

DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO: PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS E MECANISMOS DE COMBATE

Márcia Kazenoh Bruginski

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da Igualdade e Não Discriminação; 3. Notas sobre as Práticas Discriminatórias nas Relações de Trabalho; 4. Mecanismos de Combate à Discriminação; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

As práticas discriminatórias representam uma das questões mais discutidas no universo laboral, isso porque, o cotidiano do Poder Judiciário tem revelado uma infeliz recorrência de ações noticiando a prática pelo empregador de atos arbitrários, com claro conteúdo discriminatório em relação ao obreiro.

Verifica-se que o fundamento norteador das petições iniciais e das decisões proferidas é o princípio da igualdade previsto na nossa Lei Maior e é justamente a partir dele que se detectam as distinções injustificadas perpetradas pelo empregador, tanto na fase pré-contratual, como no transcurso do contrato ou no momento da ruptura do vínculo jurídico, em flagrante violação aos direitos

fundamentais do empregado.

Ganham destaque, portanto, os mecanismos de combate à disposição do trabalhador, especialmente a Lei 9.029/95, a Súmula 443 do C. TST e os dispositivos legais embasadores das indenizações por danos morais, nomeadamente, artigo 5º, X da CF/88 e artigos 186, 187 e 927 do CC/2002.

Pelo exposto, esclarece-se que o presente estudo visa analisar o princípio constitucional da igualdade, algumas das formas de discriminar nos pactos laborais e os instrumentos legais punitivos e reparadores dos atos discriminatórios praticados pelo empregador.

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

Estampado na Constituição Federal de 1988, o princípio isonômico, também chamado como preceito da não discriminação, encontra suporte no texto do *caput* e inciso I do art. 5º da CF, o qual se traduz em não diferenciar pessoas na mesma situação fática e jurídica, vedando deste modo, a diferenciação injustificada.



Márcia Kazenoh Bruginski

Formada em Direito pelas Faculdades Integradas Curitiba (atual Unicuritiba – Centro Universitário Curitiba), com pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Portuguesa, especialização conducente ao mestrado e mestre em Ciências Jurídicas/Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Lisboa (2006). Professora de Direito do Trabalho e Chefe do Departamento de Direito Privado na UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros (2012, p. 889), explica que a palavra discriminação do ponto de vista etimológico significa “o caráter infundado de uma distinção”, exatamente o que se extrai da Convenção 111 da OIT¹, ao trazer expressa autorização para o empregador proceder com distinções, exclusões ou preferências, desde que o emprego exija qualificações diferenciadas.

Assim, explica Daniele Lucy Lopes de Sehli (2002, p. 97), que em verdade a regra da não discriminação constitui o aspecto negativo do princípio da igualdade. Ou seja, enquanto o último cria o dever de agir de certa forma, o princípio da não-discriminação “assume uma ideia proibitiva, no que tange à diferenciação de fatos típicos iguais, desde que não exista uma razão lógica para esse tratamento desigual.”

No aspecto trabalhista, o mandamento constitucional de tratamento igualitário para situações iguais ganha ênfase especial, pois partindo da inequívoca desigualdade estrutural na relação entre empregado e empregador e respeitando a necessidade de ser ter meios de compensação dessa desigualdade, o desafio de se dar efetividade aos direitos fundamentais, dentre eles, o preceito isonômico constitucional é ainda maior.

Como bem elucidam Adriana Campagnoli, Chayene Oliveira e Silvana Mandalozzo (2012, p. 33), em artigo que trata do tema da discriminação para o empregado portador do vírus HIV, o princípio da não

discriminação é mais forte sob a ótica do Direito do Trabalho, visto que, “o Direito do Trabalho é caracterizado pelo embate em prol da concretização da igualdade entre homens e da proteção do trabalhador, haja vista seu *status* de hipossuficiência.”

E é neste diapasão que ao apreciar determinado processo trabalhista de empregados que ajuizaram reclamações trabalhistas, o Tribunal Regional do Trabalho da Bahia buscou evidenciar a importância do direito fundamental à igualdade como elemento compensador da disparidade entre empregado e empregador, conforme se observa do trecho abaixo transcrito:

“...Com efeito, a conduta perpetrada deixa clara a discriminação procedida. É preciso dizer que a matéria é muito cara ao Direito do Trabalho, pois o tema da igualdade e não-discriminação se encontra na sua origem, eis que surge historicamente como elemento compensador das desigualdades reais existentes entre empregados e empregadores nas relações de trabalho, assente na ideia de que o desequilíbrio estrutural que vige na relação trabalhista mostra o ambiente propício e que naturalmente já pode ensejar arbitrariedades que, quando aliada a um fator discriminatório torna-se mais violenta. (TRT 5ª R.; RecOrd 0002327-64.2013.5.05.0561; Primeira Turma; Relª Desª Margareth Rodrigues Costa; DEJTBA 02/06/2015)

Assim e com o fito de amenizar o desequilíbrio entre empregado e empregador, o princípio isonômico na seara trabalhista impede que o empregador proceda com tratamento diferenciado desfavorável baseado em motivo

1 “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.” Disponível em < <http://www.oit.org.br/node/472>>, Acesso em 28/06/2015

desarrazoado em face dos seus empregados.

Pode o empregador, contudo, utilizar critérios diferenciadores caso o cargo a ser ocupado assim o exija, por exemplo, pode o ente patronal invocar o artigo 390 da CLT, que impede a contratação de mulheres para prestar serviços em atividades que demande o emprego de força física superior a 20 quilos para o trabalho contínuo.

Ainda, o princípio isonômico deve ser observado durante todo o contrato de trabalho, desde a admissão do trabalhador até o momento da extinção do pacto laboral, posto que o procedimento patronal de preferir, preterir ou empregado por razões destituídas de legitimidade jurídica configura conduta discriminatória em todas as fases contratuais, embora Daniele Lucy Lopes de Sehli (2002, p. 101) alerte que “ao contrário do que ocorre nas fases pré-contratual e contratual propriamente dita, na dispensa da relação empregatícia é muito mais difícil visualizar o empregado como alvo de perseguição do empregador.”

3. NOTAS SOBRE AS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Lei 9.029/95 proíbe qualquer prática discriminatória quanto a admissão, manutenção ou rompimento do vínculo laboral, por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

O primeiro modo vedado pela lei supra referida é a discriminação por sexo. Neste contexto, tem-se a trabalhadora mulher, que lutou e ainda luta contra o preconceito em face do trabalho do sexo masculino. De acordo com Alice Monteiro de Barros (2012, p.

899), o tratamento diferenciado dispensado a mulher advem muitas vezes de uma presumida inferioridade.

No mesmo diapasão, noticiase hoje, com certa frequência, também o tratamento patronal desigual injustificado de cunho homofóbico. É o que ilustra o acórdão 2014/0646552 da 4ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de relatoria do Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Transcreve-se:

HOMOFOBIA. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Para efeito de cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado, vez que se trata de questão estritamente relacionada à sua intimidade. [...] O epíteto de “sapatona” utilizado à míude por preposta da demandada, é expressão chula de cunho moral e depreciativo que, nas circunstâncias, constitui grave atentado à dignidade da trabalhadora, pelo alto grau de ofensividade e execração moral, agravada por ser proferida diante do corpo funcional. Independentemente da opção sexual da autora, que só a ela diz respeito posto que adstrita à esfera da sua liberdade, privacidade ou intimidade, a prática revela retrógrada e repugnante forma de discriminação, qual seja, o preconceito quanto à orientação sexual do ser humano. A histeria homofóbica e a hipocrisia explicam o incipiente estágio de conquistas na esfera legislativa e a demora na efetivação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: A dignidade do ser humano, independentemente da forma como cada um expresse a sua sexualidade. O Judiciário tem se

posicionado de forma vanguardista contra o conservadorismo e a ortodoxia, ao assegurar igualdade substantiva ao segmento perseguido e hostilizado que assume orientação sexual diversa do “padrão modelar”, garantindo o direito à convivência, à formação da família e à união civil homoafetiva, cumprindo a promessa constitucional de igualdade e de organização da sociedade com vistas à felicidade. [...]”. (TRT 2ª R.; RO 0001061-20.2013.5.02.0078; Ac. 2014/0646552; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Ricardo Artur Costa e Trigueiros; DJESP 15/08/2014)

Note-se que o julgado acima traça valiosos ensinamentos contrários aos atos patronais que extrapolam o limite do *jus variandi* e violam os direitos fundamentais do empregado humilhado pela sua opção sexual.

Outra modalidade de discriminação proibida pela Lei 9.029/95 respeita a idade, aparecendo com maior destaque em relação aos idosos. É a discriminação chamada de etária.

De acordo com Emmanuel Teófilo Furtado (2004, p. 197), um exemplo de prática discriminatória para limitar o ingresso no emprego de trabalhador de idade avançada é a aplicação de teste mais rigoroso no processo seletivo em comparação ao candidato mais jovem. De qualquer sorte, o tratamento desigual e injustificado pode se dar também no desenrolar do contrato ou na ruptura contratual, como se vê da jurisprudência abaixo que aborda a situação fática de um professor que pela idade avançada sofreu redução de carga horária, havendo repasse das classes a outro docente mais novo e recém contratado,

conforme segue:

DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA. PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA NO PERÍODO QUE ANTECEDEU À APOSENTADORIA. ATRIBUIÇÃO DAS CLASSES A PROFESSOR MAIS NOVO, RECÉM CONTRATADO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. A redução da carga horária de professor mais idoso, praticada no período que antecedeu a sua aposentadoria, com atribuição das classes a outro professor, mais novo e recém contratado, caracteriza atitude discriminatória pela idade, ensejadora de direito à indenização por danos morais. Toda a discriminação é odiosa. A discriminação dirigida contra um profissional com vários anos de serviço, em razão da idade, desprezando tanto sua experiência, quanto os serviços que prestou, é agravada pela ingratidão, que aumenta a sensação de injustiça e de ser apenas uma peça descartável da produção. (TRT 12ª R.; RO 0003623-53.2011.5.12.0026; Quinta Câmara; Rel. Juiz José Ernesto Manzi; DOESC 01/07/2013)

É igualmente vedada a discriminação por cor e embora o Brasil conte com “uma plêitide de cores”, como negros, caboclos, mulatos, morenos, amarelos, claros, brancos etc, é o negro a maior vítima de segregação, pois acabou se criando no nosso país um “verdadeiro anátema, jugindo-se à má sorte, a agouros e malignidades”, utilizando-se inclusive de expressões com conotação negativa, como “a situação está preta” (FURTADO, 2004, p. 217).

Em janeiro de 2015, uma notícia intitulada “Mercado ainda reflete preconceitos contra mulheres, pretos e pardos, revelam

dados do IBGE², publicado no Portal Brasil, evidencia a disparidade no mercado de trabalho entre brancos e negros, posto que os trabalhadores de cor preta ou parda ganhavam, em média, em 2014, 58,0% do rendimento recebido pelos trabalhadores de cor branca. Como se pode ver, há um longo caminho a ser trilhado para diminuir a imensa diferença entre negros e brancos.

E é ainda mais grave a situação da mulher negra, pois além do preconceito de gênero, enfrenta também a discriminação racial. Luciane Maria Trippia e Eduardo Milleo Baracat (2014, p. 35) assinalam que “milhares de negros, especialmente mulheres, estão à margem do mercado de trabalho, nas piores atividades, e, a maioria, até na informalidade”.

Mas para além do que expressamente consta da Lei 9.029/95 e sem a pretensão de esgotar todas as hipóteses de discriminação no contexto trabalhista, há várias outras situações trazidas pelos julgados trabalhistas.

Antes de mais nada, convém registrar que a expressão “qualquer”³ trazida pelo artigo 1º da Lei 9.029/95 reflete a clara intenção do legislador de aplicar referida do mesmo modo a outros atos discriminatórios, tal como o caso de demissão de empregado doente e também do portador do vírus HIV, cuja despedida é

presumida discriminatória.

A jurisprudência⁴ também notícia com frequência a discriminação do trabalhador deficiente, sendo que alguns fatores contribuem para o problema da inserção e manutenção do mesmo no mercado de trabalho, tal como a inadaptação física do local de trabalho às necessidades do trabalhador, a inexperiência dos empregados na convivência com pessoas deficientes e a limitada educação e profissionalização da maioria dos trabalhadores deficientes (FURTADO, 2004, p. 233). Vale lembrar ainda que, com manifesto intuito inclusivo, a Lei 8.213/91 estabelece cotas para contratação de trabalhadores deficientes.

E para além do que já foi dito, tem-se ainda como conduta discriminatória a vedação de exigência pelo empregador de certidões de órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA) ou de antecedentes criminais para fins de admissão no emprego⁵, salvo quando justificado o exercício da atividade profissional, como na vigilância armada (Lei no 7.102/1982, art. 16, VI). Acrescente-se, do mesmo modo, a diferenciação injustificada em matéria remuneratória (artigo 461 da CLT e Convenção 100 da OIT), as demissões em

2 Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/01/mercado-ainda-reflete-preconceitos-contra-mulheres-pretos-e-pardos-revelam-dados-do-ibge>>, Acesso em 22/06/2015

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

4 Cita-se como exemplos os seguintes julgados: TRT da 7ª R.; RO 0000648-37.2012.5.07.0002; Terceira Turma; Rel. Des. Plauto Carneiro Porto; TRT 12ª R.; RO 0004554-12.2013.5.12.0018; Primeira Câmara; Rel. Juiz Garibaldi T. P. Ferreira; DOESC 19/02/2015)DEJTCE 05/12/2013; Pág. 17; TRT-PR-03377-2001-011-09-00-4-ACO-00970-2005; Rel. Des. Jose Aparecido dos Santos; DJPR 21/01/2005;

5 Neste sentido os seguintes julgados: TRT 4ª R.; RO 0000462-26.2012.5.04.0801; Terceira Turma; Rel. Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa; DEJTRS 14/05/2015; Pág. 129 e TRT 13ª R.; RO 0235300-73.2013.5.13.0009; Primeira Turma; Rel. Des. Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julg. 19/05/2015; DEJTPB 25/05/2015; Pág. 1

decorrência do exercício do direito de ação⁶, discriminação por questão religiosa ou opção política, dentre outras ocorrências tratadas pelas jurisprudências trabalhistas.

Por fim, como bem menciona Estêvão Mallet (2010, p. 31) e em decorrência dos avanços científicos, surgiu a discriminação genética. Neste caso, é possível “a partir de exame de DNA, antecipar a tendência de certas pessoas para o desenvolvimento de algumas doenças”, podendo tais dados serem usados, por exemplo, como óbice a uma vaga de trabalho.

4. MECANISMOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

O direito brasileiro dá ao empregador o poder, de natureza potestativa, de demitir o empregado sem justo motivo, desde que evidentemente não adote conduta discriminatória. Assim, ainda que o empregador através do seu poder diretivo possa administrar da melhor forma o seu empreendimento, demitindo sem justa causa o empregado, não pode, de outro lado, praticar atos motivados por fatores de discriminação.

Diante do que, os meios legais que coíbem, punem ou estabelecem reparações para quem sofreu tratamento desigual injustificado vinculado a relação de trabalho possuem especial destaque no Direito do Trabalho.

Nesta perspectiva, a Constituição Federal de 1988 traz em seu teor vários artigos com conteúdo de proteção antidiscriminatória,

destacando-se os artigos 3º, IV, 5º, *caput* e 7º XXX e XXXI.

De início, o artigo 3º, IV estabelece ser um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No mesmos moldes, o artigo 5º, *caput*, já antes referido, afasta a discriminação ao preceituar a regra da igualdade como direito fundamental, reafirmando o mandamento de tratamento igualitário para todos no seu inciso I ao dispor que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*” Derradeiramente, os incisos XXX e XXXI do artigo 7º vedam tratamento diferenciado no tocante à salários, funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como, protegem o trabalhador com deficiência, impedindo tratamento desigual referente a salário e critérios de admissão.

No enfoque infraconstitucional, é possível apontar os artigos 373-A, 460 e 461 da CLT e especialmente a Lei 9.029/95, que considera crime:

- I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
- II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;
 - a) indução ou instigamento à esterilização genética;
 - b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

6 Cita-se como exemplo: TRT 5ª R.; RecOrd 0002338-93.2013.5.05.0561; Quinta Turma; Relª Desª Maria Adna Aguiar do Nascimento; DEJTBA 11/05/2015)

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Além da sanção criminal, a norma mencionada estatui mecanismos de natureza civil e trabalhista. O artigo 3º da Lei 9.029/95 estabelece multa administrativa para o empregador que discriminar o empregado, bem como, proibição de obtenção de empréstimo ou financiamento junto a instituições bancárias. Já o artigo 4º faculta ao empregado, vítima do rompimento do contrato de trabalho por motivo discriminatório, optar entre a reintegração e a indenização em dobro da remuneração do período de afastamento (art. 4º, I e II).

Isto posto, se o ato discriminatório ocorrer na ruptura contratual, como visto, o trabalhador poderá ser reintegrado ou indenizado, mas e se a discriminação ocorrer na admissão? Marcio Túlio Viana (2000, p. 367) esclarece que o empregado pode vir a ser indenizado dos prejuízos materiais que vier a sofrer, como por exemplo, tratando-se de único candidato, deduz que será contratado e dispensa outra oferta de emprego, como conjuntamente pleitear reparação por danos morais.

Especificamente no caso de empregado com moléstia grave ou portador do vírus HIV, a Súmula 443 do C. TST estabelece uma presunção favorável ao obreiro, invertendo assim o ônus da prova (artigos 818 da CLT e 333, I do CPC). Com efeito, nos termos do entendimento sumular, presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito.

A razão da inversão probatória é bem explicada por Aline Carbeiro Magalhães e

Cybele Rennó Leite (2014, p. 71):

“a inversão do ônus da prova é técnica que promove o citado princípio da igualdade, na medida em que leva em consideração as desigualdades materiais existentes entre empregado e empregador no que tange à capacidade de produzir provas.”

De tal modo que o empregador fica com o encargo de produzir uma prova negativa visando demonstrar que a dispensa ocorreu dentro dos limites do *jus variandi*, ou seja, sem carga discriminatória e caso ele não se desincumba do ônus, o empregado terá direito a reintegração no emprego.

O aresto abaixo corporifica com precisão a aplicação da Súmula 443 do TST:

RECURSO ORDINÁRIO. DOENÇA GRAVE. ARTIGO 186, § 1º, DA LEI Nº 8.112/90. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. REINTEGRAÇÃO. CABIMENTO. O ordenamento jurídico brasileiro, como um todo, repele intensamente atitudes discriminatórias contra trabalhadores, mercê dos Princípios Sociais, da Valorização da Pessoa Humana, da Proteção ao Hipossuficiente, da Dignidade do Trabalhador, dentre outros, que aqui vigoram. Seguindo esse diapasão, a jurisprudência pátria cristalizou o entendimento de que se presume discriminatória e, portanto, inválida a dispensa sem justa causa de empregado portador de HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, o que lhe confere o direito à reintegração no emprego (Súm. 443/TST), salvo se comprovada, cabalmente, a motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira, que,

no caso, sequer foi alegada. Recurso do autor provido, no ponto. (TRT 6ª R.; Rec. 0000230-83.2013.5.06.0005; Terceira Turma; Rel. Des. Valdir José Silva de Carvalho; Julg. 03/11/2014; DOEPE 10/11/2014)

Sublinhe-se que a presunção referida exige que o empregador tenha conhecimento da doença, até porque, impossível presumir ato discriminatório decorrente de estigma e preconceito sobre algo que nem se conhece⁷.

Diante do que, torna-se patente que a Súmula 443 do TST aponta na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tiver ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e quando não restar demonstrado que o ato patronal decorreu de outra causa, como fator de cunho econômico, técnico, administrativo ou financeiro.

Acrescente-se ainda que, seja na hipótese de doença grave ou no caso de empregado com o vírus HIV, além da reintegração prevista no entendimento sumular referido, o obreiro está autorizado a pleitear indenização por danos morais, conforme se demonstra através do seguinte aresto:

DANO MORAL. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. 1. Nos termos da Súm. 443 do TST presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito.

7 É o estabelecido no seguinte julgado: TRT 9ª R.; RO 06311/2013-020-09-00.0; Sétima Turma; Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes; DEJTPR 22/08/2014. Repositório autorizado do STF nº 41/2009, do STJ nº 67/2008 e do TST nº 35/2009.

2. Não comprovado o motivo da despedida da autora, presume-se verdadeira a tese da inicial quanto à dispensa discriminatória em razão de ser portadora de doença grave (cardiopatia - forâmen oval patente de alto risco). 3. Abuso do direito diretivo empresarial evidenciado, na forma do art. 187 do Código Civil. 4. Conduta empresarial que afronta o disposto no art. 1º da Convenção 111 da OIT, bem como os princípios que emanam da Recomendação 200 da OIT. 5. Indenização por danos morais devida pela prática de ato ilícito configurado mediante violação dos direitos à intimidade e à vida privada, insculpidos no art. 5º, V e X, da Constituição da República. ILÍCITO ATENTATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS. COMUNICAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. A conduta discriminatória de pessoa portadora de doença grave viola o direito à não discriminação, sendo cabível a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, para as providências na persecução da tutela coletiva devida, na forma do art. 7º da Lei nº 7347/85. (TRT 4ª R.; RO 0021261-25.2014.5.04.0024; Rel. Des. Marcelo José Ferlin D'Ambroso; DEJTRS 17/06/2015; Pág. 65) (sem grifos no original)

Esclareça-se que na fase pré-contratual e por aplicação analógica da Lei 9.029/95, é ofensora da intimidade e dignidade do trabalhador e por consequência ao princípio da igualdade, a exigência de teste de HIV para fins de comprovação da AIDS, sendo possível quando requisito para o exercício da função, como médico, enfermeiro, laborista etc. (ALVARENGA, 2014, p. 12-13).

Ainda, inclui-se a dependência química nos termos da Súmula 443 do TST e assim, a dispensa sem comprovação de uma justa causa faz presumir que a ruptura decorreu de ato discriminatório, ensejando-se a nulidade do ato patronal e o direito à reintegração no emprego, conforme segue:

“[...] é fato incontrovertido nos autos que o reclamante foi diagnosticado como dependente químico, sendo portador de transtornos mentais e comportamentais. Tendo em vista que a reclamada tinha conhecimento do quadro médico obreiro, cuja moléstia suscita estigma ou preconceito, presume-se ter sido a ruptura do contrato com intuito puramente discriminatório, consoante inteligência da Súmula nº 443 do C. TST, sendo devida a reintegração no emprego, tal como fixado pela Instância de origem, com amparo em toda a normatização de regência suso ventilada. In fine, não é de somenos importância destacar que o trabalho, com sua alta carga de valor social e dignificante do ser humano, integra o plexo de métodos de tratamento do dependente químico, constituindo importante fator de reinserção social e catalizador da sua recuperação. Daí decorre a imperiosa cooperação empresarial em tal mister, devendo cumprir sua função social na recuperação do trabalhador. Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso empresarial no item.” (TRT 2ª R.; RO 0000593-12.2013.5.02.0319; Ac. 2014/1025462; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Maria Isabel Cueva Moraes; DJESP 28/11/2014)

Por fim, os artigos 186, 187 e 927 do CC/2002 e o artigo 5º, X da CF/88 embasam

as indenizações por danos morais decorrentes de práticas discriminatórias. De tal sorte que provado que o trabalhador sofreu transtornos de ordem moral por tratamento discriminatório, a prova do dano é dispensável, conforme se verifica da seguinte decisão do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

“[...] Consuma-se o dano moral quando o ser humano é ofendido intimamente, sem que haja prejuízo patrimonial. No dano moral há ofensa a bens imateriais, inerentes à personalidade, como a honra, dignidade, intimidade, imagem e reputação (artigos 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal). Para efeitos de danos morais, consoante entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência não é preciso provar que a vítima se sentiu ofendida, magoada, desonrada com a conduta do agente. O dano moral dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade, tem presunção absoluta. Provada a existência do fato ilícito, ensejador do constrangimento, mostra-se devido o ressarcimento civil por dano moral, nos moldes do art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; assim como à luz do art. 927 do CC/02: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Na espécie, a reclamada cometeu fraude trabalhista no curso do contrato de trabalho, mediante a não formalização do vínculo empregatício no período correto, bem assim cometimento de funesta discriminação em matéria salarial, ao negar identidade remuneratória entre seus empregados. Todos esses

fatos constituem grave atentado não só ao estuário normativo celetista, mas também à ordem constitucional-trabalhista, consubstanciada na dignidade da pessoa do trabalhador, valorização do trabalho humano, função social da propriedade empresarial e não discriminação em matéria salarial (arts. 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º, XXIII; 7º, caput e inc. XXX; 170, caput e incisos III, VII e VIII; e 193, todos da CRFB), atingindo a honra e a dignidade do trabalhador, isto é, os direitos da personalidade (art. 5º, V e X, da CRFB), caracterizando-se, portanto, como ato ilícito (art. 186 do CC), gerador do dever de indenizar os danos morais impingidos ao reclamante (art. 927 do CC c/c o art. 8º da CLT). Vale ressaltar que, considerando que o emprego e a isonomia salarial são uns dos maiores bens jurídicos do trabalhador, a sua negativa fere de morte a sua dignidade, abalando sua autoestima, repercutindo negativamente nas relações profissionais, sociais e familiares. Assim sendo, dá-se provimento ao apelo neste particular para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais perpetrados ao recorrente. (TRT 2ª R.; RO 0000146-60.2014.5.02.0037; Ac. 2014/0940604; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Maria Isabel Cueva Moraes; DJESP 31/10/2014)

Logo e considerando que muitas vezes o exercício regular do poder potestativo do empregador pode, em verdade, refletir abuso de direito, por conter, na prática, discriminação por sexo, raça, idade, gênero, estado civil, entre outros, os mecanismos que o trabalhador possui têm função protetiva, reparatória, punitiva e pedagógica, funcionando sobretudo

como desestímulo a novas agressões aos direitos fundamentais dos trabalhadores, nomeadamente, o direito à igualdade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi o de analisar o princípio constitucional isonômico no Direito do Trabalho, vinculando-o com o tema discriminação e alguns dos modos de sua concretização, bem como, estudar as medidas que o empregado discriminado tem aos eu dispor caso seja vítima de ato discriminatório por parte do ente patronal.

Desta feita, o princípio da igualdade ou não discriminação prevê a impossibilidade de tratamento desigual por motivo desarrazoado. Assim e nos moldes abordados, o empregador pode estabelecer distinções, casos justifique em critérios objetivos.

Mas não raras vezes o ato patronal reflete conteúdo discriminatório, seja por sexo, raça, situação familiar, saúde etc, e nestas situações, as disposições legais e a Súmula 443 do C. TST abordadas, funcionam tanto como maneira de reparar o dano causado, mas sobretudo, pretendem combater as práticas discriminatórias perpetradas pelo empregador nas relações de trabalho.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os direitos do trabalhador portador do HIV. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n.27, p. 9-23, jan./fev. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr,2012

_____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Tulio, RENAULT, Luiz Otávio Linhares et al. (coords.). Discriminação. 2000, p. 36-76.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira; OLIVEIRA, Chayene Tayze Maculia; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. Direito a continuidade do contrato de trabalho empregado portador do vírus HIV. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v.37, n. 69, p. 469-494, jul./dez. 2012

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Preconceito no trabalho e a discriminação por idade. São Paulo: LTr, 2004

GUNTHER, Luiz Eduardo; BARACAT, Eduardo Milléo. Trabalhador soropositivo e presunção de dispensa discriminatória: A Súmula nº 443 do TST. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n.27, p. 42-60, jan./fev. 2014.

MAGALHÃES, Aline Carbeiro; LEITE, Cybele Rennó. O desconhecimento do empregador e a presunção de dispensa discriminatória do obreiro portador do vírus HIV. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n.27, p. 61-74, jan./fev. 2014.

MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 17-51, jul./set. 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência. In VIANA, Márcio Tulio, RENAULT, Luiz Otávio

Linhares et al. (coords.). Discriminação. 2000, p. 139-155.

TRIPPIA, Luciane Maria; BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho e as políticas públicas. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n. 32, p. 26-38, jul./ago. 2014.

SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. In DALLEGRAVE NETO. José Affonso; COUTINHO. Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo. (coords). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 97-108.

VIANA, Marcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do Direito do Trabalho. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. VIANA, Márcio Tulio (coord). Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 321-328.

_____. A proteção trabalhista contra atos discriminatórios (análise da Lei 9.029/95). In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. VIANA, Márcio Tulio (coord). Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 354-367