de acordo ou convenção coletivos de trabalho (ROAA - 2030000-26.2007.5.02.0000, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 10/10/2011, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 21/10/2011).

Como visto pelo julgado transcrito, o col. TST entendeu que não se poderia prefixar determinados cargos como não ocupáveis por pessoas com deficiência, sob pena de adotar medida discriminatória e contrária à Lei nº 8.213/1991, conforme assim se fundamentou no acórdão:

Valerá referir que na legislação em apreço se determina a reserva proporcional dos cargos nas empresas para pessoas portadoras de deficiência habilitadas e para beneficiários reabilitados, na forma ali expressamente conceituada; portanto, pessoas aptas na forma da lei a ingressarem no mercado de trabalho. Além disso, em nenhum momento exige-se nessa legislação que a contratação dessas pessoas se dê ao arrepio dos requisitos mínimos necessários ao desempenho das funções correspondentes, mas em vários dispositivos seus afirma-se a necessidade de essas pessoas estarem capacitadas para o exercício da função a ser desempenhada (art. 36, §3º, do Decreto nº 3.298/1999 e art. 12 da Instrução Normativa nº 20, de 26/01/2001, do Ministério do Trabalho e Emprego).

Cabe à empresa, pois, após observada a regra de aplicação do percentual previsto em lei sobre a totalidade dos cargos existentes, a fim de que não haja prejuízo na apuração do número de vagas a serem preenchidas por pessoas portadoras de deficiência, decidir onde e em qual função esse trabalhador poderá ser melhor aproveitado, de acordo com o grau de capacitação demonstrado.

Não se pode perder de vista também que são múltiplos os tipos e graus de deficiência e que os avanços tecnológicos têm permitido o exercício de atividades por pessoas que a detêm nunca antes imaginadas.

Portanto, prefixar, em instrumento coletivo, ainda que de acordo com laudo técnico, determinados cargos como impróprios para serem preenchidos por pessoas portadoras de deficiência constitui medida precipitada e discriminatória que não se coaduna com o espírito da referida Lei de Cotas.

Em segundo lugar, considerando a exigência inafastável contida no artigo 93 da multicitada Lei nº 8.213/1991, cabe ao empregador, que detém o poder diretivo do seu empreendimento, direcionar trabalhadores com deficiência ou reabilitados, conforme os cargos em que se verificar melhor aptidão para o exercício da função.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DE VIAÇÃO Á GUIA BRANCAS. A. RECURSO DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. CÁLCULO DO PERCENTUAL PREVISTO NO ART. 93 DA LEI 8213/91. ATIVIDADES INCOMPATÍVEIS COM A SITUAÇÃO DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA (MOTORISTA). NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO EM NOVA FUNÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A Constituição Federal de 1988, em seus princípios e regras essenciais, estabelece enfática direção normativa antidiscriminatória. Ao fixar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o Texto Máximo destaca, entre os objetivos da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). A situação jurídica do obreiro portador de deficiência encontrou, também, expressa e significativa matiz constitucional, que, em seu artigo 7º, XXXI, da CF, estabelece a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do

trabalhador portador de deficiência-. O preceito magno possibilitou ao legislador infraconstitucional a criação de sistema de cotas para obreiros beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (caput do art. 93 da Lei n. 8213/91), o qual prevalece para empresas que tenham 100 (cem) ou mais empregados. O mesmo dispositivo legal também não estabeleceu nenhuma ressalva acerca das funções compatíveis existentes na empresa para compor o percentual dos cargos destinados à contratação de pessoas com deficiência, sem prejuízo do fato evidente de que os contratados deverão possuir a aptidão para o exercício da função. Em suma, a ordem jurídica repele o esvaziamento precarizante do trabalho prestado pelos portadores de deficiência, determinando a sua contratação de acordo com o número total de empregados e percentuais determinados, bem como fixando espécie de garantia de emprego indireta, consistente no fato de que a dispensa desse trabalhador -... só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante- (parágrafo primeiro, in fine, do art. 93, Lei n. 8213/91). Não há, portanto, como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR - 119800- 30.2008.5.17.0006, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 25/06/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/08/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. COTAS DESTINADAS A PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DESCUMPRIMENTO DO ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. O Regional declarou a validade do auto

de infração e, assim, manteve a multa imposta à recorrente, em razão do descumprimento do disposto no art. 93 da Lei nº 8.213/91, consignando que, apesar de todos os prazos concedidos para a regularização da cota de 5% de empregados portadores de deficiência e/ou reabilitados, a autora não alcançou o percentual imposto por lei. O acórdão recorrido destaca que a determinação de observância da cota de deficientes e/ou reabilitados é endereçada a toda empresa com mais de 100 empregados, não havendo nenhuma exceção. Nesse contexto, não prospera a irresignação da recorrente, pois o art. 93 da Lei nº 8.213/91 não estabeleceu nenhuma ressalva ou exceção acerca das funções compatíveis existentes na empresa para compor o percentual dos cargos destinados à contratação de pessoas com deficiência, sendo certo, ainda, que a imposição de contratação de percentual de pessoas com deficiências habilitadas ou reabilitadas decorre de uma combinação de esforços, visando inibir a discriminação e satisfazer plenamente o princípio maior do respeito à dignidade humana. Assim, não se vislumbra a indigitada ofensa aos dispositivos constitucionais e legais invocados no presente recurso. Arestos inespecíficos. Agravo de instrumento conhecido e não provido. Processo: AIRR - 191700-28.2008.5.02.0059 Data de Julgamento: 08/05/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2013).

Assim, não tendo o artigo 93 da Lei nº 8.213/91 determinado a exclusão deste ou daquele emprego, ou, ainda, não tendo estipulado que a contratação das pessoas com deficiência ou reabilitados seria para alguma atividade específica, caberá à empresa recorrente, por meio de seu poder diretivo, eleger para quais cargos deseje destinar aquele rol de trabalhadores.

Conforme fundamentado anteriormente, a matéria em apreço encontra previsão em um plexo de disposições de origem internacional, constitucional e infraconstitucional, tamanha a sua envergadura.

Inclusive, a título de esclarecimento, sabe-se que o Governo Federal instituiu o "Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite", por meio do Decreto nº 7.612, de 17.11.2011, cuja finalidade é a de "promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, com status de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009".

Da análise do referido Decreto nº 7.612/2011, observa-se que uma das diretrizes do Plano federal é a ampliação da participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho (inciso III do artigo 3º) e que a sua execução será promovida pela União, em colaboração com Estados, Distrito Federal, Municípios, e com a sociedade.

Já a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, define que os Estados Partes se obrigam a "Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;", conforme alínea "e" do artigo 25.

Disso resulta a conclusão inafastável de que a efetivação do princípio preconizado no artigo 7º, XXXI, da CF/88, constitui obrigação de todos os possíveis e potenciais atores sociais envolvidos no seu cumprimento, notadamente o empregador.

A norma que se pretende seja observada busca fazer cumprir dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil, concernentes à cidadania e à dignidade da pessoa humana (incisos II e III do artigo 1º); diversos objetivos fundamentais dessa mesma República, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso I, III e IV do artigo 3º); bem como as garantias fundamentais de que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza e inofensivos a qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (artigo 5º, caput e inciso XXXI do artigo 7º).

É bom lembrar que a ordem econômica constitucionalmente existente vem fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego.

A matéria em discussão está contida em um plexo de disposições de origem internacional, constitucional e infraconstitucional, tamanha a magnitude de sua importância.

Essas informações foram aqui colocadas com a finalidade de demonstrar que a norma em tela não pode ser vista como mera norma programática, mas antes, como norma de princípio institutivo as quais "requerem que o legislador estabeleça, mediante leis complementares ou ordinárias, esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, para que tenham aplicabilidade plena ou imediata" (DINIZ, Maria Helena, Norma Constitucional e Seus Efeitos, pág. 104).

E se a aplicabilidade é plena e imediata, a geração de efeitos jurídicos deve ser positiva.

Diante disso, por óbvio que a empresa

deve ser positiva e proativa no intento de fazer cumprir a norma a que está sujeita, ainda que difícil o preenchimento de referidas vagas e, para eventual mitigação das cotas estabelecidas no citado artigo e consequente afastamento da multa referida, deve demonstrar, de forma robusta, que atuou eficazmente nesse sentido, evidenciando a integral ausência de culpa patronal no descumprimento da obrigação legal a qual subsumida.

Quanto à cláusula 24ª da CCT da categoria, na qual se escora a recorrente para sustentar sua defesa, está vazada nos seguintes termos:

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA - ADMISSÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Considerando que o vigilante tem a função legal de inibir ou proibir ação delituosa com o uso de armas de fogo/branca, e inclusive desarmado, sendo treinado para defesa pessoal, de patrimônio e de pessoas, necessitando, assim, estar em plenitude física e mental, o cumprimento do art. 93 da Lei nº 8.213/91 e arts. 136 a 141 do Decreto 3.048/99, com relação a admissão de pessoa portadora de deficiência física habilitada ou reabilitada, tomará como parâmetro, a exemplo do que ocorre na contratação de policiais (Art. 37, VIII/CF), o dimensionamento relativo ao pessoal da administração, uma vez que as atividades de segurança privada exigem a utilização de armas de fogo e elevado grau de aptidão física e mental, de modo que o desempenho desta função por pessoa com deficiência pode resultar em riscos à sua própria integridade física, ressalvado o comparecimento de profissionais atendendo a publicação da empresa, que comprove ter curso de formação de vigilante, e que porte Certificado Individual de Habilitação expedido pelo INSS, que indique expressamente que está capacitado profissionalmente para exercer a função de vigilante (art. 140 e 141 do Decreto nº 3048/99)."

Tenho por correta a fundamentação da juíza de origem no sentido da inconstitucionalidade da norma coletiva, não apenas porque em descompasso com o decidido pelo exc. STF no Tema n. 1046 que exige respeito aos direitos absolutamente indisponíveis, mas principalmente porque em total colisão com a garantia instituída no inciso XXXI do artigo 7º da CF/88.

Logo, não prevalece a alegação de que o não preenchimento das cotas conforme mandamento legal estaria amparado pela norma coletiva, caracterizando ato lícito.

Em relação às medidas adotadas pela ré para o chamado de potenciais candidatos ao preenchimento da cota, verifico pela análise dos anúncios em veículos de comunicação que, ou são posteriores ao ajuizamento da presente ação, ou são inespecíficos para o cargo em apreço.

E os anúncios e meios de comunicação com viés mais específicos utilizados pela demandada para divulgação de vagas para pessoa com deficiência, ou reabilitados, igualmente não se prestam ao fim colimado. Nesse ponto, ante a percuciência dos fundamentos utilizados na sentença recorrida, adoto-os como razões de decidir:

Além disso, a requerida sequer trouxe aos autos prova de que tenha se utilizado de outros meios de comunicação para divulgação das referidas vagas de PCD s, principalmente junto aos órgãos que congregam o público-alvo da norma, o que, da mesma forma, simboliza que a empresa ré não buscou todos os meios disponíveis para cumprimento dessa cota social.

Trouxe o ofício ao INSS, 02/11/2019 informando vagas para PCD reabilitado (fls. 352), mas não demonstrou se teve repercussões a partir desse documento. Consta outro ofício enviado ao INSS, em 12/01/2021 (fls. 391), porém é da empresa DINÂMICA FACILITY. Mesmo que, por ventura, seja do mesmo grupo, esse expediente teve uma resposta (fls.

392/393), sendo que a empresa ré enviou documento especificando que a vaga seria para serviços gerais de limpeza (fls. 395/396).

As notificações feitas aos centros de formação de vigilantes também são posteriores ao ajuizamento da presente demanda (fls. 386/390).

Embora não se negue a dificuldade para o preenchimento das vagas, a comprovação de que não houve candidatos interessados capazes de suprir as vagas, não restou efetivamente demonstrada. Enfim, não houve demonstração de esforço, apenas tentativas de se esquivar desse encargo. Faltou a boa vontade em querer resolver questão de vital importância!

(...)

Ora, replico em dizer que, se realmente estivesse imbuída de trazer pessoas aptas a ocupar as cotas, teria procurando órgãos públicos, como a Agência do Trabalhador, onde há milhares de pessoas com deficiência aguardando um emprego, entidades filantrópicas e tantos outros meios de parcerias e divulgação, mas, não! Em vez de procurar meios de inclusão, preocupou-se em impor mais barreiras. Aomenos, tentou ser criativa a demonstrar soluções integrativas, quebrando barreiras discriminatórias e dando oportunidades a tantas pessoas em situação de desigualdade que querem sim ser incluídas na sociedade de maneira digna. Enfim, pouco se importou, querendo apenas criar indultos e não soluções, ignorando sua função social a ser cumprida como empresa." (fls. 533/538 do PDF).

Assim definido, conluo que em relação à alegação de dificuldade de encontrar pessoas com deficiências capacitadas e especializadas no ramo de atuação da demandada, a prova constituída nos autos não tem o condão de eximir a empresa do

cumprimento da obrigatoriedade imposta pela lei, sendo necessária a comprovação de reais esforços frustrados, ônus do qual a ré não se desincumbiu.

Por todos esses fundamentos, nego provimento ao recurso ordinário da empresa ré para manter sua condenação a cumprir o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1999, relativamente ao preenchimento das cotas de pessoas com deficiência.

3.2 DANO MORAL COLETIVO (recurso de ambas as partes)

A juíza da instância percorrida, considerando o grau de culpa da ré que entendia estar amparada por instrumento coletivo, sua situação patrimonial, o alcance da medida e o ilícito praticado, condenou a empresa recorrente ao pagamento de indenização equivalente a R\$ 20.000,00, a título de danos morais coletivos, a ser revertida ao FAT em conformidade com o inciso V, art. 1º e arts. 3º e 13 da Lei nº 7.347/85.

A ré diz que não praticou nenhum ato ilícito, pois estava ancorada pela CCT da categoria que prevê quais cargos comporiam a base para o cálculo dos postos a serem preenchidos por pessoas com deficiência.

Diz que não estão caracterizadas as hipóteses dos artigos 186 e 927 do Código Civil e que a "referida norma coletiva, editada pelos representantes de entidades sindical laboral e patronal, e ainda homologada pela SRTE, detém validade e status de norma constitucional. Foi devidamente cumprida pela recorrente, o que demonstra a sua conduta pautada na boa-fé, não havendo que se falar em qualquer "conduta lesiva", tão pouco tentativa por parte da empresa em se furta à contratação de PCD's. Se assim o fosse não teria nenhum PCD contratado antes do ajuizamento da presente ação." (fl. 583 do PDF)

Pugna pela exclusão da indenização a que foi condenada, sob pena de violação aos artigos 186, 187, 927 e 932, III, do CC, além do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

]

O Ministério Público do Trabalho, a seu turno, afirma que o *quantum* indenizatório deve ser fixado em pelo menos R\$ 200.000,00, levando em conta a natureza fundamental dos direitos lesados, o tempo de duração (que persiste até o momento presente), a reiteração da conduta ilícita, a gravidade e extensão da lesão coletiva, a capacidade econômica da empresa e o caráter preventivo-pedagógico da indenização.

Decido.

O nosso ordenamento jurídico, sobretudo a partir do advento da atual Carta Constitucional, vem sendo construído sob a ótica de um novo paradigma, fundado na necessidade de proteção dos direitos coletivos, da qual emergiu a figura dos chamados sujeitos coletivos de direito, que nem sempre são determináveis ou personalizados.

Os valores morais que até então somente eram percebidos na sua dimensão individual, passaram também a ser considerados sob a ótica coletiva.

E nem poderia ser diferente. Toda sociedade tem os seus valores morais, que são aqueles compartilhados e aceitos pela coletividade, cuja preservação insere-se na órbita do interesse comunitário.

Esse patrimônio moral da coletividade, do mesmo modo que se dá no plano individual, tem também a proteção da ordem jurídica. Nesse contexto, ocorrendo ofensa a esses interesses transindividuais, exsurge a possibilidade de reparação pelo agente agressor.

A Constituição de 1988 evoluiu significativamente na tutela dos interesses transindividuais, criando ou ampliando a abrangência de instrumentos jurídicos capazes de viabilizar essa proteção, tais como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública (art. 5º, LXX e LXXIII, e art. 129, III).

Vê-se, pois, que a Constituição da República abriga no seu seio protetivo não apenas interesses individuais, mas sobretudo

privilegia a tutela dos interesses coletivos no sentido lato, reconhecendo explicitamente a possibilidade de lesões metaindividuais, como no caso do patrimônio público e da moralidade administrativa protegidas pela ação popular (art. 5º, LXIII).

Especificamente no campo dos danos morais, o constituinte alargou essa proteção adotando o princípio da reparação integral (art. 5º, V e X).

Perfilhando esse fundamento constitucional, o legislador ordinário ampliou o uso da ação civil pública para a reparação de danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, caput e IV, da Lei nº 7.347/85), conferindo, desse modo, guarida ao chamado dano moral coletivo.

E quem detém a titularidade desses direitos de natureza transindividual?

Buscando amparo no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), verifica-se que o parágrafo único do seu art. 2º equipara o "consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Como se vê, a lei reconhece a coletividade como titular de direitos, mesmo sendo ente despersonalizado, e ainda lhe assegura a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, coletivos e difusos, inclusive com acesso aos órgãos judiciários e administrativos para esse fim (art. 6º, VI e VII, da Lei nº 8.078/90).

Também a chamada Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) que, disciplinando a matéria que lhe é afeta, deu nova redação ao caput do art. 1º da Lei nº 7.347/85, incluindo as expressões "danos morais e patrimoniais" previu no parágrafo único do seu art. 1º que a coletividade danos morais e patrimoniais detém a titularidade de direitos transindividuais.

Portanto, a proteção e a reparação do dano moral coletivo têm fundamento constitucional e expressa previsão legal, cabendo ao Ministério Público, como um

dos detentores da legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, atuar, judicial ou administrativamente, em nome da coletividade.

Pois bem.

A Constituição da República, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz um elenco de valores individuais e coletivos que devem ser protegidos pelo Estado (art. 5º).

Alguns desses valores extrapolam o plano da individualidade e assumem também uma dimensão coletiva, pois se inserem no campo ético da sociedade ou de um determinado grupo social.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem constitui um valor constitucional que, além de integrar o patrimônio moral de cada indivíduo, também se insere na dimensão ética da coletividade (art. 5º, X, da CF).

São valores extrapatrimoniais que não interessam apenas aos indivíduos isoladamente, mas sobretudo à sociedade, que precisa de regras de condutas para manter o equilíbrio nas relações sociais.

Na lúcida lição de Carlos Alberto Bittar Filho, "o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos" (extraído do artigo "Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro").

Vale trazer ainda como fundamento a lição de Maurício Godinho Delgado:

O dano moral coletivo configura-se em vista da lesividade que tais afrontas trazem à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à segurança e bem-estar dos indivíduos, ao exercício dos direitos sociais e individuais, à ideia de uma sociedade livre, justa e solidária, à noção e realidade de justiça social. Em suma, trata-se de desrespeito a toda uma miríade de bens e valores, regras,

princípios e direitos de exponencial importância ao Estado democrático de Direito que a Constituição quer ver cumprido no Brasil, em benefício de toda a sua população." (Curso de Direito do Trabalho, 11ª ed., pag. 655)

Trazendo a questão para o caso concreto, verifica-se que a conduta da ré de não cumprir a obrigação legal de contratar trabalhadores com deficiência e/ou reabilitados, observando a cota estabelecida no artigo 93 da Lei n. 8.213/91, ofendeu a ordem jurídica, consoante já analisado, atingindo valores extrapatrimoniais compartilhados não apenas pelas pessoas com condições especiais, como também por toda a sociedade. Isso porque lesou o interesse coletivo de respeito à ordem jurídica e aos valores constitucionalmente tutelados.

Portanto, a ação antijurídica da ré causou um dano moral coletivo passível de reparação.

A responsabilidade civil, regulada pela legislação ordinária, baseia-se na coexistência de três elementos: a culpa, o dano e o nexo causal. É o que se pode extrair do contido no art.927 do CCB:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O art. 186 do CCB define o ato ilícito como toda ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

No caso vertente, o ato ilícito se configurou pela conduta antijurídica da empresa ré, que provocou um dano ao patrimônio moral da coletividade.

Portanto, a culpa está presente na ação antijurídica praticada pela ré, da qual decorreu o dano, evidenciando, desse modo, o nexo de causalidade.

O dano moral coletivo não carece de prova porque é uma decorrência do próprio

ato lesivo.

Como bem leciona o Procurador Regional do Trabalho Xisto Tiago de Medeiros Neto, em artigo publicado na Revista do Ministério Público do Trabalho nº 24, de setembro de 2002, "o sistema jurídico se contenta com a simples ocorrência da conduta danosa, diante da consciência que emerge de que certos fatos atingem e lesionam a esfera da moralidade coletiva."

E citando Artur Oscar de Oliveira Deda, prossegue o douto Procurador no mesmo artigo:

Ora, se o dano moral transindividual é perceptível em face da lesão causada, pois resulta em patente sofrimento, angústia, desconforto ou consideráveis prejuízos de ordem extrapatrimonial à coletividade, tem-se como certo que a sua demonstração dispensa prova direta, sendo suficiente a verificação, de per si, do fato concretizado.

A norma legal não estabelece parâmetros objetivos para a fixação de uma indenização por danos morais.

No caso do dano moral coletivo, a compensação pecuniária torna-se mais difícil de ser fixada, considerando a extensão do prejuízo e a indeterminação dos integrantes da coletividade atingida.

Cabe ao julgador, avaliando as circunstâncias do caso, buscar uma reparação com escopo mais sancionador do que compensatório, visando inibir a reiteração de condutas lesivas ao patrimônio moral da coletividade.

Trata-se a ré de uma empresa privada de grande porte, com atuação suprarregional, abrigando em seu quadro de pessoal centenas de trabalhadores.

Pela sua dimensão e importância econômica social, tem a ré uma responsabilidade social maior pelos atos que pratica no desenvolvimento da sua atividade, já que as suas ações sempre assumem notória

visibilidade.

Dentro desse quadro, não há dúvida de que o dano causado por suas condutas antijurídicas e lesivas ao interesse coletivo ganham uma proporção maior do que se fosse praticado por outros entes empresariais de menor expressão.

Considerando o universo de trabalhadores atingidos pelo ato lesivo cometido pela ré, a natureza e a gravidade da ofensa a valores morais que são caros para a sociedade e o desrespeito à ordem jurídica instituída, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento ao recurso do autor para fixar a indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

3.3 MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS (recurso da ré)

O Juízo de origem condenou a empresa ré ao pagamento de multa por opor embargos de declaração com intuito protetatório.

A ré aduz que diante de vício de omissão contido na sentença, aviou o remédio aclaratório para fins de esclarecimento sobre a aplicação da cláusula 24ª da CCT 2021 que cancela a conduta patronal quanto à exclusão do cargo de vigilante da base para o cálculo da cota PCD.

Diz que "A decisão de primeiro piso declarou de forma automática e presumida a inconstitucionalidade da norma prevista na cláusula 24ª da CCT 2021, mas não se debruçou sobre a sua validade perante os órgãos de controle (MTE e SRTE), matéria trazida em contestação de ID b843fa2." (fl. 586 do PDF)

Destaca que pretendia o saneamento de omissão e não possuía intuito protetatório.

Requer a reforma da sentença de embargos declaratórios para que seja excluída a condenação ao pagamento de multa.

Ocorre que, a par da existência de CCT devidamente registrada perante o MTE e

a SRTE, a juíza sentenciante dedicou capítulo específico de sua decisão para fundamentar a impossibilidade da aplicação da norma coletiva, conforme pretensão da demandada.

Nesse sentido foram os fundamentos adotados:

(...) Logo tenho como inconstitucional essa cláusula 24ª da CCT/2021 e passadas que versaram sobre o assunto. A propósito, essa infeliz cláusula é a pura expressão de preconceito com a pessoa com deficiência.

(...)

Ao revés, percebe-se, na verdade, que a empresa tenta ser isentada de tal obrigação legal, tendo como tônica de seus argumentos apenas um normativo convencional e a lacônica indicação de dificuldades para que não cumpra essa importante Lei de inclusão social.

Enfim, rechaçou de pronto a preciosa oferta oferecida pelo Parquet, e, ao arrepio de todo arcabouço de proteção à pessoa com deficiência, achava que, colocando uma CCT debaixo dos braços, estaria isenta do seu dever social em contribuir para implementação dessa importante política pública inclusiva/afirmativa que está contida no artigo 93 da Lei 8.213/91.(...)

Logo, não haveria a menor possibilidade de se considerar a existência de vício na sentença sobre o assunto, pois como fundamentado na decisão recorrida a sentença é suficientemente clara no porquê não considerou a CCT/2021.

Ademais, tendo sido declarada a inconstitucionalidade da norma coletiva, não haveria sequer sentido na análise de outro argumento, pois aquela declaração soterra por completo qualquer alegação de validade.

Evidenciado, à saciedade, o intuito

protelatório dos embargos de declaração interpostos, não há reparos a fazer quanto à aplicação da multa correspondente.

Recurso não provido.

3.4 EXIGÊNCIA DE APTIDÃO PLENA PARA A VAGA EM DISPONIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (recurso do Ministério Público do Trabalho)

Na petição inicial o autor postulou a condenação da empresa ré a se abster de exigir dos candidatos com deficiência aptidão plena para a vaga em disponibilidade, conforme artigo 34, § 3º, da Lei nº 13.146/2015, devendo observar os princípios da igualdade e não discriminação em todas as etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional à pessoa com deficiência.

A juíza de origem indeferiu esse pedido, ao fundamento de que "a vaga de vigilante depende que o candidato preencha os requisitos legais na mencionada Lei 7.102/83, sendo que a aptidão plena é questão bastante subjetiva e depende do profissional responsável pela avaliação.

Ademais, o preenchimento da conduta não necessariamente deve ser na vaga de "vigilante", mas sobre o quantitativo total de empregados da empresa."

No recurso, o Ministério Público do Trabalho insurge-se ao argumento de que referido pedido constitui um comando legal, disposto no § 3º do artigo 34 da Lei n. 13.146/2015, que expressamente proíbe a exigência de aptidão plena para as pessoas com deficiência, inclusive, nas etapas desde o recrutamento até efetiva contratação e processos internos posteriores tais como a permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional.

Afirma que, tal como fundamentado pela juíza sentenciante, a aptidão plena é questão bastante subjetiva e depende do profissional responsável pela avaliação, o que constitui, na verdade, mais um motivo para

que a ré se abstenha de realizar tal exigência.

Salienta que a exigência de aptidão plena das pessoas com deficiência e reabilitadas no momento da seleção e recrutamento induz à conclusão de que o candidato com deficiência ou reabilitado não conseguirá trabalhar, sendo tal presunção ilícita e violadora do que dispõe a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Pois bem.

A Lei n. 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dispõe em seu artigo 34, caput e § 3º, o quanto segue:

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

(...)

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

Por sua vez, a Lei n. 7.102/1983, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências, dispõe em seu artigo 16, caput, e inciso V, que:

Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:

(...)

V - ter sido aprovado em exame de

saúde física, mental e psicotécnico;

Como é possível constatar pela comparação entre os dois diplomas legais, não há a incompatibilidade identificada pela magistrada de origem.

Enquanto de um lado há a Lei n. 7.102/1983, que não exige a aptidão plena para a vaga de vigilante mas tão somente atestado de saúde física, o que são situações diversas, do outro há uma lei especialíssima proibindo expressamente essa exigência. Vale dizer, não há respaldo no ordenamento jurídico para que se exija da pessoa com deficiência aptidão plena para a vaga de vigilante.

Essa exigência, inclusive, não faria sentido, pois a atividade de vigilância não se resume a postos de atuação ostensiva.

Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que houvesse uma contradição aparente entre as legislações referidas, o resultado jamais poderia ser simplesmente a sobreposição de uma em detrimento da outra. A Lei n. 13.146/2015 é de natureza, repito, especialíssima, não podendo ceder lugar a outra norma que a limite de forma a retirá-la do mundo jurídico.

Mesmo que se sustente que a Lei n. 7.102/1983 traz a exigência de aptidão plena para o exercício da função de vigilante, essa particularidade apenas poderia ser oponível a pessoas sem deficiência, sob pena de se extirpar o comando afirmativo instituído no § 3º do artigo 34 da Lei n. 13.146/2015, fazendo dele tabula rasa.

Assim definido, concluo que a Lei n. 7.102/1983 não exige aptidão plena das pessoas com deficiência e reabilitadas para a vaga em disponibilidade, ante a reeleitura que se deve fazer dessa legislação frente ao disposto no artigo 34, § 3º, da Lei n. 13.146/2015.

Dou provimento ao recurso para deferir o pleito inserto na alínea "a.1" do rol dos pedidos (fl. 29 do PDF), condenando a ré a abster-se de exigir dos candidatos com deficiência aptidão plena para a vaga em

disponibilidade, conforme artigo 34, § 3º, da Lei nº 13.146/2015, devendo observar os princípios da igualdade e não discriminação em todas as etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional à pessoa com deficiência.

3.5 CAPACITAÇÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO DO CANDIDATO E DO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE (recurso do Ministério Público do Trabalho)

Na inicial o autor formulou pedido para condenar a empresa ré a promover a capacitação e profissionalização da pessoa com deficiência, na vaga em disponibilidade, após a formalização do contrato de emprego, para fins de cumprimento da cota legal prevista no artigo 93 da Lei nº 8.213/91.

A magistrada de origem indeferiu a pretensão ao fundamento de que "a capacitação e profissionalização é uma obrigação do candidato/empregado e não do empregador, salientando que o artigo 36 da Lei 13.146 indica ser dever do poder público implementar serviços e programas de habilitação profissional e de reabilitação profissional para que a pessoa com deficiência possa ingressar, continuar ou retornar ao campo de trabalho."

Irresignado, afirma o Ministério Público do Trabalho que as empresas devem promover a habilitação profissional, tendo em vista que a legislação garante a inclusão social da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, constituindo obrigação não somente do Estado, mas também da sociedade, incluindo-se, portanto, as empresas.

Assiste razão ao recorrente.

Conforme afirmado anteriormente, a empresa não pode escudar-se na alegação de que não existem pessoas portadoras de deficiência e/ou reabilitados com capacidade para as funções de que dispõe, pois isso seria fazer letra morta da própria Constituição Federal que confere às empresas a obrigação de assumir a sua cota de responsabilidade na

implementação das políticas sociais relativas ao mundo do trabalho.

O artigo 93 da Lei n. 8.213/91 não condiciona o preenchimento das cotas de PCD's e reabilitados à existência de candidatos capacitados para as funções disponibilizadas, até porque a obrigação de inclusão da pessoa deficiente ou reabilitada não se inicia e se esgota com a contratação, repito.

Por óbvio, o processo inclusivo de que trata a legislação passa necessariamente pela capacitação, o que deve ser materializado na preparação técnica e habilitação dos PCD's e reabilitados para que possam ser contratados.

Logo, e conforme já exaustivamente fundamentado anteriormente, estando o problema na falta de capacidade técnica dos trabalhadores em condições especiais para ocupar as funções disponibilizadas, a solução está nas mãos das empresas a ela cabendo implementar as medidas necessárias à habilitação profissional para a aquisição de conhecimentos para o emprego.

Conforme salientado no recurso do Ministério Público "a capacitação profissional faz parte do conceito de habilitação profissional, sendo certo que, com o advento da Lei Brasileira de Inclusão (artigo 36, § 6º), tal habilitação pode ser oferecida pela própria empresa obrigada ao cumprimento da cota, norma esta que deve ser imediatamente aplicável por se tratar de norma definidora de direito e garantia fundamental, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal." (fl. 601 do PDF).

Dou provimento ao recurso para condenar a empresa ré a promover a capacitação e profissionalização da pessoa com deficiência, na vaga em disponibilidade, após a formalização do contrato de emprego, para fins de cumprimento da cota legal prevista no artigo 93 da Lei nº 8.213/91.

3.6 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ASTREINTES. VALOR ARBITRADO (recurso do Ministério Público do Trabalho)

A magistrada de origem deferiu parcialmente os pedidos de itens "a" e "b" do

rol de pedidos para, com efeito antecipatório da tutela, condenar a ré nas obrigações de fazer consistentes em preencher e manter, no prazo de 180 (cento e oitenta dias) dias corridos a cota de vaga destinadas às pessoas com deficiência, conforme percentuais e demais regras contidas no artigo 93 da Lei 8.213/91 tendo como base o cálculo de empregados de todos os estabelecimentos, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 para cada vaga não preenchida após tal prazo, limitado ao valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

O recorrente requer, na forma da petição inicial, a cominação de multa no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo descumprimento verificado e mais R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por vaga mantida desocupada, de forma cumulativa.

Diz que "Justamente para estimular o cumprimento das obrigações devidas de forma específica, é que é dado ao Juiz o direito/dever de aplicar multa diária, que, pelo próprio objetivo buscado - coação ao cumprimento específico das obrigações, deve ser fixada em valor bastante alto. Portanto, cabe ao Juiz fixar o valor da multa, desde que seja suficiente e compatível para garantir o cumprimento do comando judicial de forma específica (artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública)." (fl. 601 do PDF)

Decido.

Em se tratando de obrigações de fazer, ou de não fazer, é impositivo um comando para que a empresa não mais venha a cometer as irregularidades constatadas.

Nesse sentido é o teor do parágrafo único do artigo 497 do CPC, *litteris*:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a

prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Ainda, o artigo 11 da Lei nº 7.347/85:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Para fins de apreciação da tutela requerida, impõe-se a análise dos fatos ocorridos em todo o panorama narrados pelo MPT, para fins de definição de comandos futuros de fazer, sendo esse o objetivo da tutela dessa natureza, especificamente considerada e utilizada em sede de ação civil pública.

Entendimento diverso implicaria um total esvaziamento da obrigação de fazer deferida.

No caso dos autos, compreendo que os valores fixados pela magistrada, tanto para fins de multa diária para cada vaga não preenchida, quanto para fins de limitá-la, está em conformidade com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo reparos fazer, portanto.

Nego provimento.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço dos recursos, rejeito a preliminar de concessão de efeito suspensivo ao recurso empresarial e, no mérito, nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao recurso do autor para condenar a empresa ré a promover a capacitação e profissionalização da pessoa com deficiência, na vaga em disponibilidade, após a formalização do contrato de emprego, para fins de cumprimento da cota legal

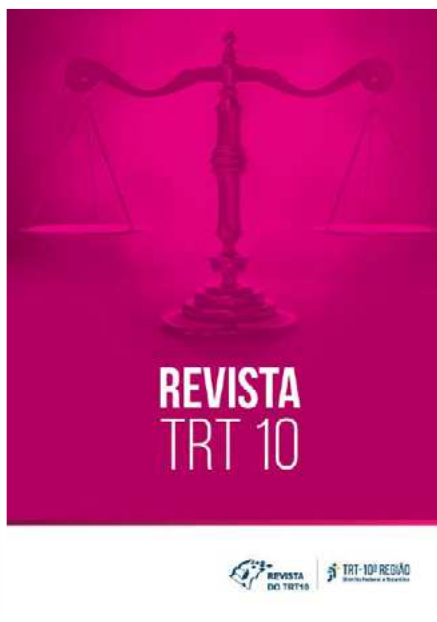
prevista no artigo 93 da Lei nº 8.213/91; para condenar a ré a abster-se de exigir dos candidatos com deficiência aptidão plena para a vaga em disponibilidade, conforme artigo 34, § 3º, da Lei nº 13.146/2015, devendo observar os princípios da igualdade e não discriminação em todas as etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional à pessoa com deficiência, bem como para fixar a indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), nos termos da fundamentação. Arbitro à condenação o valor de R\$ 200.000,00 e fixo custas processuais a cargo da empresa ré no importe de R\$ 4.000,00.

É o meu voto.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores desta e. Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, à vista do contido na respectiva certidão de julgamento, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer dos recursos, rejeitar a preliminar de concessão de efeito suspensivo ao recurso empresarial e, no mérito, por maioria, negar provimento ao recurso da ré e dar parcial provimento ao recurso do autor, nos termos do voto do Juiz Convocado Relator. Vencido o Juiz Luiz Henrique Marques da Rocha quanto ao valor da indenização do dano moral que fixava em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Arbitra-se à condenação o valor de R\$ 200.000,00 e fixam-se custas processuais a cargo da empresa ré no importe de R\$ 4.000,00. Ementa aprovada.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2023.
(data do julgamento)



0000357-96.2021.5.10.0015 (RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009))

RELATOR: DESEMBARGADOR PEDRO LUÍS VICENTIN FOLTRAN

RECORRENTE: BRASAL REFRIGERANTES S/A.

ADVOGADO: JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL

RECORRIDO: ELIELSON CONCEIÇÃO DE SOUZA

ADVOGADO: ANDRÉ DA SILVEIRA SOARES

EMENTA: DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. Para que seja possível a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, hão de estar presentes os requisitos que autorizam a imputação da cominação pretendida, quais sejam: o dano e o nexó de causalidade entre ele e o comportamento culposó do reclamado. Comprovando o reclamante tais circunstâncias, devido o deferimento do pleito.

DANO MORAL. MENSURAÇÃO

DO QUANTUM COMPENSATÓRIO
Doutrina e jurisprudência têm sedimentado que a fixação do *quantum* compensatório a ser arbitrado na reparação de dano moral deve ficar ao livre e prudente arbítrio do magistrado, único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento, a extensão da lesão e o valor cabível que a ela corresponda. O ponto de partida para que o Juiz proceda à avaliação do dano moral, ou seja, estime o *quantum* reparatório, há de ser, se presente, o valor pedido pelo autor, que, em tese e num primeiro momento, obviamente seria o único capaz de mensurar o *quantum* suficiente para minimizar os sentimentos de revolta e indignação, aliados ao natural desejo de punir, voltado que está para a própria dor. Num segundo instante, caberia a intervenção do Juiz, que passaria a apreciar se o valor pretendido ajusta-se à situação posta em julgamento, a compreender as circunstâncias do caso, a gravidade

do dano, a situação da pessoa que lesa, a condição do lesado, preponderando, como orientação central, a ideia de sanção do ofensor, como forma de obstar a reiteração de casos futuros (BITTAR, Carlos Alberto. **A Reparação do dano moral** Rio de Janeiro: Forense, p. 89). O valor da indenização, muito embora por vezes não seja suficiente para apagar as marcas dos danos impostos, não deve servir para o enriquecimento injustificado da parte; também não deve pouco significar para o patrimônio do lesante, já que não serviria para desestimulá-lo à repetição do ato.

RELATÓRIO

A Exma. Juíza Maria José Rigotti Borges, atuando na 15ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, através da sentença de fls. 263/275, complementada pela decisão de fls. 282, julgou procedentes os pedidos formulados na exordial.

A reclamada interpôs recurso ordinário às fls. 285/295.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Diante da faculdade conferida pelo art. 102 do Regimento Interno deste Regional, deixou-se de encaminhar os presentes autos ao MPT.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade, conheço do recurso interposto pela reclamada.

RECURSO DA RECLAMADA

Dano moral

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido de pagamento de indenização em razão de danos morais aos seguintes

fundamentos:

TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO PARA ASCENSÃO

PROFISSIONAL. CAPACITISMO. DANOS MORAIS

Narra o reclamante que foi contratado pela reclamada em 04/01/2016 para exercer as funções de auxiliar de Post Mix, com jornada de trabalho das 7h às 17h, e que foi dispensado sem justa causa no dia 04/03/2020.

Alega que, por inúmeras vezes, houve a promessa de promoção por parte da reclamada, sem sucesso, em que pese seu ótimo desempenho profissional. Sustenta que, provavelmente, não foi promovido em decorrência da cor de sua pele, e que a não promoção ocasionou expressivo desconforto e expectativas frustradas ao autor.

Segundo sustenta, foram três anos criando expectativas de uma promessa frustrada de promoção por parte da empresa que acarretaram expressivos danos psicológicos ao obreiro, o qual sentiu-se totalmente menosprezado e usado pela reclamada. Ainda, de acordo com o obreiro, em razão da desvalorização e do desprestígio, oficializou perante a empresa a sua insatisfação, relatando a situação ao seu chefe diretor. Segundo relata, nunca obteve qualquer tipo de retorno positivo por parte da reclamada, o que lhe gerou frustração em não ter seu trabalho, esforço e dedicação reconhecidos pela empresa.

Por fim, relata que, durante o período em que laborou para a reclamada, surgiu uma vaga na função de Técnico em manutenção, situação que o deixou ainda mais esperançoso por sua promoção, e, no entanto, para sua total decepção, outro trabalhador, com bem menos tempo de casa e experiência, foi promovido para a função de Técnico, tendo o reclamante que ensinar todo o trabalho de Técnico em Manutenção para o colega promovido.

Requer, como consequência, a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00.

Em sua defesa (Id. 681f9e7), a reclamada sustenta que o reclamante jamais recebeu qualquer promessa de que seria promovido para técnico de manutenção, e que não exerceu função diversa para o qual foi contratado.

Informa que para ocupar o cargo de Técnico de Post Mix seria necessário fazer uma prova interna, sendo que um dos pré-requisitos para o cargo seria possuir CNH B definitiva, sendo desejável ter também a tipo "A", e o autor não cumpria esses requisitos.

Ainda, de acordo com a reclamada, o autor sequer poderia exercer a função de técnico, uma vez que, além de não possuir carteira de habilitação, não poderia pilotar motocicleta por possuir um problema no pé.

Alega que o outro empregado com menos tempo de casa foi promovido por ter realizado a prova, sendo aprovado em todos os requisitos.

Refuta, ademais, a alegação do autor de que a ausência de promoção teria ocorrido pelo fato de ser negro.

Por fim, rechaça as assertivas de que tenha praticado qualquer ato que denegrise ou humilhasse o autor.

Delimitada a controvérsia, passo à análise.

Ficou comprovado de forma clara que houve discriminação do reclamante em não ser promovido, o que é incontroverso, diante da dinâmica empresarial de sempre efetuar a promoção apontada nas condições de tempo de serviço e experiência em que o reclamante se encontrava naquela oportunidade. O reclamante ingressou na reclamada em 04/01/2016, como auxiliar a Post Mix, na vaga de PcD (pessoa com deficiência).

Trabalhou até 04/03/2020, sem nunca ser promovido, conforme ficha de Id ec64622, em que pese ter sido aberta vaga para outro posto mais elevado.

Resta analisar se a não promoção foi justificada ou se injustamente discriminatória. As teses apontadas pela reclamada para a não promoção foram: que o reclamante não realizou a prova interna; que o outro funcionário que foi promovido (com menos experiência, fato incontroverso) "realizou a prova e foi aprovado em todos os requisitos" que não preenchia um dos pré-requisitos de ter habilitação para dirigir B definitiva (automóvel), sendo desejável possuir habilitação A (motocicleta); que o reclamante "não tem carteira e nem poderia dirigir moto por possuir um problema no pé".

A testemunha Fabrício Moreira da Paz, trazida pelo reclamante e que trabalhou juntamente com ele, afirmou que:

"inicialmente o reclamante ingressou como auxiliar de Post Mix, na época o reclamante auxiliou um rapaz chamado Jailson, chefe da área de Post Mix, ficou assim por bastante tempo; o Jailson passou para outra função e no seu lugar quem foi promovido, "se não me engano", foi o Felipe, mas antes dele foi promovido o Rodrigo, pessoas que não tinham a capacidade de serem promovidas como técnico da área porque não mexiam diretamente com esses equipamentos; quem mexia com esses equipamentos eram o Jailson e o reclamante, que "ficou no lugar dele" e eu; mas eu era "técnico da rua"; então, acabaram promovendo o Felipe para ficar no lugar do Jailson; o reclamante teve que ensinar o Felipe a função que o Jailson fazia porque o reclamante já conhecia as atividades; abriram o processo seletivo, não permitiram que o reclamante participasse e promoveram o Felipe e o reclamante teve que ensiná-lo nas atividades que ele (reclamante) já executava; ao ser indagado o porquê de não permitirem o reclamante

de participar do processo seletivo, disse acreditar que foi "mais por preconceito mesmo"; quando abriu processo, a empresa indicava quem ia participar e não indicaram o reclamante; fala que achava ser preconceito porque o gerente Paulo arrumava argumentos muito vagos, primeiro porque não era habilitado, mas ele já tinha habilitação; para trabalhar na área tinha que ser habilitado para carro e moto, algumas pessoas dirigiam carro, outras moto; nem todo mundo andava nos dois; o reclamante era habilitado para carro, não havia carro adaptado para ele devido à deficiência, ele não poderia dirigir um carro desses por conta da deficiência, mas poderiam adaptar um carro para ele usar; o Rodrigo e Felipe tinham habilitação para carro e moto, mas não tinham experiência que tinha o reclamante; também em relação ao preconceito, diziam que ele não podia dirigir e sair pra rua, mas eu era técnico plantonista e trabalhava na rua; quando eu precisava de auxílio, o reclamante ia comigo; ou seja, ele já me ajudou várias vezes na rua e ajudou também outros técnicos na rua; tinha um certo preconceito por isso, na hora de promover, colocá-lo em outra função, não colocavam, "jogavam as deficiências", que era uma deformação que ele tem no pé e diziam não ter habilitação, sendo que ele já era habilitado na época; quando ele já era solicitado, ele já fazia a função que ele poderia ter sido promovido; a exigência da habilitação é que eram 7 técnicos que trabalhavam na rua, poderia acontecer de todos estarem ocupados e quem estivesse desocupado pegava o carro e ia atender; uma ou outra demanda precisava tirar alguém da oficina para ir atender; a necessidade de habilitação de moto é que, às vezes, quando não tem carro, ia de moto; tem áreas específicas que iam só de carro ou moto; mas o reclamante nem precisaria estar habilitado para ficar nesta área porque poderia muito bem continuar dentro da oficina, sem precisar sair; o Jailson ficou muito tempo dentro da oficina, só saía quando era necessário, um caso ou outro muito esporadicamente;

não era necessário, porque no caso do Jailson, se ele não pudesse sair nessas vezes, havia outras pessoas que podiam ir, como já aconteceu também várias vezes de alguém buscar o Jailson para fazer o serviço ou levar outro técnico; ele jogou esta necessidade de habilitação, mas, pra gente que trabalha, vendo algumas pessoas internas, não é necessidade obrigatória não; é exigência do cargo, mas é desnecessária; houve uma vez que falaram que o reclamante poderia ser promovido, não me recordo quem foi, mas diziam que ele teria a oportunidade, mas, quando surgiu de fato para que ele pudesse, não deixaram que ele participasse; [...] sabe de comentários que a pessoa que ocupava a vaga de Pcd no administrativo foi demitida por conta da deficiência dela, mas sabe de comentários; o reclamante tinha capacidade de 100% para assumir a vaga da promoção; fazia todos os serviços que a área exigia, sanitizava, fazia manutenção dos equipamentos, fazia instalação nos equipamentos, como já fez comigo várias vezes, então ele tinha 100% de capacidade para assumir a área que ele; o Rodrigo só instalava, o Felipe entrou depois do reclamante e entrou para ser ajudante auxiliar do plantonista que não era eu na época e o reclamante depois me ajudava várias vezes; o reclamante foi quem ensinou o serviço para o Rodrigo, para o Felipe e para algumas outras pessoas que passavam pelo setor; o reclamante tinha maior capacidade e conhecimento; quando precisava da ajuda externa do reclamante, o depoente o pegava, pegava o material que precisava, ia até o ponto de venda, atendia o cliente, resolvia o problema, deixava o reclamante na residência e seguia; a empresa poderia adaptar um carro para ele rodar, se fosse necessário; a vaga, na verdade, não era para técnico externo, mas para técnico interno, poderia sim ter sido promovido para técnico, independentemente de deficiência, de não ter habilitação, faria como já fiz várias vezes, buscava ele na oficina, resolvia e voltava ele para a oficina" (g.n.).

A testemunha Rogério Pires dos Anjos, indicada pela reclamada, confirma que o reclamante foi preterido à vaga de técnico de Post Mix, uma vez que a pessoa que assumiu a vaga do Sr. Jailson foi o Felipe. Afirmou: "era auxiliar e depois passou para técnico de refrigeração, há mais ou menos um ano; o reclamante era auxiliar de post mix e o depoente auxiliar de geladeira; no mesmo ambiente; o reclamante auxiliava o Jailson e quem ficou no lugar dele foi o Felipe; na empresa para ser promovido tem o requisito de ser auxiliar e entender como funciona a área; a gente entra como auxiliar, com o tempo vai aprendendo e é natural, o comum, que a empresa faça uma promoção para técnico; se a pessoa está preparada, já entende tudo da área, a empresa promove; isso acontece com todos; indagado se isso aconteceu com o reclamante, a testemunha, hesitante, respondeu que "a gente é técnico externo" e ele não tinha a habilitação para sair pra rua; não sabe informar se a pessoa que ficou na vaga tinha mais experiência que o reclamante e se ele o ensinou; no caso do depoente, entrou como auxiliar do Lucas, que era técnico; o Lucas foi demitido, abriu a vaga e o depoente ocupou a vaga; sem ser perguntado, a testemunha, hesitante, fala da habilitação A e B; no cotidiano o trabalho do reclamante era interno na oficina; apenas de vez em quando haveria necessidade de "ir para a rua"; o reclamante reformava chopeira, máquina de suco, coisas que são feitas dentro da oficina; a saída é só quando precisa ir lá onde está o equipamento; indagado da seleção que o depoente participou, fala que deram oportunidade de participação da seleção para o reclamante, indagado novamente, fala que "às vezes é porque não tinha o requisito", indagado novamente, diz que não sabe se deram oportunidade de participar da seleção, só sabe que davam oportunidade para todos os colaboradores de participarem; pelo que acontece com todo mundo, o normal seria ele ter participado" (g.n.).

Conforme comprovado, houve

promessas de promoção ao longo do contrato, o que não se efetivou quando surgiu uma vaga, para a qual estava apto a preencher.

É incontroverso que o reclamante não realizou a prova interna para o preenchimento da vaga. Contudo, a dinâmica da empresa, conforme prova oral, era de que o empregado somente poderia participar se fosse convidado para o processo seletivo. Houve abertura de processo seletivo para função de Técnico de Post Mix (para a promoção em comento), mas o reclamante, mesmo tendo experiência para concorrer à vaga e atendendo 100% dos requisitos necessários, incluindo o conhecimento e experiência com o serviço, como afirmou a testemunha Fabrício, não foi sequer convidado a participar da seleção. De acordo com os depoimentos ficou claro ter havido discriminação injustificável e preconceito, como afirmado na prova oral.

Quando surgiu a vaga para a função de Técnico de Manutenção - vaga aberta pelo técnico ao qual o reclamante auxiliava - , ela foi preenchida pelo empregado Felipe Henrique Martins Mendes, com menos tempo na função do que o reclamante, conforme comprova o documento de ID 0c72871. O reclamante ainda teve que ensinar todo o trabalho para o empregado escolhido, o qual era menos experiente do que o obreiro. Observa-se que na avaliação, não há qualquer critério relacionado à habilitação para CNH.

De qualquer forma, quanto ao requisito da habilitação, primeiro observa-se que o reclamante foi contratado para auxiliar de Post Mix e, ainda que não fizesse parte das atividades desta função, já realizava visita a clientes, ainda que fosse de forma esporádica, bastando ir junto com algum técnico, conforme consta da prova oral, denotando que este ponto não foi impeditivo para o seu labor durante todo o período contratual, como quer fazer crer a reclamada.

Além disso, conforme comprovado, a vaga era para oficina interna, não sendo, na dinâmica do trabalho, óbice a questão da habilitação.

De qualquer forma, cai por terra a alegação da empresa quanto ao ponto, pois o reclamante possuía sim a carteira de habilitação para dirigir automóvel (Habilitação A, considerada obrigatória na descrição do cargo), preenchendo o requisito formal exigido. Bastaria que a empresa (empresa de grande porte, registre-se) adaptasse algum veículo à sua condição, o que não foi sequer cogitado ou providenciado. Ademais, a habilitação para dirigir motocicleta (Habilitação B) não era obrigatória, constando apenas como "desejável" na descrição do cargo, Id d0a1c52.

Evidenciado o tratamento discriminatório dispendido para com o reclamante, não há, de fato, justificativa para que não tivesse tido as mesmas oportunidades que são dadas aos demais trabalhadores da empresa nas mesmas condições profissionais em que se encontrava, esbarrando em um teto impossível de transpor por preconceito ligado à sua condição física - a qual não era impeditivo, de forma alguma, para o exercício do cargo cuja vaga foi aberta, conforme extensamente comprovado. A empresa tornou letra morta o disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), notadamente ao que diz respeito à imposição de barreiras para a promoção do reclamante não providenciando a adaptação razoável e necessária para que pudesse conduzir veículo, cuja condição, de qualquer forma, não era imprescindível para o exercício da função" (fl. 270).

Para que seja possível a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, hão de estar presentes os requisitos que autorizam a imputação da cominação pretendida, quais sejam: o dano e o nexo de causalidade entre ele e o comportamento culposo do reclamado.

Comprovando o reclamante tais

circunstâncias, como no caso vertente, devida a reparação pelo dano sofrido.

Correta, portanto, a responsabilização do demandado pelos prejuízos extrapatrimoniais suportados pelo autor.

Especificamente quanto ao valor da compensação a ser deferida, destaco que doutrina e jurisprudência têm sedimentado que a fixação do quantum compensatório a ser arbitrado na reparação de dano moral deve ficar ao livre e prudente arbítrio do magistrado, único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento, a extensão da lesão e o valor cabível que a ela corresponda.

O ponto de partida para que o juiz proceda à avaliação do dano moral, ou seja, estime o *quantum* reparatório, há de ser, se presente, o valor pedido pelo autor, que, em tese, num primeiro momento, obviamente seria o único capaz de mensurar o quantum suficiente para minimizar os sentimentos de revolta e indignação, aliados ao natural desejo de punir, voltado que está para a própria dor.

Num segundo instante, caberia a intervenção do juiz, que passaria a apreciar se o valor pretendido ajusta-se à situação posta em julgamento, a compreender as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação da pessoa que lesa, a condição do lesado, preponderando, como orientação central, a ideia de sanção do ofensor, como forma de obstar a reiteração de casos futuros (BITTAR, Carlos Alberto. **A Reparação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, p. 89).

O valor da indenização, muito embora por vezes não seja suficiente para apagar as marcas dos danos impostos, não deve servir para o enriquecimento injustificado da parte; também não deve pouco significar para o patrimônio do lesante, já que não serviria para desestimulá-lo à repetição do ato.

Nesse sentido, embora o reclamante tenha sido atingido diretamente pela discriminação sofrida em razão de ser pessoa com deficiência habilitada tecnicamente para uma promoção que lhe foi preterida - cujo processo seletivo foi sequer lhe oportunizado sob o argumento de ter "um problema no pé" - tal violação pode extrapolar para outras relações de trabalho, com outras pessoas com deficiência, considerando que as manifestações da reclamada, nos presentes

autos, revelam um *modus operandi* próprio, que expressa uma desresponsabilização da empresa na garantia do direito de pessoas com deficiência ao acesso a seleções, em igualdade de oportunidade com os demais funcionários. A reclamada deposita nas condições de existência do trabalhador as razões para que ele se desenvolva na empresa, no caso, o alcance de uma promoção, mesmo o trabalhador todos os requisitos exigidos na descrição do cargo.

Ante o exposto, a postura da reclamada reforça o montante que lhe foi arbitrado, na primeira instância, como indenização a ser feita pelo dano moral ao reclamante, mas também passando a assumir um caráter pedagógico com impacto preventivo na proteção do trabalho, e não apenas como uma resposta punitiva na demanda trabalhista em questão, pois, pelas alegações de defesa, reitero, trata-se de uma forma de conduta da reclamada na relação com pessoas com deficiência que precisa ser reprimida, para proteção de direitos de trabalhadoras e trabalhadores.

Assim, após considerar todos os detalhes do caso concreto, nego provimento ao recurso da reclamada.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso interposto pela reclamada e nego-lhe provimento.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sessão turmária e conforme o contido na respectiva certidão de julgamento, aprovar o relatório, conhecer do recurso da reclamada e negar-lhe provimento. Tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Ementa aprovada.

Julgamento ocorrido à unanimidade de votos, estando presentes os Desembargadores Ricardo Alencar Machado (Presidente) - consignando ressalvas de entendimento no presente caso -, Pedro Luís Vicentin Foltran, Brasilino Santos Ramos, José Leone Cordeiro Leite e Cilene Ferreira Amaro

Santos.

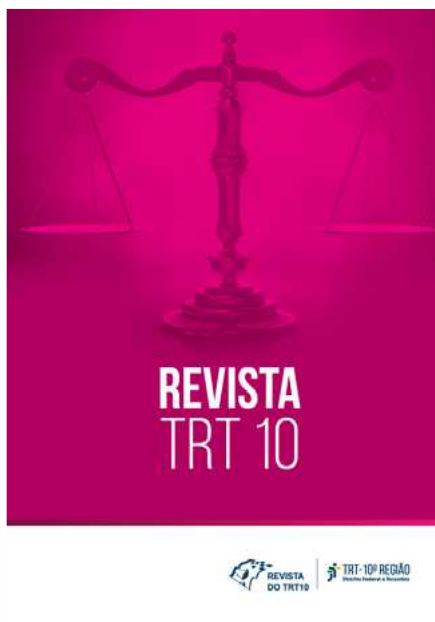
Representando o Ministério Público do Trabalho o Procurador Regional do Trabalho Sebastião Vieira Caixeta.

Secretário da Turma, o Sr. Luiz Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno.

Secretaria da 3ª Turma;

Brasília/DF, 07 de dezembro de 2022
(data do julgamento).

PEDRO LUÍS VICENTIN FOLTRAN
Desembargador



Ação Trabalhista 0000751-13.2021.5.10.0821

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Dispensado, na forma do art. 852-I da CLT.

II – FUNDAMENTAÇÃO

INCOMPETÊNCIA MATERIAL

A presente lide foi remetida à esta Vara do Trabalho de Gurupi/TO, após a declaração de incompetência material, com base no entendimento lançado no REsp 1799343/SP, nos seguintes termos:

No julgamento do Incidente de Assunção de Competência proposto no REsp 1799343/SP (Tema – IAC 5), com trânsito em julgado em 25/08/2020, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese de que

“compete à Justiça comum julgar as demandas relativas a plano de saúde de autogestão empresarial, exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, hipótese em que a competência será da Justiça do Trabalho, ainda que figure como parte trabalhador aposentado ou dependente do trabalhador”.

No presente caso, conforme informado pela requerente e constante no site da demandada, o Caixa Saúde é um plano de saúde coletivo por adesão da Caixa Econômica Federal, sob a modalidade de autogestão. Os planos coletivos por adesão são contratados por pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial para seus vinculados (associados ou sindicalizados, por exemplo).

Portanto, uma vez que o Caixa Saúde é gerido pela própria requerida e previsto em acordo coletivo de

trabalho, patente a competência da Justiça do Trabalho (Precedentes: TRT-18 - ROT: 00102751520215180141 GO 0010275-15.2021.5.18.0141, Relator: IARA TEIXEIRA RIOS, Data de Julgamento: 08/10/2021, 1ª TURMA; TRF-4 - AG: 50491894320194040000 5049189-43.2019.4.04.0000, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 19/05/2021, QUARTA TURMA).

Diante do exposto, RECONHEÇO incompetência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito e determino a remessa dos autos à Justiça do Trabalho em Gurupi.

O genitor da parte autora é empregado da Caixa Econômica Federal e beneficiário do plano de saúde ofertado pela parte ré, por consequência, a presente demanda versando sobre questões relativas ao plano de saúde que negou a prestação de assistência médica nos termos ora postulados, está patente a competência material desta Justiça Especializada, a teor do art. 114, IX, da Constituição Federal.

Ressalto, ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça exarou tese em Incidente de Assunção de Competência – IAC no REsp n. 1799343/SP citado na decisão que remeteu o presente feito à esta Justiça Especializada.

O Ministério Público do Trabalho opinou pela competência material desta Justiça Especializada, nos seguintes termos:

2. DA COMPETÊNCIA MATERIAL

A Justiça do Trabalho é **competente** para analisar questões que versem sobre plano de saúde, quando a filiação consubstanciar direito decorrente da relação de emprego firmada com empresa mantenedora

da entidade responsável pela administração desse benefício.

Nesse sentido o E. **STJ** exarou tese em Incidente de Assunção de Competência – IAC no REsp n. 1799343/SP:

“Compete à Justiça comum julgar as demandas relativas a plano de saúde de autogestão empresarial, **exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, hipótese em que a competência será da Justiça do Trabalho, ainda que figure como parte trabalhador aposentado ou dependente do trabalhador**”. (v. Recurso Especial nº1.799.343/SP – Rel. Min. Nancy Andrigui – Segunda Seção – Julgado em 01/07/2020).

Destarte, **não merece acolhida** a preliminar suscitada pela ré no ponto.

Ante o exposto, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar o pedido.

Por essa razão, rejeito a preliminar de incompetência material suscitada pelo réu.

MÉRITO

Em síntese, a presente demanda foi proposta pela autora, que possui menos de 4 anos de idade, e foi diagnosticada com Transtorno do Espectro do Autismo (CID 10 F84), fato comprovado pelo parecer médico de fl. 30.

Apresentam-se também como fatos incontroversos: i) a necessidade de Terapia Comportamental em ABA (*Aplied Behavior Analysis*) por equipe multidisciplinar, assim definida: “- Com psicólogo comportamental; - 20 horas semanais; - Fonoterapia - 3 horas semanais; - Terapia ocupacional - 3 horas semanais; - Psicomotricidade - 2 horas semanais; - Musicoterapia - 2 horas semanais; - Equoterapia - 2 horas semanais” (laudo médico datado de 18/8/2021, fl. 30); ii) a negativa de cobertura do tratamento postulado de “Psicoterapia comportamental com a utilização de modelos (Denver/ABA) e terapia ocupacional com a utilização de modelo (Integração Sensorial)” pelo Plano de Saúde Caixa.

O ponto crucial da controvérsia reside na obrigatoriedade do Plano de Saúde Caixa custear tratamento realizado por equipe multidisciplinar não credenciada, a criança portadora de "Transtorno de Espectro Autista (TEA)".

Em 2012, a Lei nº 12.764/2012, que Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, estabelece em seus arts. 2º e 3º:

Art. 2º São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

I - a intersetorialidade no desenvolvimento das ações e das políticas e no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista;

II - a participação da comunidade na formulação de políticas públicas voltadas para as pessoas com transtorno do espectro autista e o controle social da sua implantação, acompanhamento e avaliação;

III - a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes;

IV - (VETADO);

V - o estímulo à inserção da pessoa com transtorno do espectro autista no mercado de trabalho, observadas as peculiaridades da deficiência e as disposições da **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990** (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - a responsabilidade do poder público quanto à informação pública relativa ao transtorno e suas implicações;

VII - o incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista, bem como a pais e responsáveis;

VIII - o estímulo à pesquisa científica, com prioridade para estudos epidemiológicos tendentes a dimensionar a magnitude e as características do problema relativo ao transtorno do espectro autista no País.

Parágrafo único. Para cumprimento das diretrizes de que trata este artigo, o poder público poderá firmar contrato de direito público ou convênio com pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;

II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;

b) o atendimento multiprofissional;

c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;

d) os medicamentos;

e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;

IV - o acesso:

a) à educação e ao ensino profissionalizante;

b) à moradia, inclusive à residência protegida;

c) ao mercado de trabalho;

d) à previdência social e à assistência social.

Parágrafo único. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa

com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado.

Em 2014, o Ministério da Saúde editou as “Diretrizes de Atenção à Reabilitação da Pessoa com Transtornos do Espectro do Autismo (TEA)” e, em março de 2016, aprovou a Portaria nº 324, que regulamentou o “Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Comportamento Agressivo como Transtorno do Espectro do Autismo”, em seu Anexo, traz menção a aplicação dos modelos do ABA e do TEACCH (Tratamento e Educação para crianças com TEA), ressaltando que “a escolha do método a ser utilizado no tratamento da pessoa com TEA deve ser feita de modo conjunto entre a equipe e a família do paciente, garantindo informações adequadas quanto ao alcance e aos benefícios do tratamento, bem como favorecendo a implicação e a corresponsabilidade pelo cuidado”.

A propósito, transcrevo excerto dos estudos constante no Anexo da Em 2014, o Ministério da Saúde editou as “Diretrizes de Atenção à

Reabilitação da Pessoa com Transtornos do Espectro do Autismo (TEA)” e, em março de 2016,

aprovou a Portaria nº 324, que regulamentou o “Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do

Comportamento Agressivo como Transtorno do Espectro do Autismo”, em seu Anexo, traz

menção a aplicação dos modelos do ABA e do TEACCH (Tratamento e Educação para crianças

com TEA), ressaltando que “a escolha do método a ser utilizado no tratamento da pessoa com

TEA deve ser feita de modo conjunto entre a equipe e a família do paciente, garantindo

informações adequadas quanto ao alcance e aos benefícios do tratamento, bem como

favorecendo a implicação e a corresponsabilidade pelo cuidado”.

A propósito, transcrevo excerto dos estudos constante no Anexo da Portaria nº 324/2016:

7. TRATAMENTO

O tratamento de pessoas com TEA possui como um de seus objetivos fundamentais o de habilitá-las para participar de modo ativo e independente nas atividades que lhe são apresentadas [2]. Para tanto, o tratamento se concentra em intervenções comportamentais e educacionais direcionadas aos sintomas nucleares do transtorno, como, por exemplo, as deficiências de comunicação e interação social, padrões repetitivos de comportamento, interesses e atividades referenciais [40,81,82].

[...]

7.1. Tratamento não Medicamentoso

A importância da instituição precoce de intervenções comportamentais e educacionais para a melhoria do prognóstico das pessoas com TEA já está bem documentada [40]. Mesmo sendo possível categorizar as condutas, de acordo com seus modelos conceituais, em comportamental, como no caso da Análise do Comportamento Aplicada (Applied Behavioral Analysis – ABA) ou educacional, como no caso do Tratamento e Educação para Crianças com Transtornos do Espectro do Autismo (Treatment and Education of Autistic and Related Communications Handicapped Children – TEACCH), as intervenções muitas vezes se sobrepõem [83]. Um destaque deve ser dado às intervenções comportamentais que envolvem familiares ou responsáveis, como o treinamento de pais (Parent Training), o qual tem por base considerar o contexto familiar na educação dos pais sobre os comportamentos e estratégias que permitam a melhor interação com seus filhos [47,72,84]. Entretanto, apesar de que algumas terapias foram mais estudadas, revisões sistemáticas dão suporte aos benefícios das variadas intervenções, sem encontrar evidências suficientes para sugerir que qualquer modelo de intervenção seja superior a outro

[40,85,86]. Assim, a escolha do método a ser utilizado no tratamento da pessoa com TEA deve ser feita de modo conjunto entre a equipe e a família do paciente, garantindo informações adequadas quanto ao alcance e aos benefícios do tratamento, bem como favorecendo a implicação e a corresponsabilidade pelo cuidado [2]. Em se tratando do controle de condutas agressivas, o direcionamento da intervenção para o comportamento específico já foi avaliado em vários estudos, inclusive em revisão sistemática [87] com 251 estudos sobre intervenções comportamentais, em que as intervenções comportamentais focais resultaram, de forma consistente, em respostas positivas em uma ampla gama de sintomas, incluindo comportamentos agressivos. Recentemente, um ensaio clínico randomizado [88], com 180 crianças com TEA (das quais, 88% de meninos), na idade entre 3 e 7 anos de idade e seis meses de seguimento, o treinamento dos pais com foco no controle de comportamentos disruptivos se demonstrou mais eficaz do que apenas a educação dos pais sobre o TEA (sem direcionamento específico em algum comportamento) na redução de escores de irritabilidade da escala ABC. Assim, as intervenções comportamentais direcionadas possuem um papel claro no controle de condutas agressivas, sobretudo quando adotadas estratégias que envolvem a interação com a família, devendo, portanto, ser priorizadas [47,70,82]. Alguns pontos adicionais podem ainda orientar a busca do melhor benefício com as intervenções. Por exemplo, uma revisão sistemática [89] com 213 estudos sobre intervenções comportamentais demonstrou que situações em que uma análise funcional precedeu a intervenção adotada foram significativamente mais efetivas em reduzir problemas comportamentais. Nesse aspecto, o

delineamento da intervenção para o controle da agressão ou autoagressão adequada às necessidades da pessoa com TEA pode ser fundamentado na análise 7 funcional da agressividade e situações que a desencadeiam e no treinamento de relaxamento e desenvolvimento de habilidades para enfrentar e resolver problemas. Dessa forma, as intervenções psicossociais direcionadas ao tratamento de problemas de comportamento devem incluir [81,82]: - Comportamento(s) alvo claramente identificado(s); - Sempre que possível, um foco em desfechos relacionados à qualidade de vida; - A avaliação e modificação de fatores ambientais que podem contribuir para desencadear ou manter o comportamento; - Uma estratégia de intervenção claramente definida; - Um cronograma claro de consultas de retornos e a capacidade de oferecê-las prontamente; - Uma medida sistemática do comportamento(s) alvo (antes e depois da intervenção), com o intuito de verificar se os resultados esperados estão sendo alcançados; e - Uma definição de tempo para atender às metas da intervenção, de forma a possibilitar a modificação de estratégias com pouco sucesso. [...]

Em 2017, a Resolução Normativa nº 428 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que “Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, e RN nº 407, de 3 de junho de 2016.”, traz o rol de procedimentos e eventos em saúde, estabeleceu, em seu art. 21, incisos III a V, a cobertura dos serviços de fisioterapia, psicoterapia, fonoaudiologia, terapia ocupacional e tratamentos para fins de reeducação e reabilitação física, nos seguintes termos:

Art. 21. O Plano Ambulatorial compreende os atendimentos

realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares, observadas as seguintes exigências:

I - cobertura de consultas médicas em número ilimitado em clínicas básicas e especializadas (especialidades médicas), inclusive obstétrica para pré-natal, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina – CFM;

II - cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, incluindo procedimentos cirúrgicos ambulatoriais solicitados pelo médico ou pelo cirurgião-dentista assistente, mesmo quando realizados em ambiente hospitalar, desde que não se caracterize como internação conforme preceitua o caput;

III – cobertura de consultas ou sessões com nutricionista, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional e psicólogo de acordo com o estabelecido nos Anexos desta RN;

IV - cobertura de psicoterapia de acordo com o número de sessões estabelecido nos Anexos desta RN, que poderá ser realizada tanto por psicólogo como por médico devidamente habilitados;

V – cobertura dos procedimentos de reeducação e reabilitação física listados nos Anexos desta RN, que podem ser realizados tanto por fisiatra como por fisioterapeuta, em número ilimitado de sessões por ano;

VI - cobertura das ações de planejamento familiar, listadas no

Anexo I desta RN, para segmentação ambulatorial; [...]

A Resolução Normativa nº 469/2021, em seu Anexo I, prevê:

106. SESSÃO COM PSICÓLOGO E/OU TERAPEUTA OCUPACIONAL

[...] 2. Cobertura obrigatória em número ilimitado de sessões para pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos globais do desenvolvimento (CID F84).

A Resolução Normativa DC/ANS nº 539, de 23/6/2022, alterou o art. 6º, da Resolução normativa nº 465, de 2021, passa a vigorar acrescido do § 4º, com a seguinte redação:

Art. 6º (.....)

§ 4º Para a cobertura dos procedimentos que envolvam o tratamento/manejo dos beneficiários portadores de transtornos globais do desenvolvimento, **incluindo o transtorno do espectro autista, a operadora deverá oferecer atendimento por prestador apto a executar o método ou técnica indicados pelo médico assistente para tratar a doença ou agravo do paciente.**

A referida alteração pela ANS supera a cizânia quanto à taxatividade do rol da ANS, cuja observância, em regra, foi reconhecida, por maioria, em junho de 2022 pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (EREsp nº 1886929 / SP e EREsp nº 1889704 / SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, maioria, data de julgamento: 8/6/2022).

Antes do referido julgado, sedimentada jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça considerava exemplificativo o rol da lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a fim de ser alcançada a relação de equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor de serviços, como a operadora do plano de saúde. A seguir, transcrevo

precedentes

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. 1. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL DA QUAL SUSTENTA VIOLAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. 2. ARTROSCOPIA E MOSAICOPLASTIA DO JOELHO. LISTA DE PROCEDIMENTOS DA ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 83/STJ. 3. DANO MORAL. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. 4. MINORAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 5. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A não indicação, na petição de recurso especial, do dispositivo legal relacionado à lei federal supostamente violada, atrai a incidência do verbete n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. A jurisprudência desta Corte já firmou o entendimento no sentido de que a "operadora de plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo paciente. Dessa forma, sendo fato incontroverso a cobertura securitária para a enfermidade em questão, inviável a insurgência da recorrente pretendendo limitar o tipo de tratamento a que deve se submeter o paciente." (Aglnt no AREsp 1.072.960/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 8/9/2017). **2.1. Também está firmada a orientação de que é inadmissível a recusa do plano de saúde em cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato sob o argumento de não constar da lista de procedimentos da ANS, pois este rol é exemplificativo, impondo-se uma interpretação mais favorável ao consumidor. 3. Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que caracteriza ato ilícito, passível**

até mesmo de reparação moral, a recusa injustificada em cobrir exame médico essencial ao diagnóstico e tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 4. Aplica-se a Súmula n. 7/STJ também à pretensão de reexame do *quantum* indenizatório fixado pela origem, sendo tal providência admitida apenas quando o montante for estabelecido em patamar excessivo ou irrisório, situação que não se verifica no caso concreto, em que se fixou o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 5. Agravo interno a que se nega provimento. (sem destaque no original) (Aglnt no AREsp 1328258/AL, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe 06/12/2018)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS DE SAÚDE. LIMITAÇÃO OU RESTRIÇÃO A PROCEDIMENTOS MÉDICOS, FISIOTERÁPICOS E HOSPITALARES. CONTRATOS ANTERIORES À LEI 9.656/98. NÃO INCIDÊNCIA . CLÁUSULA ABUSIVA . RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.** 1. Não configura ofensa ao art. 535 do CPC/73 o fato de o col. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia. 2. **As regras estabelecidas na Lei 9.656/98 restringem-se ao contratos de plano de saúde celebrados após sua vigência (art. 35), mas o abuso de cláusula contratual prevista em avenças celebradas em datas anteriores pode ser aferido com base no Código de Defesa do Consumidor.** 3. À luz do Código de Defesa do Consumidor, devem ser reputadas como abusivas as cláusulas

que nitidamente afetam de maneira significativa a própria essência do contrato, impondo restrições ou limitações aos procedimentos médicos, fisioterápicos e hospitalares (v.g. limitação do tempo de internação, número de sessões de fisioterapia, entre outros) prescritos para doenças cobertas nos contratos de assistência e seguro de saúde dos contratantes. 4. Se há cobertura de doenças ou sequelas relacionadas a certos eventos, em razão de previsão contratual, não há possibilidade de restrição ou limitação de procedimentos prescritos pelo médico como imprescindíveis para o êxito do tratamento, inclusive no campo da fisioterapia. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1349647/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 23/11/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. RECURSOS NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO. DECISÃO DO PROFISSIONAL MÉDICO. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO. AGRAVO INOMINADO/ LEGAL PREJUDICADO. 1. A Lei nº 9.656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde prevê expressamente em no artigo 1º, II sua aplicação às entidades de autogestão que operem plano privado de assistência à saúde. Jurisprudência do STJ. 2. A jurisprudência pátria tem entendido pela impossibilidade de que o plano de saúde defina questões como o tempo de internação ou os recursos necessários ao tratamento, decisões que incubem tão só ao profissional médico. 3. No caso do feito de origem os profissionais médicos que acompanham o agravante o declaram como portador da patologia denominada Transtorno do Espectro Autismo, para cujo tratamento indicaram o uso de técnicas da Análise do Comportamento Aplicada (ABA - Applied Behavior Analysis) como método de tratamento, conforme

se verifica nos documentos Num. 4255696 - pp. 26-32 e Num. 5267019 - Pág. 1-2 do processo de origem (5000446-81.2018.4.03.6105). 4. **Consoante jurisprudência firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a operadora de plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo paciente. 5. Não há de se indicar limite do custeio dos reembolsos e sessões para o tratamento.** 6. Agravo provido, prejudicado o agravo inominado / legal. (sem destaque no original) (TRF-3ª Região. 1ª Turma. AI nº 5008395-41.2018.4.03.0000. Rel. Desº Federal Wilson Zauhy Filho. Intimação via sistema em 01/10/2019).

RECURSO ESPECIAL Nº 1914428 - SP (2021/0001595-7) DECISÃO Cuida-se de recurso especial interposto por ASSOCIAÇÃO DE BENEFICÊNCIA E FILANTROPIA SÃO CRISTÓVÃO, fundamentado na alínea a do permissivo constitucional. Recurso especial interposto em: 25/09/2020. Concluso ao gabinete em: 20/01/2021. Ação: de obrigação de fazer ajuizada por E. T DE B. em face da recorrente, visando a cobertura de terapias multidisciplinares para tratamento do transtorno do espectro autista. Sentença: julgou procedente a demanda para determinar à recorrente a cobertura do tratamento do autor conforme prescrito. Acórdão: nos termos da seguinte ementa: Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer c.c. antecipação dos efeitos da tutela. **Autor portador de transtorno do espectro autista. Negativa de cobertura de tratamentos (metodologia ABA) prescritos por psiquiatra, pelo fato de não constarem no rol da ANS. Abusividade se há expressa indicação médica. Compete ao plano estabelecer quais doenças são cobertas, mas não o tipo de tratamento que o paciente deve ser submetido.** Aplicação das súmulas 96 e 102 deste TJSP. Necessidade do

paciente incontroversa. **Afronta à regra do artigo 51, IV E § 1º, II, do CDC. Cobertura devida. Exclusão contratual que contraria a própria função social do contrato de plano de saúde. Limitação ao número de sessões que também se mostra abusiva.** Sentença mantida. (...) Com efeito, não se desconhece que há, no âmbito da Quarta Turma, recente julgado no sentido de que o rol de procedimentos e eventos em saúde tem natureza taxativa, o que autoriza as operadoras a negarem a cobertura quando o tratamento prescrito está fora das hipóteses nele previstas (REsp 1.733.013/PR, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020); no entanto, a Terceira Turma mantém a orientação firmada há muito nesta Corte no sentido de que a natureza do referido rol é meramente exemplificativa e, por isso, reputa abusiva a recusa de custeio do tratamento de doença coberta pelo contrato. Citam-se, por oportuno: AgInt no REsp 1.682.692/RO, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 06/12/2019; AgInt no AREsp 919.368/SP, Quarta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 07/11/2016; AgRg no AREsp 708.082/DF, Terceira Turma, julgado em 16/02/2016, DJe de 26/02/2016 Por sinal, na sessão de 03/02/2021, esse entendimento foi reafirmado, à unanimidade, pela Terceira Turma, estando o acórdão ementado nos seguintes termos: **RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE PAGAR. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AMPLITUDE DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE SESSÕES DE TERAPIA OCUPACIONAL. ABUSIVIDADE. JULGAMENTO: CPC/15.** 1. Ação de obrigação de fazer e de pagar ajuizada em 16/05/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 27/09/2018 e atribuído ao gabinete em 18/09/2019. 2. O propósito recursal é dizer sobre a

obrigação de a operadora de plano de saúde custear integralmente o tratamento de terapia ocupacional, sem limitar o número e a periodicidade das sessões indicadas na prescrição médica. (...) 6. **Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim a própria finalidade do contrato.** 7. **O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada.** 8. **O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão.** (...) 11. Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo. (...). 13. A qualificação do rol de procedimentos

e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida. **14. É forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.** 15. Hipótese em que a circunstância de o rol de procedimentos e eventos em saúde estabelecer um número mínimo de sessões de terapia ocupacional de cobertura obrigatória, ao arrepio da lei, não é apta a autorizar a operadora a recusar o custeio das sessões que ultrapassam o limite previsto. Precedente do STF e do STJ. 16. Recurso especial conhecido e desprovido, com majoração de honorários. (REsp 1846108/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 05/02/2021). (...) **Desse modo, verifica-se que o acórdão recorrido está em harmonia com a orientação da Terceira Turma no sentido de que "é o médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta"** (REsp 1.679.190/SP, julgado em 26/9/2017, DJe de

02/10/2017). Forte nessas razões, com fundamento no art. 932, IV, a, do CPC/2015, bem como na Súmula 568/STJ, CONHEÇO do recurso especial e NEGO-LHE PROVIMENTO. (...) (sem destaque no original) (STJ - REsp: 1914428 SP 2021/0001595-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 23/02/2021).

Ante a manifestação da ré (fl. 332), convém frisar que mesmo antes do reconhecimento expresso do direito da autora em resolução normativa da ANS, o ordenamento jurídico já estabelecia previsões protetivas à parte autora - criança portadora de Transtorno de Espectro Autista (TEA) - como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, incluindo o tratamento médico e terapêuticos adequados (arts. 6º e 196 da Constituição Federal), o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoa humana em processo de desenvolvimento, abrangendo a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral (art. 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ademais, a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê, desde 2001, que o Plano de Saúde deverá fornecer prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais, a fim de garantir a assistência à saúde, por meio de "acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor."

Preceitua, ainda, o art. 1º da Lei nº 9.656/98 que os Planos de Saúde se sujeitam também às disposições do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo

do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** (Código de Defesa do Consumidor), adotandose, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: **(Redação dada pela Lei nº 14.454, de 2022)**

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a **assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)**

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Portanto, aplicável o Código de Defesa do Consumidor para declarar nula e abusiva a conduta da parte ré em restringir a cobertura do tratamento da parte autora em tratamento em psicoterapia comportamental com a utilização de modelos (Denver/ ABA) e terapia com utilização de modelo de integração sensorial, sob o argumento de que esses modelos não possuem cobertura pela normativo da Caixa (rh222 e rh223) e de que tais procedimentos não constam no rol de cobertura obrigatória da Agência Nacional

de Saúde Suplementar (fl. 35), a teor do que preceituam os arts. 14 e 51, IV e § 1º:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

A jurisprudência pátria posicionou-se pela impossibilidade de que o plano de saúde limite o tratamento do/a paciente, entendimento que corrobora com o previsto no item 7.1 do anexo da Portaria nº 324/2016, em que compete à família do paciente conjuntamente com a equipe multidisciplinar a escolha do tratamento da pessoa com TEA.

A propósito, transcrevo o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 469 DO STJ. SISTEMA DE LIVRE ESCOLHA. DEFICIÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO QUANTO AO LIMITE DE REEMBOLSO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DESPESAS COM PERNOITE NO HOSPITAL E COM INSTRUMENTADORA. RECUSA

DE REEMBOLSO. ABUSIVIDADE. 1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal a quo se pronuncia, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia. 2. "Aplicase o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde" (Súmula n. 469/STJ). 3. Incidem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ quando o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a interpretação de cláusulas contratuais e a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 4. **A definição quanto ao tempo de internação do paciente e dos meios e recursos necessários ao seu tratamento cabe ao médico que o assiste, e não ao plano de saúde.** Assim, é abusiva a recusa do reembolso do pernoite no hospital após a cirurgia, bem como da instrumentadora que acompanhou o procedimento. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte." (sem destaque no original) (STJ. 3ª Turma. REsp nº 1458886/SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe de 09/03/2015).

Merece destaque o parecer do Ministério Público do Trabalho opinando pelo provimento dos pedidos da inicial, que corrobora com a presente decisão, afastando todas as alegações da parte ré em não prestar o atendimento adequado ao seu segurado,

Ante o exposto, considerando a indicação da terapia comportamental em metodologia ABA para tratamento dos sintomas do autismo da parte autora por médico especialista, apresenta-se irrelevante a situação de não ter constado no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar, razão pela qual mantenho a tutela de urgência deferida às fls. 80/81 para julgar procedente o pedido de condenação da parte ré em custear o tratamento prescrito nos laudos médicos acostados aos autos, assim como todos os exames de que necessitar a parte autora para tratamento do Transtorno do Espectro Autista, observada eventual coparticipação do titular do plano de saúde que suportariam

os genitores da autora para tratamento de outra doença, conforme regulamento da ré.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS

Estão presentes, no caso, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva – dano, nexa causal e culpa. Nos termos dos arts. 5º, V e X, da Constituição, 186, 187, 247, 248 e 249, 927, caput e 944, caput do Código Civil, faz jus a parte autora à reparação pecuniária das despesas materiais comprovadas no tratamento TEA, assim como dos danos morais suportados.

Inegável a caracterização de danos morais experienciados pela parte autora, bem como pelo seu núcleo familiar, diante das inúmeras negativas da ré (fls. 35/37), em sede de requerimento administrativo, para dar início ao tratamento do TEA por meio da metodologia ABA, a fim de auxiliar em seu pleno desenvolvimento cognitivo, emocional e psíquico.

Além disso, conforme já mencionado no tópico anterior, é evidente o desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao direito à saúde, incluindo o tratamento médico e terapêuticos adequados (arts. 6º e 196 da Constituição Federal), ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoa humana em processo de desenvolvimento, abrangendo a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral (art. 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

No mesmo sentido, é o parecer do Ministério Público do Trabalho ao ressaltar a configuração dos danos morais suportados pela parte autora e seu núcleo familiar:

No caso, os documentos que instruem a inicial demonstram a **necessidade do tratamento multidisciplinar pelo método ABA** (v. Id. aa7c357 e d30e44c).

Nada obstante, a **ré insistiu em negar administrativamente a cobertura necessária - fato incontroverso (CPC, art. 374, II e III)**, disponibilizando à

infante, ao revés, tratamento ineficaz e incapaz de promover os resultados esperados e já alcançados pela ciência, mesmo ciente da condição da requerente (v. Id. d30e44c).

Além disso, **impôs à família o dispêndio de recursos financeiros próprios cumulativamente ao pagamento da mensalidade relativa ao plano de saúde.**

Assim, a **conduta abusiva** da ré de retardar indevidamente o início da terapia adequada à requerente gerou, a cada dia de repetição/continuidade da lesão, **prejuízos irreparáveis ao pleno desenvolvimento da criança, além do notório abalo moral e emocional do núcleo familiar**, daí exsurgindo o dever de indenizar. Inteligência do disposto nos artigos arts. 5º, V e X, da CRFB e artigos 186, 187 927, caput e 944, caput, do CC.

Afinal, as terapias, na hipótese, devem ser **contínuas e intensivas**, de sorte que a não realização, a tempo e modo devidos, do tratamento e do acompanhamento multiprofissional tem **impacto negativo no neurodesenvolvimento da infante, interferindo significativamente no prognóstico e na sua qualidade de vida.**

Por conseguinte, opina o MPT pela **procedência** do pedido reparatório **no valor postulado**, considerando a gravidade e a extensão da lesão, o porte econômico da ré, finalidade pedagógico-punitiva da reparação e a prioridade máxima a ser concedida no tratamento de crianças com TEA.

Considerando a gravidade dos atos praticados, a extensão do dano moral vivenciado pela parte autora, o grau de culpa da parte ré, a situação social e econômica das partes, condeno a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00, ante os limites do pedido.

Julgo, ainda, procedente o pedido de

restituição da importância de R\$ 8.740,00 e demais despesas com as terapias do método ABA não suportadas pela parte ré que forem devidamente comprovadas nos autos, conforme recibos e notas fiscais de fls. 41/48.

JUSTIÇA GRATUITA

Defiro à parte autora os benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 98 do CPC.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

A presente ação foi ajuizada após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, razão pela qual impende tecer considerações a respeito do art. 791-A da CLT, que prevê o pagamento de honorários sucumbenciais ao(à) advogado(a).

No julgamento da ADIN 5766, em relação ao art. 791-A, § 4º, da CLT, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. Tal como esclarecido na decisão que rejeitou os Embargos de Declaração opostos pelo Advogado-Geral da União, o texto restante do dispositivo restou incólume.

No presente caso, o(s) pleito(s) formulado(s) foram julgados procedente(s), o que enseja o arbitramento de honorários sucumbenciais, a serem arcados pelo réu, independentemente de pedido expresso, nos termos do art. 322, § 1º, do CPC.

Considerando os critérios previstos no art. 791-A, § 2º, da CLT, condeno a parte reclamada ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% sobre o valor que resultar da liquidação dos pedidos.

A verba honorária deverá incidir sobre o valor da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 348 da SBDI-1 do TST.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

A indenização por danos morais deverá ser atualizada a partir da data da publicação desta decisão quanto à correção monetária e aos juros de mora. Nesse sentido a Súmula nº 439 do TST e o entendimento exarado no RR-566-62.2019.5.12.0053, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 11/3/2022. Não obstante referido verbete faça expressa referência a dano moral, seus termos também são aplicáveis à indenização por danos materiais.

No concernente à atualização monetária e aos juros de mora, observe-se o decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar as ADCs 58 e 59 e as ADIs 5.867 e 6.021, ante sua eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, em que não se estabeleceu distinção entre devedores trabalhistas, pessoas físicas ou jurídicas (Tema nº 1191, RE nº 1269353, de repercussão geral reconhecida).

Na eventualidade de haver adimplementos parciais do crédito exequendo, a imputação do pagamento deve ser levada a cabo de forma preferencial nos juros de mora, consoante regra do artigo 354 do Código Civil.

RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Não incidem recolhimentos fiscais e previdenciários, ante a natureza indenizatória das parcelas deferidas.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos autos desta Reclamação Trabalhista, nos termos da fundamentação e observados os limites da lide:

- I) Rejeito a(s) preliminar(es);
- II) Julgo **PROCEDENTES** os pedidos para condenar a parte reclamada às obrigações reconhecidas nesta sentença, consoante seus comandos, que passam a integrar o presente dispositivo, como se aqui estivessem reproduzidos.

Concedo à parte autora o benefício da Justiça Gratuita.

Condeno a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, na ordem de 10% do valor que resultar da liquidação do(s) pedido(s) julgado(s) procedente(s), ainda que parcialmente.

Correção monetária e juros de mora, na forma da fundamentação.

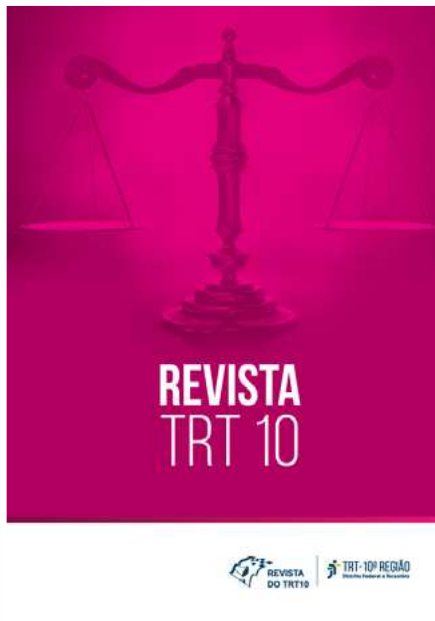
Liquide-se, observados os critérios de apuração expostos na fundamentação.

Custas pela parte reclamada, no valor de R\$ 374,80, calculadas sobre R\$18.740,00, montante arbitrado provisoriamente à condenação.

Intimem-se as partes.

GURUPI/TO, 30 de novembro

ANANDA TOSTES ISONI
Juíza do Trabalho Substituta



Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0000871-52.2021.5.10.0111

RECLAMANTE: DOUGLAS FERREIRA LUSTOSA

ADVOGADO: MARCONE ALMEIDA FERREIRA

ADVOGADO: RENATA GONCALVES VIEIRA
MOURA

ADVOGADO: LAIS ALVES DE ASSIS

RECLAMADO: W.A.L.S. COMERCIAL DE
ALIMENTOS LTDA - EPP

ADVOGADO: GERALDO RAFAEL DA SILVA
JUNIOR

RECLAMADO: EDILENE DA CONCEICAO

ADVOGADO: MARCOS MATOS DE QUEIROZ

SENTENÇA

DOUGLAS FERREIRA LUSTOSA ajuizou reclamação trabalhista em face da **W.A.L.S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA – EPP** e de **EDILENE DA CONCEIÇÃO**, postulando o exposto na petição inicial. Atribuiu à causa o valor de R\$ 133.982,08.

Juntou documentos.

Nos termos do Ato Conjunto PRESI-CRTRT 1/2020, Ato nº 11/2020, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e da Recomendação da Corregedoria - TRT10 nº 2/2020, que tratam das medidas de prevenção à contaminação pelo COVID19, excepcionalmente foi determinada a observância do rito do Código de Processo Civil, naquilo que não fosse incompatível com o Processo do Trabalho.

Regularmente notificadas, certidão ao id. fd7e5f3, as reclamadas apresentaram no PJE, dentro do prazo de 15 dias que lhes foi concedido, as suas defesas, acompanhada de documentos.

Houve réplica.

Na audiência de instrução presencial, presente apenas o reclamante, acompanhado de seu procurador. Ausentes as reclamadas e seus procuradores. O reclamante requereu a

aplicação da confissão ficta, quanto à matéria de fato, às reclamadas.

A 1ª reclamada se manifestou, justificando sua ausência na audiência de instrução, requerendo a designação de nova audiência. O pedido foi deferido e nova audiência de instrução foi designada.

A 1ª reclamada acostou nos autos ata de audiência do processo nº 0000902-72.2021.5.10.111, como prova emprestada.

Por ocasião da audiência de instrução, presentes o reclamante e a 1ª reclamada, sendo que a ausência da 2ª reclamada foi considerada justificada, pelo juízo, com a concordância das partes, uma vez que estava no prédio, apenas não conseguiu adentrar em virtude da ausência de certificado de vacinação.

Razões finais remissivas.

Impossível a conciliação.

É o relatório.

DECIDO.

FUNDAMENTOS

1. DA INCOMPETÊNCIA MATERIAL - DA COMPROVAÇÃO DE PARCELAS JUNTO AO INSS

Requeru o reclamante, que a 1ª reclamada seja compelida a comprovar os repasses do INSS e ou pagamento desse junto a autarquia previdenciária do período laborado.

Nos termos da súmula 368, I, do TST, "a competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição."

As contribuições previdenciárias cujo pagamento não foi comprovado referem-se àquelas incidentes sobre a remuneração paga ao longo do contrato de trabalho, logo, a sua execução forçada não está abrangida pela seara de competência material desta Especializada.

2. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

Sustenta a segunda reclamada que não foi empregadora do reclamante, muito menos proprietária de alguma empresa, tendo sido apenas sua colega de trabalho.

De início, insta salientar que a legitimidade passiva refere-se à pertinência subjetiva da ação e deve ser analisada sob o enfoque processual, *in status assertionis* considerando apenas o que foi dito na inicial, devendo *assertionis*, ser demandado aquele contra quem se pretende ver reconhecida uma pretensão abstratamente possível.

O reclamante afirma que sofreu racismo praticado pela colega de trabalho EDILENE DA CONCEIÇÃO, 2ª reclamada, e que, na sequência, ainda foi dispensado de forma discriminatória pela 1ª reclamada, posto ter denunciado o fato e buscado reparação.

Acontece que, nos termos dos artigos 932, inciso III, e 933 do Código Civil, o empregador ou comitente é civilmente responsável por atos ilícitos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho, senão vejamos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Deste modo, revela-se inadequada a pretensão do autor de propor a ação tanto em face da ex-empregadora, quanto da colega de trabalho supostamente responsável pela prática racista.

A opção cabível ao reclamante nesta Justiça do Trabalho é requerer a aplicação do disposto nos artigos supratranscritos

postulando apenas em desfavor da ex-empregadora para que esta exerça, querendo, o seu direito de regresso. Vale lembrar que entre o reclamante e a colega de trabalho sequer houve relação de trabalho, o que afastaria, também, a competência desta especializada.

Desta forma, **acolho** a preliminar de ilegitimidade passiva em relação à 2ª reclamada, que fica excluída da lide, sem prejuízo de sua responsabilização na esfera criminal, declarando-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em relação a sua pessoa.

Por conseguinte, passo a chamar a 1ª reclamada apenas por “reclamada”.

3. DO ÔNUS DA PROVA

O reclamante requereu a inversão do ônus da prova em relação aos pleitos formulados.

O Direito do Trabalho tem regra própria de distribuição do encargo probatório para aferição do ônus da prova, consubstanciado no artigo 818 da CLT, cabendo o ônus a quem alega, observada a carga do autor a prova do fato constitutivo do seu direito e cargo da ré a comprovação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

Eventual inversão do ônus da prova depende do direito específico postulado em casos peculiares relacionados à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, na forma do §1º do artigo 818 da CLT e deve ser analisado caso a caso, a depender do direito a ser provado e não de forma genérica, retirando do autor todo seu encargo processual, como postulado.

Indefere-se.

4. DA DATA DE ADMISSÃO

O Narra o reclamante que foi admitido pela 1ª reclamada em 11/05/2021, para exercer a função de repositor, com remuneração de R\$ 1.231,00, tendo sido dispensado aos 14/08/2021.

A reclamada se contrapõe afirmando que o reclamante foi contratado em

11/05/2021, pela empresa Forte Serviços de Locação de Mão de Obras, sendo transferido e/ou recontratado para a reclamada apenas em 30/05/2021. Juntou documentos e, em particular, o contrato de trabalho entre o reclamante e a referida empresa, com prazo de experiência de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias (ID. fff2696).

Em réplica, alega o reclamante que não há discussão quanto à data do vínculo empregatício, mas sim a condenação das reclamadas em reparação do dano.

Pois bem.

Restou demonstrado que a data de admissão apontada pelo obreiro na inicial de 11/05/2021, foi a data que laborou para a outra empresa informada pela 1ª reclamada, Forte Serviços de Locação de Mão de Obras, conforme se extrai do registro do empregado ao ID. 8113204, do controle de ponto ao ID. b6c7abf, do contrato de trabalho ao ID. fff2696 e do TRCT ao ID. 795ec4e.

Já a contratação do reclamante pela reclamada se deu em 30/05/2021, conforme contrato de trabalho ao ID.7d132d5.

5. DA MODALIDADE CONTRATUAL

Embora o TRCT (id. 4b1d7e) aponte um suposto contrato por prazo determinado com cláusula assecuratória de rescisão antecipada, a verdade é que há nos autos, ao id.7d132d5, um contrato de trabalho entre as partes por prazo indeterminado e outro contrato de experiência a contar do dia 30/05/2021, que, no entanto, foi prorrogado, conforme documento ao .ID. 7d132d5 - Pág. 4, sem data prevista para o seu fim.

Apesar da confusão, considerando que a regra é o contrato por prazo indeterminado e não havendo prova cabal de que o contrato foi celebrado e permaneceu por prazo certo, presumo que na data da sua dispensa, em 14/08/2021, inclusive em face ao princípio da condição mais benéfica, o reclamante possuía vínculo empregatício por prazo indeterminado.

6. DO DANO MORAL – INJÚRIA RACIAL E DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

O reclamante assevera que, aos 12/08/2021, enquanto exercia suas funções

normalmente, foi surpreendido pela atitude da colega de trabalho Edilene da Conceição a qual, propositalmente, molhou seu tênis. Informa que, ao questionar o ocorrido, ela continuou a provocá-lo, com supostas “brincadeiras” inadequadas ao ambiente de trabalho. Informa que contou o ocorrido para a supervisora Ednalva, ocasião em que a mesma apaziguou a situação e não chamou a atenção de Edilene.

Pontua, ainda o reclamante, que Edilene já tinha sido transferida de outro estabelecimento do grupo econômico da 1ª reclamada, e, conforme informações prestadas por outro funcionário, desde então já não tinha um bom relacionamento com seus pares, face ao seu temperamento forte e combativo.

Relata ainda que, após alguns dias, a senhora Edilene da Conceição perguntou pelo reclamante a outro colega de trabalho, chamado Pablo, com os seguintes dizeres: “cadê aquele negro sujo? Cadê aquele negro imundo, aquele Saci Pererê, será se gostou do banho que dei nele?”. Informa o reclamante, outrossim, que após o ocorrido, abalado e choroso, procurou a supervisora, que, no entanto, não tomou quaisquer providências em relação aos atos da funcionária Edilene.

Prossegue o reclamante informando, ao tomar ciência do ocorrido, o seu o genitor foi tirar satisfações com os supervisores sobre o corrido, onde a situação teria se agravado, pois quase chegaram às vias de fato, tendo sido necessário chamar a polícia, que, em seguida, conduziu todos os presentes à delegacia. Informa que, ao retornar ao trabalho, foi sumariamente demitido ao argumento de corte de funcionários, situação que alega ser inverídica, pois, no mesmo dia, a reclamada contratou outra pessoa para seu posto de trabalho.

O trabalhador assevera ter sido vítima de injúria racial, sofrendo humilhação na frente dos seus colegas de trabalho sem receber qualquer assistência por parte dos superiores hierárquicos ou representantes legais da empresa, que permaneceram inertes diante de tais práticas.

Ao contrário, para agravar a situação, na sequência a empresa praticou demissão injusta e abusiva, não apenas do autor, mas de uma testemunha, em virtude terem

denunciado os fatos ocorridos, buscado reparação e se disponibilizado a depor na delegacia.

Diante de tudo isso, o reclamante alegou lesão à sua honra, nos termos do art. 5º da CF/88, e no artigo 140, §º3 do Código Penal, e requereu a condenação da reclamada a pagar indenização por danos morais, equivalente a 80 vezes o valor do seu salário, no importe de R\$ 98.480,00.

Em contrapartida, em sua contestação a reclamada alega que o vínculo empregatício com o reclamante foi conturbado, pois ele vinha causando inúmeras divergências com seus pares, descumprindo ordens dos superiores hierárquicos e intimidando colegas de trabalho, fatos que justificaram, desde 10/07/2021, data pretérita aos fatos relatados na exordial, na solicitação da sua demissão, conforme documento trazido ao ID. 607dabe.

Alega a ré que, mesmo tendo o reclamante tomado ciência da possibilidade de sua demissão imotivada, em 12/08/2021, após a divergência com a excolaboradora Edilene da Conceição, diante do suposto racismo, de forma livre e consciente, formulou pedido de demissão, ID. fbd8ff8.

Acrescenta a reclamada que, após os fatos ocorridos com o reclamante, disponibilizou, de imediato, assistência por psicólogo e advogado, dando todo o suporte ao reclamante, que se demonstrava acessível e, inclusive, continuou trabalhando até o dia 14 de agosto de 2021, mas, no dia 15/08/2021, não mais compareceu na empresa para trabalhar.

Ainda assim, informa a reclamada, que não levou em consideração o pedido de demissão do obreiro e, com intuito de beneficiá-lo, efetuou o TRCT na modalidade término de contrato de experiência, depositando a quantia apurada na conta do reclamante.

Em relação à acusação de injúria racial, ressalta a reclamada que se trata de um episódio isolado, em que dois colaboradores, que já haviam se desentendido antes, no dia 12/08/2021, voltaram a se desentender de forma mais acentuada perante clientes e funcionários, sendo que tanto um, quanto o outro, se agrediram de forma recíproca,

utilizando de palavras indecorosas, desmerecedoras e até racistas. Não obstante, acrescenta a reclamada que o reclamante não fez prova dos danos sofridos.

Traçados os limites da litiscontestatio, passo à sua análise.

Ao alegar 1) prática racista e 2) dispensa discriminatória/abusiva, o reclamante atraiu para si o encargo de comprovar tal assertiva, eis que fatos constitutivos dos direitos postulados (art. 373, inciso I, do CPC c/c art. 818, da CLT),

Para cumprir seu encargo o reclamante colacionou aos autos os depoimentos das partes envolvidas no conflito, colhidos na delegacia (ID. d8bd72c), o boletim de ocorrência (ID.4c2164c), a nota de culpa (ID.cb17ce9), o recibo de entrega de preso (ID. 2a0bfe8), o comprovante de pagamento da fiança (ID.e36edb6), o termo de representação (ID. 68a5320), a conclusão do caso na delegacia (ID. 844dd15), cópia do processo criminal integral (ID. c03eb50), as notícias de repercussão do caso (ID.78db0b0), matéria em site de grande circulação (ID. 0c38849), nota que alega falaciosa da empresa (ID. 30f663b) e o comprovante da vaga de emprego (ID. cac18b5).

Pois bem.

Por discriminação compreende-se distinguir ou diferenciar. Como fenômeno sociológico, a discriminação acontece quando há uma atitude adversa perante uma característica específica e diferente de um ser em particular. Uma pessoa pode ser discriminada por causa da sua raça, do seu gênero, ascendência, etnia, orientação sexual, nacionalidade, religião, situação social, etc.

Quanto a esta prática, o Ministro Carlos Brandão afirmou em uma de suas decisões sobre a dispensa discriminatória: “Não se pode admitir que o ambiente de trabalho seja palco de manifestações de preconceito e que não observe o mínimo exigido para que as pessoas – empregadas ou não – sejam tratadas com respeito próprio de sua dignidade. [...] A utilização de expressões racistas, no meio ambiente de trabalho, é uma prática que deve ser veementemente combatida”.

De fato, a ordem jurídica pátria afirma

que todos são iguais perante a lei e repudia a discriminação e o racismo, cuja presença no local de trabalho e no ato da dispensa implica, sim, em sua ilicitude por exercício abusivo de direito, mesmo que em princípio a resilição unilateral constitua direito potestativo do empregador.

Esse entendimento pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1º, III e IV e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral.

O crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/1989, implica em conduta discriminatória dirigida a um determinado grupo ou coletividade.

Já a injúria racial está prevista no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que estabelece a pena de reclusão de um a três anos e multa, além da pena correspondente à violência, para quem cometê-la. De acordo com o dispositivo, injuriar seria ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor e etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Em geral, o crime de injúria racial está associado ao uso de palavras depreciativas referentes à raça ou cor com a intenção de ofender a honra da vítima. Vejamos o que diz o art. 140 do Código Penal:

Já a injúria racial está prevista no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que estabelece a pena de reclusão de um a três anos e multa, além da pena correspondente à violência, para quem cometê-la. De acordo com o dispositivo, injuriar seria ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor e etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Em geral, o crime de injúria racial está associado ao uso de palavras depreciativas referentes à raça ou cor com a intenção de

ofender a honra da vítima. Vejamos o que diz o art. 140 do Código Penal:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

É ônus da organização empresarial, para evitar tais práticas no ambiente laboral, prevenir e fiscalizar os atos dos seus prepostos, pois estes agem em seu nome, e, por suas ações, responsabilizam a empresa por qualquer prejuízo que venham a causar, conforme previsto no art. 932, III, do Código Civil, supratranscrito.

Restou comprovado no inquérito policial trazido a colação, que realmente a colega de trabalho do reclamante perguntou por ele utilizando os seguintes termos: “cadê aquele negro sujo? Cadê aquele negro imundo, aquele Saci Pererê, será se gostou do banho que dei nele?”

Diante disso, cumpre salientar a coerente conclusão do inquérito policial, após cognição sumária, ao corroborar a injúria racista ocorrida no local de trabalho. Neste sentido, foi emitida nota de culpa e recolhida a empregada indiciada ao estabelecimento prisional com fixação de fiança, como faz prova a cópia do Inquérito Policial trazida ao id. cb17ce9, onde consta a seguinte conclusão:

No dia 12 de agosto de 2021, por volta das 07h:00min, no interior do supermercado VIVENDAS localizado na CL 416, cidade de Santa Maria-DF, a indiciada proferiu xingamentos injuriosos de cunho preconceituoso e discriminatório em desfavor da vítima.

A conduta praticada pela atuada, em tese, amolda-se àquela descrita nos artigo 140 parágrafo 3.º do CPB, motivo pelo qual foi presa e atuada

em flagrante delito como incurso nas penas dos mencionados dispositivos. Ademais, ficou ciente sobre tal imputação por meio de nota de culpa, cujo recibo encontra-se acostado, inclusive de que fora arbitrada fiança no valor de R\$ 1.100,00 (Hum mil e cem reais).”

Ademais, se tais provas já não fossem suficientes, há também o próprio reconhecimento contido na defesa, na qual a reclamada admite que houve, sim, injúria racista praticada em desfavor do reclamante pela colega de trabalho, por cujos atos a empresa deve responder. Desta maneira, independentemente do desenrolar dos acontecimentos, apenas isso já é grave o suficiente para atrair ao reclamante o direito à reparação moral.

Já no tocante à dispensa, ao exame apurado das alegações e das provas, concluiu-se que, embora não tenha ocorrido por preconceito de cor, foi sim, uma dispensa abusiva, senão vejamos.

Em princípio, vale salientar que, embora a rescisão unilateral imotivada seja um direito potestativo do empregador, o ordenamento jurídico reprime a sua prática abusiva. Neste sentido, dispõe o artigo 187 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A respeito da teoria do abuso do direito, leciona João Álvaro Quintiliano Barros in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6944>:

O novo Código Civil faz expressa menção ao abuso de direito ao preceituar que ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’ (art. 187), de tal sorte que, na sistemática atual, a norma civil condena expressamente o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo.

O ato abusivo ensejará responsabilidade civil nas mesmas condições que o ilícito, submetendo-se aos requisitos ou pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: dolo ou culpa, dano e nexos causal' é a lição que nos ensina Heloísa Carpena. Ainda segundo a ilustre promotora 'tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo são fonte do dever de indenizar quando o comportamento do agente seja passível de um juízo de censura. O dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo a boafé, segundo os bons costumes ou segundo a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultem do seu fundamento axiológico'.

(...) Em recente e brilhante monografia sobre responsabilidade civil, Sílvio de Salvo Venosa afirma que 'no exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito' e assim, se ver obrigado a indenizar. Na mesma linha de pensar, Caio Mario da Silva Pereira vaticina que 'não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio'. Explicitando melhor o que seja abuso de direito o insigne jurista diz 'abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem'.

Tendo o reclamante sido dispensado apenas dois dias após o ocorrido, forçoso presumir que isso ocorreu como consequência dos eventos relatados na inicial e defesa.

Mas a empresa tenta afastar o caráter abusivo da dispensa, se apoiando no documento do ID. 607dabe, onde consta solicitação da dispensa do reclamante em 10/07/2021, data anterior aos fatos da inicial, por supostas ameaças a colegas de trabalho, xingamentos e falta de produtividade. A empregadora disse, também, que no dia

do ocorrido, o reclamante teria igualmente ofendido a colega.

Não obstante, nenhuma prova veio aos autos de tais condutas indisciplinadas do reclamante, logo, não merece guarida a pretensão da empresa em tentar fazer crer que o funcionário problemático era o autor. Ademais, o documento apresentado ao ID. 607dabe é unilateral e, portanto, inapto a surtir os efeitos pretendidos.

Na verdade, a postura omissiva da empregadora em relação à injúria racista praticada no ambiente de trabalho tornou-se patente através das declarações prestadas no inquérito policial (sequer impugnadas em juízo), seja pelo Policial Militar condutor dos depoimentos, seja pela própria testemunha Pablo Raphael Rodrigues de Souza Santos, conforme os seguintes trechos de seus depoimentos colhidos em delegacia (id. d8bd72c):

[...] que o declarante percebeu no local que os gerentes da unidade não estavam com intenção de liberar a vítima e testemunha para comparecer até esta DP, tendo o declarante esclarecido sobre a obrigação legal de comparecer até esta unidade, tendo conduzido todos até esta unidade policial [...]

[...] que o funcionário MÁRCIO estava do seu lado no momento dos xingamentos e presenciou os fatos [...] que no local a pessoa de Márcio que presenciou os fatos se negou a comparecer nesta unidade, dizendo que EDILENE não ofendeu DOUGLAS, mas somente se referia a um filme. **Que acredita que MÁRCIO sofreu influência dos superiores para não comparecer nesta unidade.**

É possível aferir, pelos depoimentos supratranscritos, que a reclamada teve uma postura omissiva diante da denúncia de racismo praticada em suas dependências, preferindo esconder os fatos, possivelmente para evitar lidar com o problema e arcar com as suas consequências, minimizando e desprezando, assim, a dor da vítima.

Por outro lado, a testemunha Pablo Raphael Rodrigues de Souza Santos, trazida pela reclamada para prestar depoimento

nos autos da RT nº 0000902- 72.5.10.111, ata colacionada como prova emprestada ao ID. 7c4cb29, revelou-se estranhamente contraditória em juízo.

Enquanto na delegacia ele reconheceu que outro colega, Márcio, também presenciou a injúria racista, na RT 0000902-72.5.10.111 ele afirmou: “[...] que o depoente foi o único colaborador que presenciou a injúria de Edilene contra Douglas; [...]”

Além disso, ante o delegado de polícia, Pablo manifestou sua crença de que a outra testemunha dos fatos sofreu influência dos supervisores para não ir depor na delegacia. Todavia, em juízo, a testemunha patronal, que recebeu recente promoção para o cargo de encarregado, tentou fazer crer que a empresa, ao contrário do que antes informara na delegacia, supostamente teve uma postura exemplar diante dos fatos. Vejamos:

[...] que a gerência, ao tomar conhecimento do fato, providenciou para o reclamante e o Sr. Douglas todo o suporte, mas ele negou; [...] que nega que a empresa, por algum de seus prepostos, tenha dito que quem fosse depor na delegacia seria demitido; que a empresa não proibiu o reclamante de depor na delegacia; que ninguém foi proibido de prestar depoimento; que não recebeu nenhuma orientação de preposto ou representante da reclamada sobre o que deveria dizer neste depoimento [...]

Ora, são notórias as contradições praticadas pela testemunha da empregadora, cujas assertivas em juízo se tornaram inverossímeis, contraditórias e, portanto, não merecedoras de credibilidade.

Resta patente, ao contrário, face aos demais elementos de prova já mencionados, que houve, sim, uma postura omissiva do empregador diante da afronta à dignidade de seu colaborador, em virtude de ser negro e, além disso, uma conduta que visou “abafar o caso”, em vez de levá-lo ao conhecimento das autoridades policiais, culminando com a dispensa daqueles que, contra a sua vontade, buscaram a apuração dos fatos e a punição da responsável.

Na verdade, a política patronal apenas demonstra que o racismo é estrutural no Brasil e está entranhado nas instâncias administrativas e burocráticas dos poderes constituídos, que são majoritariamente comandados por pessoas brancas que dificultam a apuração adequada do crime.

Está claramente provada nos autos a conduta da reclamada em inibir a apuração da injúria racista ocorrida em suas dependências e praticada por preposta sua, por cujos atos deve responder. Por ser a responsável por manter um ambiente de trabalho sadio para todos os seus colaboradores, a empresa, ao contrário disso, deveria ter aplicado penalidade disciplinar à agressora e divulgado sincera nota interna de repúdio ao crime praticado em suas dependências, e não aquela falaciosa juntada ao id. 30f663b.

Invés disso, dois dias após o ocorrido, a atitude da empresa foi a de dispensar sumariamente o colaborador José Ribamar (testemunha) e o reclamante (vítima), ignorando e aumentando a sua dor e o seu sentimento de injustiça. Além disso, a sua própria testemunha na RT 0000902-72.5.10.111, ao depor naquele processo (ata ao id. 7c4cb29), embora informando que a agressora acabou por ser dispensada, deixou claro que na época dos fatos: “ela não recebeu nenhuma penalidade disciplinar em virtude do ocorrido”.

Embora a empresa também sustente as teses de redução de quadro e mal desempenho, é notória a sua intenção retaliativa.

Diante disso, faz sentido a suspeita levantada pelo reclamante, em seu depoimento prestado como testemunha no processo 0000902-72.2021.5.10.111, no sentido de que a empresa não dispensou o colaborador Pablo, apesar de ele ter ido depor na delegacia, concedendo-lhe ao contrário uma promoção, para mantê-lo como sua testemunha em desfavor dos demais, utilizando-o como uma espécie de “álibi” para disfarçar a sua clara intenção punitiva, abusiva e discriminatória ao dispensar o reclamante e a sua testemunha porque preferia que eles se calassem diante da ofensa racista sofrida e testemunhada.

Ademais, a tese patronal de corte de funcionários ensejada pela crise econômica

e sanitária do país e do mundo também não encontra respaldo na aberta oferta de vagas comprovada pela fotografia trazida pelo reclamante ao id.cac18b5.

Por fim, forçoso reconhecer que os atos ilícitos da preposta da reclamada e da própria reclamada ofenderam os direitos da personalidade do autor, como a honra, a autoestima, a saúde e a integridade física, bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física, nos termos do art. 223-C da CLT.

Desta forma, reconheço que a dispensa imotivada do reclamante deu-se de forma culposamente abusiva, o que, juntamente à injúria racista perpetrada por colega de trabalho por cujos atos a empresa responde, atrai para a reclamada o dever de indenizar.

A ofensa culminou na perda do emprego, comprometendo a subsistência pessoal do reclamante e da sua família. Não houve retratação espontânea, nem a prática de esforço efetivo para minimizar a ofensa. A reclamada possui notória capacidade econômica. Não houve publicização da ofensa.

Observados os parâmetros acima, entre atenuantes e majorantes, considero a ofensa de natureza grave, e fixo a indenização por danos morais em R\$ 18.465,00 (dezoito mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais), correspondente a 15 vezes o salário contratual do obreiro, nos termos do art. 223-G, §1º, III, da CLT.

Posto isso, julgo **parcialmente procedente** o pedido.

7. DAS HORAS EXTRAS

Aponta o reclamante que exercia uma jornada de 06h00 às 16h00, com duas horas de descanso, de domingo a domingo, com folga semanal as segundas-feiras e com um domingo de descanso por mês.

Quanto às horas extras, alega a reclamada que o reclamante trabalhava de 12h00 às 21h20min, com duas horas de intervalo intrajornada e uma folga semanal, sendo garantido ao menos um domingo por mês, e, que o labor dos feriados sempre foi pago, em pecúnia no contracheque, sendo as horas extras pagas ou compensadas.

Ressalta que a empregadora adotava o sistema de banco de horas, o que estava de comum acordo com o obreiro e que a jornada era registrada diariamente pelo próprio trabalhador, sendo representada com exatidão (folhas de ponto ao ID. b6c7abf - Pág. 1 e contracheques ao ID. 7c8a874). Esclareceu ainda que a jornada mensal na empresa é calculada do dia 20 ao dia 20 de cada mês.

Pois bem.

Nas folhas de ponto, juntadas pela reclamada ao ID. b6c7abf -Pág. 1, constam registros de horas extraordinárias, bem como nos contracheques ao ID. 7c8a874 demonstram horas extras pagas.

Por outro prisma, tem-se que a reclamante não cumpriu o seu encargo de apontar, ainda que por amostragem, horas extras não pagas, o que atrai a presunção de que quitação foi integral.

Neste sentido a jurisprudência dos tribunais. Vejamos:

HORAS EXTRAS. PROVA. O ônus da prova incumbe às partes na conformidade do art. 818 da CLT c/c art. 333, incisos I e II, do CPC. Em se tratando de horas extraordinárias, cumpre ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, inclusive no referente à pretensão de diferenças em razão do pagamento diminuto, **que devem ser apontadas pelo menos por amostragem, ao balizamento dos controles de horário e recibos de pagamento.** (TRT 10ª Reg. – RO 466/97 – 1ª Turma – Juíza Elaine Vasconcelos Carrano – DJU 19/08/97).

HORAS EXTRAS – DIFERENÇAS NÃO ESPECIFICADAS – Não cabe ao Juízo fazer qualquer levantamento para detectar possíveis diferenças em favor do litigante, pois isto é mister da parte, que pode ser feita mediante amostragem. O reclamante deve discriminar e apontar especificamente as diferenças perseguidas e indicar a sua origem a fim que se verifique a pertinência. Art. 286 do CPC.” (TRT 15ª R. – Proc. 21527/99 – (421/01) – 4ª T – Rel. Juiz Larival Ribeiro da

Silva Filho – DOESP 15.01.2001 – p. 10) Ribeiro da Silva Filho – DOESP 15.01.2001 – p. 10)

Diante disso, outra solução não há senão afastar a pretensão em tela e seus reflexos, bem como as pretensões referente ao DSR, salário-base para fins rescisórios, com integralização das horas extras, apontados na inicial.

Indefere-se.

8. DAS VERBAS RESCISÓRIAS

Alega o reclamante que, ao ser dispensado, a reclamada ficou em débito, no valor de R\$ 2.602,45 (dois mil reais e quarenta e cinco centavos), referente às seguinte verbas rescisórias: a) saldo de salário de 14 dias; b) aviso prévio de 30 dias; c) 13º proporcional 3/12 avos (2021); d) 13º proporcional indenizado 1/12 avos (2021); e) férias proporcionais 3/12 avos + 1/3 (2021) e, f) férias indenizadas + 1/12 avos + 1/3 (2021).

A reclamada impugnou o pedido autoral e defendeu que pagou todas as verbas que o reclamante teria direito.

Todavia, as verbas pagas não condizem com a realidade, já que calculadas com base em contrato a prazo, enquanto deveria prevalecer o contrato por prazo indeterminado, como visto alhures. Logo, faz jus o reclamante às seguintes verbas rescisórias:

a) aviso prévio indenizado de 30 dias;

b) 13º salário proporcional de 2021 (4/12 avos);

c) férias proporcionais (4/12 avos) + 1/3, referente ao ano de 2021;

d) saldo de salário de 14 dias do mês de agosto.

A remuneração para fins rescisórios deve observar o valor de R\$ 1.231,83, conforme CTPS ao ID.7644806.

Em atenção ao princípio da adstrição, as parcelas deferidas estão limitadas às importâncias requeridas na inicial.

Para evitar o enriquecimento ilícito,

deverão ser descontados os valores recebidos pelo obreiro, conforme comprovante ao ID. 9e4f2ca – Pág 3, no valor de R\$ 1.406,11 (mil quatrocentos e seis reais e onze centavos).

9. DO FGTS + MULTA DE 40%

O reclamante aponta a irregularidade dos depósitos fundiários.

De fato, o extrato do id. a8042a8 indica que a 1ª reclamada não recolheu corretamente o FGTS do reclamante, nem a multa de 40%.

Destarte, **condeno a 1ª reclamada a recolher e comprovar nos autos os valores devidos mas não direcionados à conta vinculada durante a relação de emprego, com incidência não apenas sobre a remuneração efetivamente paga, mas, igualmente, sobre as verbas com idêntico cunho deferidas nesta decisão, acrescida a multa de 40%, face dispensa sem justa causa. A reclamada deverá, também, entregar ao reclamante o TRCT no código 01 e a chave de conectividade.**

Importante registrar que o art. 26-A da Lei 8.036/90, incluído pela Lei nº 13.932, de 11/12/2019, assim dispõe:

Art. 26-A. Para fins de apuração e lançamento, considera-se não quitado o valor relativo ao FGTS pago diretamente ao trabalhador, vedada a sua conversão em indenização compensatória.

Dessa maneira, sob pena de assumir o risco de ser cobrada duas vezes pelos mesmos valores, a reclamada deverá cumprir a obrigação de depositar o FGTS na conta vinculada, até o término do prazo que lhe será concedido após o trânsito em julgado.

Todavia, em havendo descumprimento, haverá conversão desta em obrigação de pagar diretamente ao trabalhador, devendo os autos seguir para liquidação de sentença, onde serão apurados os montantes devidos, mês a mês, com remessa de ofício à instituição gestora para fins os fins que entender pertinentes.

A fim de evitar o enriquecimento sem causa, ex vi do art. 884 do CCB, em fase de liquidação devem ser deduzidos os valores

que tenham sido depositados e levantados pelo obreiro, conforme extrato da sua conta vinculada ao id. a8042a8.

10. DA JUSTIÇA GRATUITA

À vista da declaração constante da petição inicial e dos poderes especiais concedidos ao patrono do autor (Id. 0657565), tem-se por atendidos o requisito das Leis 1.060/50 e 5.584/70 e §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT, razão pela qual ao reclamante os benefícios da Justiça Gratuita, sendo **deferem-se** bastante a mera declaração, que tem presunção de veracidade, inexistindo elementos nos autos aptos a contrariar tal presunção.

11. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em se tratando de ação ajuizada após a vigência da Lei nº 13.467/17, condeno o(a) reclamado(a) ao pagamento de honorários ao(à) advogado(a) do(a) reclamante, no importe de 10% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, em face do prescrito nos arts. 791-A da CLT, porquanto sucumbente, em parte, na presente demanda. **Defiro.**

Outrossim, diante da sucumbência recíproca, **condeno** o(a) autor (a) ao pagamento de honorários em favor do(a) advogado(a) do(a) réu(ré), no importe de 5% sobre o valor do proveito econômico obtido, que corresponde à diferença entre o valor da causa e o valor bruto da condenação.

Não obstante, em recente decisão datada de 20/10/2021, o Excelso Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos trazidos pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), em particular o §4º do art. 791-A da CLT, excluindo, assim, a possibilidade de descontar o valor dos honorários devidos dos créditos obtidos em juízo pelo beneficiário da justiça gratuita.

Neste sentido também o verbete 75 deste Egrégio Regional, que assim dispõe:

É inconstitucional a expressão "... desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes suportar a despesa...", do art. 791-A da CLT, devendo ser suspensa a exigibilidade dos honorários advocatícios, assim como afastada a

sua compensação com outros créditos trabalhistas, quando se tratar de parte hipossuficiente (art. 5º, incisos II e LXXIV da CF). Decisão adotada por maioria absoluta do Tribunal Pleno na ArgInc-0000163.15.2019.5.10.0000 para os fins do art. 97 da Constituição Federal.

Diante do posicionamento do Excelso Pretório neste mesmo sentido, este juízo curva-se ao verbete 75 deste Egrégio Regional para determinar que os honorários advocatícios devidos pelo beneficiário da Justiça Gratuita ficarão sob **condição suspensiva de exigibilidade** e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado desta decisão, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Registre-se, por fim, que a redução do percentual deferido ao procurador da reclamada se justifica pela diferença de capacidade econômica de cada parte, evitando-se, assim, sobrecarga excessiva e desproporcional para o(a) reclamante.

12. DOS RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Haverá incidência de contribuições previdenciárias sobre as parcelas deferidas que integrem o salário de contribuição, nos termos do art. 28 da Lei 8.212/91 e da Súmula 368 do TST.

O imposto de renda, quando devido, será deduzido no momento em que, de alguma forma, o crédito se tornar disponível ao reclamante (art. 46 da Lei n. 8.541/92), incidindo sobre as parcelas de natureza salarial, acrescidas de correção monetária, excluindo-se os juros de mora, conforme OJ n. 400 da SBDI-1 do TST.

13. DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Os créditos do reclamante serão atualizados na forma da Súmula 381 do TST, entendendo-se como época própria o mês subsequente ao vencido.

Incidirá o IPCA-E a título de correção

monetária até o ajuizamento da ação e, a partir de então, incidirá a taxa Selic, que engloba a correção monetária e os juros de mora, consoante decidido pelo STF na ACD 58 em 18/12/2020 e, em sede de embargos de declaração, no dia 25/10/2021.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, decido:

a) declarar **extinto o processo, sem julgamento do mérito**, em relação ao pedido de recolhimento de contribuições previdenciárias incidentes sobre remuneração paga no curso do contrato de trabalho, face à incompetência;

b) declarar **extinto o processo, sem julgamento do mérito**, em face da 2ª reclamada, **EDILENE DA CONCEIÇÃO**, em virtude da sua ilegitimidade passiva *ad causam*;

c) julgar **PROCEDENTES EM PARTE** as postulações de **DOUGLAS FERREIRA LUSTOSA** em face da **W.A.L.S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA – EPP** para condenar a 1ª reclamada a cumprir as obrigações de fazer e de pagar ao reclamante os valores deferidos na fundamentação supra, que aqui se integra para os fins de lei.

Defiro a Justiça Gratuita ao reclamante.

Custas processuais, pela 1ª reclamada, no importe de R\$ 460,00 calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 23.000,00.

Honorários sucumbenciais, juros e correção monetária, como previsto na fundamentação.

Liquidação por cálculos.

Incidem juros e correção monetária, na forma da lei e súmulas 200 e 381 do TST.

Deverá ser observada a evolução salarial e a limitação da condenação aos valores liquidados e postulados na exordial, verba a verba, à exceção da correção monetária e juros incidentes a partir do ajuizamento da ação.

Em atendimento ao disposto no art. 832, §3º, da CLT, declaro que têm natureza

salarial as verbas elencadas no artigo 28 da Lei 8.212/91.

Contribuições previdenciárias e fiscais incidentes sobre as parcelas salariais, de acordo com o art. 114, VIII, da CF/88, Lei 10.035/00, Súm. 368/TST e Provimento Geral Consolidado do E. TRT da 10ª Região, observados os limites de isenção e a dedução da cota parte do trabalhador.

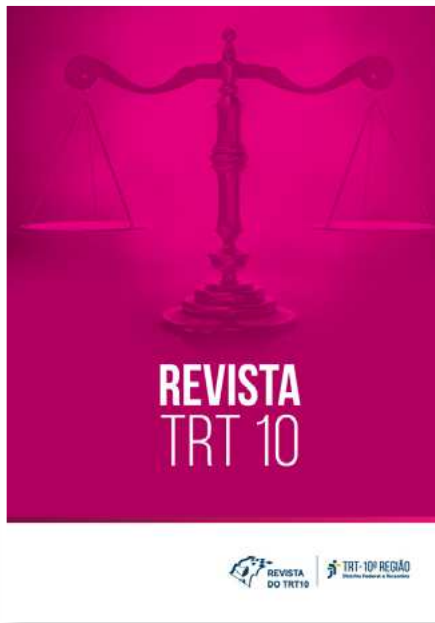
Intimem-se as partes.

E, para constar, foi digitada a presente ata, que vai assinada na forma da lei.

Tamara Gil Kemp

Juíza do Trabalho

BRASILIA/DF, 20 de maio de 2022



Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0000560-85.2021.5.10.0006

Partes:

RECLAMANTE: FERNANDA DE SOUSA GONCALVES

ADVOGADO: ALZES SIQUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR

RECLAMADO: DONA DE CASA SUPERMERCADOS LTDA

ADVOGADO: DANIEL DA COSTA PRIMO BURITY

RECLAMADO: DCA DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO: DANIEL DA COSTA PRIMO BURITY

RECLAMADO: GRS SERVICOS DE ENTREGA RAPIDA EIRELI

ADVOGADO: SABRINA SOARES PIAU

PERITO: VALDIVINO PAULO DOS SANTOS

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

FERNANDA DE SOUSA GONÇALVES ajuizou ação em face de **DONA DE CASA SUPERMERCADOS LTDA E OUTROS**, em que postulou a conversão da penalidade de justa causa para dispensa imotivada, com o conseqüente pagamento das verbas rescisórias devidas; horas extras; adicional de insalubridade; e indenização por danos morais. Juntou documentos. Atribuiu à causa o valor de R\$ 53.091,56.

As duas primeiras reclamadas apresentaram defesa conjunta, com documentos, impugnando os pedidos (Id. d500fac).

Impugnação à defesa (Id. a24e0fb).

Intimada por Edital (Id. 4424b87), a terceira reclamada

apresentou defesa escrita impugnando os pedidos (Id. 5905b89).

Produzida a prova técnica para verificação das condições de trabalho, com a consequente apresentação do Laudo Pericial (Id. 6f6e98d).

Audiência realizada para depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas (Id. 47fa10e).

Sem outras provas a serem produzidas, restou encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Inconciliados.

É o relatório.

II – FUNDAMENTOS

INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

Vigora no processo do trabalho os princípios da **simplicidade da informalidade**, pois a petição inicial trabalhista tem como requisito tão somente “uma breve exposição dos fatos de que resulte o litígio” (art. 840, § 1º, da CLT), o que, no caso dos autos, foi plenamente observado pela parte reclamante.

Por oportuno, constato que os fatos e fundamentos jurídicos estão vinculados ao pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho em razão da falsa imputação de furto atribuída à reclamante. O pedido apresenta-se de forma compreensível, não havendo nenhum prejuízo evidente à elaboração da defesa, tanto que a parte reclamada produziu contestação válida e eficaz, incidindo, portanto, o disposto no art. 794 da CLT.

Ademais, a questão relativa sobre os reflexos do adicional de insalubridade diz respeito ao mérito e será apreciada em momento próprio.

Rejeito.

PRESCRIÇÃO

Arguida a tempo e modo, pronuncio a prescrição quinquenal, relativamente à pretensão de direitos eventualmente devidos e exigíveis, anteriores a 23/07/2016, julgando extinto o processo em relação a tais pedidos, com resolução do mérito (art. 487, II, CPC), ressalvando-se eventual pedido de retificação da CTPS (art. 11, par. ún., CLT); pedidos declaratórios.

MÉRITO

RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE JUSTA CAUSA. APURAÇÃO DAS IRREGULARIDADES. NÃO OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS

Narra a reclamante que foi admitida pela reclamada em 19/01/2015 para exercer a função de repositora/manipuladora de alimentos. Informa que em 07/07/2021 fora chamada ao escritório das reclamadas, sendo-lhe informado que seria o último dia de trabalho, sob a alegação de que por haver “roubado/furtado” uma luva de aço, seria demitida por justa causa.

Segundo a narrativa, a reclamante, antes da demissão – em meados de maio/2021 -, teve conhecimento de que havia desaparecido uma luva de aço, mas nenhuma atitude havia sido tomada pelas reclamadas em relação ao ocorrido, uma vez que não houve nenhuma “sindicância”, à época, para apurar os fatos.

Contudo, relata a autora, que, passados mais de 40 (quarenta) dias após o desaparecimento do item, foi acusada de ter “roubado” a luva de aço.

Informa que, após as acusações, em 07/07/2021, não mais retornou ao local de trabalho e não recebeu as verbas rescisórias devidas.

Alega, nessa esteira, ter havido descumprimento do contrato de trabalho por parte da reclamada, o que

autoriza a rescisão indireta, uma vez que tratada com rigor excessivo.

Requer, como consequência, a condenação da parte reclamada ao pagamento de saldo de salário, aviso prévio, 13º salário proporcional; férias vencidas e proporcionais + 1/3; e 40% sobre os depósitos para o FGTS, além das guias para levantamento dos depósitos fundiários e seguro-desemprego.

As reclamadas apresentaram resistência ao pleito, sustentando que a reclamante praticou falta grave, sendo demitida por justo motivo, por ter cometido ato de improbidade e mau procedimento, após ser flagrada furtando luva de aço. Para comprovar a conduta da empregada, junta aos autos gravação das câmeras de segurança.

Delimitada a controvérsia, passo à análise.

Em relação à dispensa por justo motivo, a lei estabelece razões para o empregador rescindir o contrato de trabalho, chamando-as de justa causa. A tipificação está prevista no art. 482 e alíneas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A teor do disposto no art. 818 da CLT, combinado com o art. 373, II, do CPC, e tendo em conta a presunção de continuidade do contrato de trabalho como princípio informador do Direito do Trabalho, incumbia à parte reclamada o ônus de provar os motivos ensejadores da justa causa aplicada à reclamante, fato impeditivo, de forma inquestionável, sob pena de a rescisão do contrato de trabalho ser considerada sem justa causa e por sua iniciativa. Nesse sentido é a Súmula nº 212 do C. TST.

Por se tratar do grau máximo de punição que pode ser aplicado ao empregado, a doutrina estabelece certos requisitos para a configuração da justa causa, nomeadamente: a) gravidade da falta; b) nexos causal entre a falta e a dispensa; c) atualidade da falta e d) proporcionalidade entre a falta e a punição.

Registro que há, nos autos, comunicação escrita, dirigida à empregada, comunicando a dispensa por

justa causa, indicando que a reclamante havia atraído a hipótese de demissão prevista no art. 482, "a", da CLT.

No caso, a reclamada fundamenta a demissão da reclamante em gravação de vídeo (Id. fc577e5), na qual, supostamente, ocorrera o furto de uma luva de aço, com valor, segundo a defesa, de R\$ 2.000,00 a R\$ 3.000,00, e que a subtração teria ocorrido com o intuito de venda, devido ao valor de mercado do bem supostamente subtraído.

A reclamante alega e a reclamada não contesta o fato de que não foi oportunizado qualquer meio de defesa à reclamante.

Como se vê, o mote para aplicação da demissão por justa causa levou em consideração apenas a gravação de vídeo, no qual a reclamada sustenta ter havido a subtração, pela empregada, de uma luva de aço.

Ora, a prova da justa causa da despedida não dispensa o perfeito esclarecimento do fato desabonador e a ciência do empregado, não se provando somente pelo vídeo apresentado. Sequer merece prosperar a tese patronal de que o suposto furto da luva de aço teria ocorrido com o intuito de venda, devido ao valor de mercado do bem supostamente subtraído (de R\$ 2.000,00 a R\$ 3.000,00), uma vez que o valor de R\$ 2.469,00, como trazido pela reclamada, se refere à caixa com 10 (dez) unidades do produto. Dessa forma, o valor real do bem é em torno de R\$ 246,90.

A prova oral produzida (Id. 47fa10e) favor da tese patronal, senão vejamos.

A reclamante, em depoimento, afirmou que: "lhe falaram que a despedida se deu por justa causa, sob acusação de furto de uma luva de aço; no setor da depoente só havia uma luva de aço para 4 empregados e só quem usava esta luva era o moço que fazia água de coco e suco, tanto que teve dois acidentes de trabalho de ralar e, por isso, não sente a ponta do dedo; lhe falaram que teria escondido a luva nas partes íntimas, que a pior coisa que tem é tirarem o seu valor, dei o suor naquela

empresa, e sair de ladrona, nunca precisei roubar nada (a reclamante começa a chorar, se emocionar, falando enfaticamente); sempre quando precisaram de mim, sempre passei do horário, sempre fiz o meu trabalho, trabalhei lá 6 anos, nunca tive uma advertência, nunca tive uma reclamação, meu trabalho foi perfeito; o Sr. Carlos foi quem falou com a reclamante; foi até "asqueroso"; quando chegou na 2ª-feira para trabalhar, todo mundo na loja já estava sabendo; quando chegou sentiu um "clima pesado", mas não ligou (...); quando foi chamado, o Sr. Carlos disse que estava sendo dispensada porque o motivo era que havia furtado uma luva, a reação foi começar a rir (...) não mostraram as filmagens para a depoente" (...).

A testemunha da reclamante, Wanderson Maciel de Almeida, afirma que: 'trabalhou no mesmo setor em que trabalhava a reclamante, que fazia as mesmas atividades de manipulação de alimentos, cortar verduras frutas; que já sofreu alguns cortes por não usar luva de aço; que a reclamante não usava luva; que sabe que o motivo da demissão da reclamante foi por ter sido acusada de roubar uma luva de aço; que soube por outras pessoas porque não estava mais trabalhando lá, mas fazia pouco tempo que havia saído; que contaram para o depoente; que desconhece algum episódio que desabonasse a conduta da reclamante; que quando entrou ela já trabalhava lá e sempre foi exemplar; foi quem ensinou o depoente o trabalho; que não sabe especificar quando o fato teria ocorrido; que não sabe o motivo de a acusação ter sido feita contra a reclamante; que no setor havia 4 pessoas; que o acesso às luvas de aço era para outro setor e para outras pessoas; que o acesso aos armários era feito por qualquer empregado, todos tinham acesso; que, na saída, era feita a revista nos pertences, que era do conhecimento de todos que havia a gravação das imagens'.

A testemunha da reclamada, Jerusa Pereira de Jesus, afirmou que: 'trabalhou no mesmo setor da reclamante, como encarregada, que exercia as mesmas atividades da reclamante de manipulação de alimentos; que não utilizava luvas de aço para manipulação dos alimentos porque não havia necessidade; que a reclamante também não usava, que só uma pessoa utilizava a luva, fazia processamento de coco, essas coisas; que a luva de aço era colocada no armário por quem

fazia o uso; que foi informada, pelo gerente da loja, que a reclamante havia sido demitida pelo furto da luva de aço; 'ele chamou e informou e eu não tenho conhecimento de nada disso'; que não ouviu comentários sobre a demissão do reclamante; que ouviu e foi perguntar para o gerente o que aconteceu; que não sabe o motivo de a reclamante ter sido acusada; que não sabe dizer se a luva apareceu posteriormente; que a reclamante era tida como uma funcionária responsável; que não havia nenhuma acusação anterior em relação à reclamante; que a depoente era líder do setor, ia nas lojas, orientava; uma vez, duas vezes na semana via a reclamante trabalhando; que não trabalhava direto com a reclamante; que não ficou sabendo que a luva havia sumido; não sabe como a reclamada repôs a luva".

No caso, pelo que se depreende da prova testemunhal, houve o sumiço de uma luva de aço, a qual sequer a reclamante utilizava. No setor em que ela trabalhava, havia mais 3 funcionários, sendo que apenas um utilizava a luva (empregado que manipulava côco), que **não há absolutamente nada** que leve à conclusão de que a luva teria sido furtado e quem seria o autor do suposto furto.

As testemunhas não souberam falar o porquê da acusação se dirigir à reclamante, sendo que trabalhava na empresa há um longo tempo, sendo considerada uma ótima funcionária, sem qualquer fato precedente que pudesse levantar tal suspeita durante os mais de seis anos de trabalho na empresa.

A tese da defesa se centra nas gravações de câmera de segurança, conforme vídeo apresentado (Id. fc577e5). Contudo, não há qualquer indício de que a reclamante tivesse furtado a citada luva e guardado dentro da roupa íntima, como acusada. Não há como vislumbrar, pelas imagens, o alegado pela reclamada: que a autora teria saído e entrado em outra sala, por 4 segundos, e colocado a luva dentro da roupa, saído pela porta e se encaminhado para a vistoria visual de pertences. As alegações defensivas constituem-se em meras suposições, não havendo **qualquer prova** no sentido de que a reclamante tivesse colocado objeto sob a roupa para passar pela revista de pertences.

Da análise dos autos, não é possível concluir ter havido qualquer conduta da reclamante a atrair a hipótese de demissão

por justa causa.

Verifica-se, ainda, que não foi disponibilizada mais nenhuma outra oportunidade para a reclamante se manifestar sobre o vídeo, o que demonstra que não restou facultado à reclamante, antes da tomada da decisão, qualquer oportunidade para se defender das acusações que lhe eram imputadas, até porque se trata de acusação grave de crime (furto).

Assim, a empresa infringiu, também, as garantias constitucionais do devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, bem como a presunção de inocência (art. 5º, LIV, LV e LVII, CF/88).

Dessa forma, resta claro que o enquadramento da demissão por justa causa ocorrera com abuso do poder disciplinar, e consequentemente nula, nos termos do art. 9º da CLT, devendo ser reconhecido que o termo do liame estabelecido entre as partes ocorreu por iniciativa da empregada, de forma indireta, nos termos do art. 483, "e", da CLT, razão pela qual condeno a reclamada a pagar à reclamante todas as verbas rescisórias devidas pela dispensa sem justa causa.

Pelo exposto, **julgo procedente o pedido** para condenar a reclamada ao pagamento das seguintes verbas rescisórias: saldo de salário 7 dias; aviso prévio indenizado (48 dias); 13º salário proporcional (08/12); férias vencidas acrescidas do terço constitucional (19/01/2020 a 19/01/2021); férias proporcionais acrescidas do terço constitucional (08/12); além de 40% sobre a integralidade dos depósitos para o FGTS.

Para o cálculo do pagamento das parcelas deferidas, deverá ser utilizado o valor de R\$1.231,82, conforme indicado no TRCT (Id. 9b5953b).

Meros corolários são, ainda, a retificação da baixa na CTPS com a baixa em 24 de agosto de 2021, com a projeção do aviso prévio indenizado e a entrega das guias CD/SD, TRCT - cód. SJ2 e chave de conectividade social, garantida a indenização substitutiva do seguro-desemprego, caso obstado seu recebimento por culpa exclusivamente patronal, devidamente certificada pelo Ministério do Trabalho.

Deverá a parte reclamante depositar sua CTPS em 5 (cinco) dias após o trânsito

em julgado e intimação para tal, devendo a reclamada proceder à retificação determinada em 5 (cinco) dias da ciência do depósito, sob pena de multa pecuniária diária de R\$ 100,00 (art. 461, § 4º, do CPC), limitada a R\$ 3.000,00. Se, no prazo de 30 dias, a obrigação não for cumprida, realize a anotação a Secretaria da Vara, permanecendo a multa arbitrada, a ser revertida à parte reclamante (art. 39, § 2º, da CLT).

Fica, desde já alertada a reclamada de que, quando da retificação da CTPS da parte reclamante não poderá apor qualquer anotação que identifique se tratar de determinação judicial, sob pena de efeitos indenizatórios a ser apurado em ação própria." (fls. 566/570).

DANOS MORAIS

Narra a reclamante que, diante da acusação de haver furtado uma luva de aço, recebeu a penalidade de demissão por justa causa.

Aduz que trabalhou por mais de 6 (seis) anos, sem nenhuma conduta que a desabonasse, por ser uma ótima e reconhecida funcionária de boa-fé e que cumpria com suas obrigações corretamente.

Alega que teve conhecimento, por seus antigos colegas de trabalho, que o rumor na empresa reclamada era de que teria sido demitida por ter "roubado" uma luva do mercado, ou seja, foi espalhado pelas reclamadas a acusação infundada e inverídica sobre a conduta da reclamante, afetando, assim, sua honra objetiva e subjetiva.

Requer, como consequência, a condenação da parte reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00.

Em sua defesa, a parte reclamada sustenta que não houve qualquer tratamento humilhante ou constrangedor direcionado à reclamante, uma vez que inexistiu acusação, mas tão somente a dispensa da obreira no RH da reclamada.

Ainda, de acordo com a reclamada, não houve qualquer publicidade à situação, nem a exposição da reclamante a outros funcionários.

À análise.

Registre-se que não passa despercebido ser a reclamante uma mulher negra que foi acusada injustamente de um furto, o que demanda sejam utilizados instrumentos hermenêuticos apropriados para o caso, sob um olhar de perspectiva interseccional de gênero.

O Judiciário não pode se afastar do plano concreto das desigualdades estruturais que interferem a vida das pessoas e que se inserem em grupos vulnerabilizados, como as mulheres negras. Também não há como ignorar a existência de outros eixos hermenêuticos para além dos clássicos da ciência jurídica, como aqueles advindos dos densos estudos acadêmicos e de pesquisas de crítica jurídica feminista e antirracista. Estes novos olhares permitem agregar e qualificar a busca por respostas judiciais mais efetivas e adequadas para os atuais desafios sociais na construção de uma sociedade justa, solidária e livre de preconceitos e opressões, valores constitucionais e internacionais aos quais o estado brasileiro se vincula.

Sob esse norte, o CNJ aprovou a Recomendação 128/2022, recomendando a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero no âmbito do Poder Judiciário.

O Protocolo é fruto de estudos desenvolvidos pelo Grupo de Estudo instituído pelo CNJ pela Portaria 27, de 02 de fevereiro de 2021, para colaborar com a implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ ns. 254 e 255, de 4 de setembro de 2018, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Além disso, faz parte do esforço nacional em prol da igualdade de gênero e não discriminação, um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. O grupo de estudos do Protocolo foi formado com a participação de todos os segmentos da Justiça – estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral.

Cito excerto da decisão da Juíza Patrícia Maeda, representante da Justiça do Trabalho no grupo de estudos

que elaborou o Protocolo:

Julgar com uma perspectiva interseccional de gênero implica cumprir a obrigação jurídica constitucional e convencional para realizar o princípio da igualdade, por meio do trabalho jurisdicional para garantir acesso à justiça e remediar as relações assimétricas de poder, situações estruturais de desigualdade, bem como a tomada em consideração à presença de estereótipos discriminatórios de gênero (mas não só) na produção e interpretação normativa e na avaliação de fatos e evidências. A perspectiva de gênero observa os princípios fundantes da República Federativa do Brasil inseridos no Título I da Constituição Federal de 1988, com destaque à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho (art. 1º, III e IV); ao objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação nosso ordenamento jurídico (art. 3º, I, III e IV); além da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Em consonância com essas premissas, o rol de direitos individuais e coletivos não se encerra no texto constitucional, abrangendo também os tratados internacionais, seja com força supralegal (art. 5º, §2º), seja com força constitucional (art. 5º, § 3º)” (Processo 0012359-42.2020.5.15.0097, publicada em 04/02/2022, Juíza Patrícia Maeda).

Reitere-se, ainda, que a perspectiva de gênero tem menção expressa em várias Resoluções do CNJ, como as 254/2018, 255/2018 e 364/2021, além de constar em vários textos internacionais, como na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e na Convenção Interamericana para

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Além disso, oportuno mencionar a disposição da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 07 de setembro de 2021, no Caso Márcia Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil.

Estas são as balizas a serem adotadas neste caso em que há a alegação de assédio moral no ambiente laboral, portanto, de tema que consta no Protocolo tanto na parte de temas transversais, como na parte específica no tocante “à violência e assédio no ambiente do trabalho” contra a mulher (item 4.c).

No caso, diferentemente do alegado na defesa, a própria peça defensiva menciona que a reclamante foi demitida por justa causa após ser flagrada furtando luva de aço.

Ou seja, há acusação dirigida contra a trabalhadora e a acusação é grave, por colocar em cheque a honestidade e sua conduta ética, maculando sua imagem também perante os demais colegas, que ficaram sabendo dessa acusação e passaram a comentar, como consta da prova oral. No entanto, como já delineado anteriormente, a reclamada fundamenta a demissão em gravação na qual não resta caracterizada a conduta da reclamante.

No caso, a honra subjetiva da reclamante foi abalada por meio de acusação grave (furto), a qual ocasionou a demissão por justa causa, atingindo sua esfera moral, devendo a reclamada responder pelo dano experimentado, uma vez comprovado o fato gerador causador do dano.

Não se pode ignorar, no caso concreto, o fato de que a reclamante, como mulher negra, sofre as incidências de marcadores de opressão relacionados ao gênero, raça e classe, naquilo que se denomina como interseccionalidade.

Ao ser acusada injustamente por um crime de furto, esse fato também está inserido dentro da dinâmica do racismo estrutural que permeia a sociedade brasileira, que, conforme ensina Sílvio Almeida, em sua obra *Racismo Estrutural*, o “processo histórico e político,

cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática”.

O caso concreto revela, em alguma medida, a representação de imaginário negativo e fruto de estereótipos racistas relacionados à honestidade de pessoas negras, considerando que pairou sobre ela, sem prova concreta, uma suspeita infundada de furto, ainda que não tivesse a trabalhadora qualquer comportamento anterior que pudesse levantar tal suspeita.

Por outro lado, o dano moral consiste na agressão à dignidade humana, sendo configurado diante da “...dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do” (indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. , Sérgio Cavalieri Filho, 5ª ed., pág. 98). Sua reparação é garantia constitucional, prevista no art. 5º, inciso X, da CF/88, em caso de violação à intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa.

A reparação exige gravidade do dano. Não é direcionada a qualquer sentimento negativo motivado por ato patronal e/ou pelo descumprimento da legislação e das obrigações contratuais. Faz-se necessário que o ato e/ou descumprimento seja grave o suficiente para superar a esfera patrimonial e violar a dignidade da pessoa. O empregador possui o poder diretivo de comando da prestação laboral. Contudo, sua atuação está limitada pelo ordenamento jurídico e, principalmente, por dois pilares fundamentais: a dignidade do trabalhador e a função social de sua atividade econômica.

Nesse contexto, os excessos são ilícitos e resultam em responsabilização civil, quando afetam o patrimônio extrapatrimonial do trabalhador, atingindo sua intimidade, honra e imagem (arts. 5º, V e X, 7º, XXVIII, da CF e 186, 927 do CC).

Nesse sentido, por se tratar o dano moral a afetação psicológica da pessoa, não há necessidade de prova, bastando que se comprove o fato gerador

que pode ter-lhe dado causa. É o que se denomina dano moral *in re ipsa*.

Com relação à fixação da indenização, tendo em vista a ausência de parâmetros objetivos, deve-se levar em conta as circunstâncias dos fatos, a natureza e gravidade do ato ofensivo ante a acusação infundada de furto, o sofrimento da ofendida, o grau de culpa do ofensor e a finalidade da medida, de modo que o valor seja suficiente para recompor a lesão sofrida, evitando o enriquecimento sem causa, mas sem perder de vista a função pedagógica, essencial no objeto da reparação.

Nesses termos, considerando tais parâmetros, julgo o pedido para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por **PROCEDENTE** danos morais no importe de R\$ 15.000,00.

HORAS EXTRAS

Segundo a reclamante, a jornada pactuada era de segunda a sexta, das 08h às 17h, com uma hora de intervalo. Alega, no entanto, que sempre saiu após as 17h40, pois era obrigada pela reclamada a permanecer até tal horário.

Requer, como consequência, o pagamento de 16 (dezesesseis) horas extras mensais.

A parte reclamada refuta as alegações obreiras, sustentando que, como repositora, a reclamante não fazia horas extras, e que, quando houve extrapolação da jornada diária, as horas extras foram devidamente pagas.

À análise.

O trabalho extraordinário é fato constitutivo do direito buscado pelo empregado e deve ser por ele comprovado, na forma do art. 818, I, da CLT, exceto quando ocorrer o descumprimento do art. 74, § 2º, da CLT, caso em que cumprirá ao empregador comprovar a jornada efetivamente laborada.

Compulsando os autos, verifico que a reclamada trouxe os cartões de ponto/controles de frequência relativos a todo período, com registros variáveis e a indicação do intervalo intrajornada, os quais, inclusive,

trazem a assinatura da reclamante.

Consequentemente, o ônus probatório acerca da falsidade das afirmações contidas em tais documentos recai sobre a parte reclamante (art. 818, CLT c/c art. 373, I, CPC), ônus do qual não se desincumbiu.

Isso porque, em audiência, a própria reclamante confessa que registrava corretamente os horários de início e de término da jornada, bem como os horários de intervalo.

Dessa forma, considerando a confissão obreira em relação ao correto registro da jornada de trabalho, julgo o pedido de condenação **improcedente** da reclamada ao pagamento de horas extras na forma como pleiteada.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Postula a reclamante o pagamento do adicional de insalubridade, sob o argumento de que ao exercer a função de manipuladora de alimentos, era obrigada a trabalhar com gelo para manter a temperatura dos alimentos, e, por isso, entrava na câmara fria para retirar gelo, todos os dias, e ficava de 30 a 40 minutos sem a vestimenta adequada (japona).

Alega que o local onde cortava os alimentos possuía temperatura média de 18°C e a reclamada não oferecia EPI, nem assegurava o repouso/intervalo necessário, o que gera o direito ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio (20%).

A reclamada negou o labor em condições insalubres.

Submetida a solução do conflito ao crivo da necessária prova pericial, o ilustre perito concluiu que (Id. 6f6e98d):

Através das informações adquiridas no local periciado, confrontadas com a NR 06 – Equipamento de Proteção e com o Anexo 9 da NR 15 do MTE (Atividades e Operações Insalubres) e pesquisas acerca do assunto, há convicção técnica que a Reclamante, executava atividades tecnicamente consideradas INSALUBRES durante todo o seu pacto laboral com a Reclamada, onde

os limites de tolerância especificados ou parâmetros em norma foram ultrapassados e não foi evidenciado o fornecimento dos EPI's (Equipamentos de Proteção Individual) de forma adequada, havendo, portanto, o enquadramento legal que justifique o adicional de insalubridade de grau médio "20%".

O laudo foi produzido por perito imparcial e da confiança do juízo, confirmado nos esclarecimentos, cujos levantamentos e conclusões presumem-se verdadeiras.

O reclamante apresentou manifestação de concordância com o laudo (Id. 06e0017).

A parte reclamada não apresentou qualquer manifestação ao laudo pericial.

Conquanto o Juízo não esteja adstrito ao laudo pericial realizado (art. 479, CPC/2015), podendo analisar livremente as provas produzidas, de acordo com o seu livre convencimento motivado (art. 371, CPC/2015), não pode dele se afastar quando não infirmado por outros elementos de convicção contundentes nos autos.

Insta ressaltar que, apesar de intimada, a parte reclamada não impugnou o laudo produzido, devendo prevalecer as conclusões apontadas pelo ilustre perito no sentido de que "a Reclamante, executava atividades tecnicamente consideradas INSALUBRES durante todo o seu pacto laboral com a Reclamada, onde os limites de tolerância especificados ou parâmetros em norma foram ultrapassados e não foi evidenciado o fornecimento dos EPI's (Equipamentos de Proteção Individual) de forma adequada, havendo, portanto, o enquadramento legal que justifique o adicional de insalubridade de grau médio "20%".

Pelo exposto, o pedido para condenar a parte **julgo procedente** reclamada no pagamento do adicional de periculosidade no grau médio (20%), durante toda a vigência do contrato de trabalho (período imprescrito).

Embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante nº 4 não permita que o salário-mínimo seja utilizado como fonte diretiva de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de

empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em debate, ser o salário-mínimo utilizado como parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO

Alega a reclamante que fora contratada pela reclamada DCA TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA-ME (DONA DE CASA), com CNPJ 19.539.389/0005-08, e que também prestou serviço à filial – DONA DE CASA SUPERMERCADO, inscrita no CNPJ sob o nº 11.832.478/0008-70, com sede na Setor Sudoeste-DF, as quais são empresas pertencentes ao grupo de Supermercados DONA DE CASA (grupo econômico), que devem responder solidariamente pelas verbas postuladas.

Em relação à terceira reclamada (GRS SERVIÇOS DE ENTREGA RÁPIDA – EIRELI), a reclamante informa que a inclusão no polo passivo da demanda ocorreu em razão de o CNPJ e o nome da empresa constarem no seu contracheque, também possuindo responsabilidade solidária.

Analiso.

A solidariedade não se presume, decorre de lei ou da vontade das partes (art. 265 do Código Civil). A regra é a de que o liame obrigacional se reparte em tantas relações autônomas quantos forem os credores ou devedores. Para que a regra seja afastada, indispensável disposição legal ou contratual. Portanto, a solidariedade pode ser legal ou convencional.

No caso, a solidariedade pretendida é a legal, estabelecida no § 2º do artigo 2º da CLT. O grupo econômico a que se refere a norma em questão define-se como a figura resultante da vinculação que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, ante a existência, entre esses entes, de laços de direção ou coordenação em face das atividades desenvolvidas.

No caso em exame, primeira reclamada, DONA DE CASA SUPERMERCADOS LTDA, informa que possui mão de obra terceirizada em alguns setores de suas lojas, sendo ela a tomadora de serviços em

relação ao contrato de trabalho da obreira que foi firmado com a terceira reclamada (GRS SERVIÇOS). Ainda, de acordo com a defesa apresentada pelas duas primeiras reclamadas, a reclamante fora contratada inicialmente pela DCA DISTRIBUIÇÃO (segunda reclamada), que era uma antiga filial da DONA DE CASA, mas que depois vendeu as suas operações e se tornou uma empresa independente e sem qualquer ligação com a primeira reclamada, e após encerrar os seus laços, a autora foi absorvida nos quadros de funcionários da GRS SERVIÇOS (terceira reclamada), por sucessão.

Ademais, segundo a defesa apresentada, a empresa GRS SERVIÇOS também terceiriza mão de obra para a primeira reclamada, mas não formam grupo econômico, sendo cada uma com os sócios e administrações distintas.

Também sustenta não ter havido entre as empresas a centralização na administração e tampouco qualquer coordenação entre elas, uma vez que apenas firmaram contrato lícito de terceirização.

A terceira reclamada (GRS SERVIÇOS DE ENTREGA RÁPIDA – EIRELI) não nega a existência de grupo econômico.

À análise.

Apesar de as duas primeiras reclamadas sustentarem a existência de contrato de terceirização de mão de obra com a terceira reclamada, não trazem aos autos prova quanto às suas alegações.

Também deve ser registrado que apresentaram defesa conjunta (Id. d500fac). A procuração outorgada ao advogado (Id. 5bd0eaa) indica que, apesar de haver alegação de que a DCA DISTRIBUIÇÃO (segunda reclamada) era uma antiga filial da DONA DE CASA, mas que depois vendeu as suas operações e se tornou uma empresa independente e sem qualquer ligação com a primeira reclamada, as empresas ainda estão interligadas, constituindo grupo econômico.

No caso, a narrativa obreira e o conjunto fático-probatório dos autos comprovam a existência de atuação coordenada das reclamadas, uma vez que se beneficiaram da força de

trabalho da reclamante.

Assim, resta comprovada a atuação coordenada das reclamadas para o desenvolvimento de suas atividades, razão pela qual há que reconhecer que **integram o mesmo grupo econômico, devendo responder solidariamente pelas parcelas objeto da condenação**, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT.

Por tais fundamentos, **reconheço que as reclamadas compõem um mesmo grupo econômico e todas responderão solidariamente pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho do reclamante e pleiteadas na presente ação.**

JUSTIÇA GRATUITA

Preenchidos os requisitos do inciso I da Súmula n. 463 do TST e inexistindo prova que desqualifique a declaração anexada, **defiro** à parte reclamante os benefícios da justiça gratuita.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Considerando os termos do artigo 791-A da CLT, **condeno** a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, no importe de 10% do valor resultante da liquidação do julgado.

Em relação aos honorários devidos pela reclamante em razão da sucumbência parcial, registro que o Plenário do Excelso STF, nos autos da ADI n. 5766, em julgamento realizado na data de 20/10/2021, proferiu a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, **para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, vencidos, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)** em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021” (Sessão

realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

No referido julgamento o STF julgou inconstitucional a obrigação de pagamento de honorários advocatícios e periciais por beneficiário da justiça gratuita no âmbito desta Justiça Especializada, conforme disposto nos artigos 790-B, e § caput 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, prevalecendo o voto do Ministro Alexandre de Moraes no sentido de que não é razoável cobrar do trabalhador hipossuficiente o acesso à Justiça.

Assim, considerando o entendimento firmado pela Suprema Corte e o deferimento da justiça gratuita, fica isenta a parte autora de pagar honorários advocatícios.

HONORÁRIOS PERICIAIS

Em face das disposições previstas no artigo 790-B da CLT, ficarão a cargo da parte reclamada, sucumbente no objeto da perícia realizada, os honorários periciais, ora arbitrados em R\$ 2.500,00, os quais deverão ser corrigidos a partir da data da publicação desta sentença, nos moldes da Orientação Jurisprudencial 198 da SDI-I do TST.

Frise-se que o valor arbitrado condiz com o trabalho técnico realizado pelo perito, o qual exige pessoa qualificada, com habilidades específicas para elucidar a matéria, sendo certo que o mister despendeu minucioso estudo do processo conjugado com as questões fáticas e técnicas pertinentes.

PARÂMETROS DE LIQUIDAÇÃO

Declaro, em atendimento ao art. 832, § 3º, da CLT (com redação da Lei nº 10.035/00), que das parcelas deferidas ostentam natureza indenizatória aquelas que constam do artigo 28, § 9º, da Lei 8.212/91; as demais ostentam natureza salarial.

Sobre estas, incidem descontos previdenciários, na forma da Súmula 368 e OJ 363 da SDI-1, do TST, a cargo da parte ré, que deverá comprová-los no prazo legal.

Quanto aos descontos fiscais, também a cargo da parte ré, com autorização para proceder aos descontos respectivos do crédito da parte autora, serão

calculados mês a mês (regime de competência), na forma prevista no art. 12-A da Lei 7.713/1988 (Incluído pela Lei nº 12.350/2010), na Instrução Normativa nº 1.127/2011 da SRF/MF (alterada pela IN 1.145/2011 da SRF) e no item II da Súmula 368 do TST.

As parcelas deferidas serão corrigidas a partir do vencimento da obrigação, nos termos do artigo 459, parágrafo primeiro, da CLT e da Súmula 381 do C. TST, inclusive os valores relativos ao FGTS (OJ 302 da SBDI-I do C. TST).

Sobre o montante devidamente corrigido incidirão juros de mora, a partir da data de ajuizamento da ação, na forma do artigo 883 da CLT e da Súmula 200/TST.

Para a indenização por danos morais, aplica-se a Súmula 439 do C. TST.

Em consonância ao entendimento firmado pelo Excelso STF, por seu Tribunal Pleno, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 58 e 59, realizado em 18/12/2020 e complementado em 22/10/2021, deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil).

Os juros de mora não integram a base de cálculo do IRPF, segundo interpretação do artigo 404, e parágrafo único, do Código Civil, e *caput* entendimento firmado por intermédio da OJ n. 400 do TST.

Para que não haja controvérsias desnecessárias na fase de liquidação do julgado, registro que o valor atribuído pela parte reclamante a cada um dos pedidos na petição inicial, no caso dos autos, representa mera estimativa, simplesmente para a fixação da alçada, não servindo como limite ao valor efetivamente auferido, após regular procedimento de liquidação de sentença.

Deverão ser deduzidos os valores pagos a idêntico título e comprovados na fase de conhecimento do processo.

III. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, decido:

- pronunciar a prescrição quinquenal, relativamente à pretensão de direitos eventualmente devidos e exigíveis, anteriores a 23/07/2016, julgando extinto o processo em relação a tais pedidos, com resolução do mérito (art. 487, II, CPC), ressaltando-se eventual pedido de retificação da CTPS (art. 11, par. ún., CLT); pedidos declaratórios;

- reverter a justa causa aplicada, reconhecendo-se que o termo do liame estabelecido entre as partes ocorreu por iniciativa da empregada, de forma indireta;

- julgar procedentes em parte os pedidos vindicados por **FERNANDA DE SOUSA GONÇALVES** para condenar **DONA DE CASA SUPERMERCADOS LTDA, DCADISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA E GRS SERVIÇOS DE ENTREGA RÁPIDA EIRELI** solidariamente, nos seguintes direitos e obrigações:

a- saldo de salário 7 dias;

b- aviso prévio indenizado (48 dias);

c- 13º salário proporcional (08/12);

d- férias vencidas acrescidas do terço constitucional (19/01/2020 a 19/01/2021);

e- férias proporcionais acrescidas do terço constitucional (08/12);

f- 40% sobre a integralidade dos depósitos para o FGTS;

g- indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00;

h- adicional de periculosidade no grau médio (20%), durante-toda a vigência do contrato de trabalho (período imprescrito);

i- meros corolários são, ainda, a retificação da baixa na CTPS com a baixa em 24 de agosto de 2021, com a projeção do aviso prévio indenizado e a entrega das guias CD/SD, TRCT - cód. SJ2 e chave de conectividade social, garantida a indenização substitutiva do seguro-desemprego, caso obstado seu recebimento por culpa

exclusivamente patronal, devidamente certificada pelo Ministério do Trabalho. Deverá a parte reclamante depositar sua CTPS em 5 (cinco) dias após o trânsito em julgado e intimação para tal, devendo a reclamada proceder à retificação determinada em 5 (cinco) dias da ciência do depósito, sob pena de multa pecuniária diária de R\$ 100,00 (art. 461, § 4º, do CPC), limitada a R\$ 3.000,00. Se, no prazo de 30 dias, a obrigação não for cumprida, realize a anotação a Secretaria da Vara, permanecendo a multa arbitrada, a ser revertida à parte reclamante (art. 39, § 2º, da CLT);

A parte reclamada deverá pagar honorários advocatícios de sucumbência, no importe de 10% do valor resultante da liquidação do julgado.

Consideram-se julgados improcedentes os demais pedidos e requerimentos da presente reclamatória, bem como rejeitados os demais argumentos não acolhidos na decisão, os quais foram lidos e ponderados, mas se revelaram insuficientes para alterar a conclusão a que chegou este Juízo.

Os créditos deverão ser apurados em regular liquidação de sentença, observando-se todos os parâmetros e cominações constantes da fundamentação que integram este dispositivo para todos os efeitos.

Correção monetária, juros, contribuições previdenciárias, imposto de renda, eventuais compensações e deduções tudo na forma da fundamentação, que integra este dispositivo para todos os efeitos.

O valor atribuído pela parte reclamante a cada um dos pedidos na petição inicial, no caso dos autos, representa mera estimativa, simplesmente para a fixação da alçada, não servindo como limite ao valor efetivamente auferido, após regular procedimento de liquidação de sentença.

Honorários periciais conforme fundamentação.

Concedo os benefícios da gratuidade processual à parte autora, nos termos do art. 790, §3º, CLT, Lei 5.584/70 e da Lei 1.060/50.

Defiro a dedução de valores quitados a idêntico título de verbas julgadas procedentes

nesta decisão, conforme fundamentação.

Custas, pelas reclamadas, no valor de R\$ 800,00, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação, ora fixado em R\$ 40.000,00.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

BRASILIA/DF, 30 de agosto de 2022.

MARIA JOSE RIGOTTI BORGES
Juíza do Trabalho Substituta

