

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE-UERN

ANTONIO CARLOS BARBALHO DA SILVA

**LIMITES AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM FACE DOS
ATOS DISCRIMINATÓRIOS**

NATAL-RN

2014

ANTONIO CARLOS BARBALHO DA SILVA

**LIMITES AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM FACE DOS
ATOS DISCRIMINATÓRIOS**

Monografia apresentada como requisito obrigatório à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – *Campus* Avançado de Natal.

Orientador: Prof. Esp. Bruno José Souza de Azevedo.

NATAL-RN

2014

ANTONIO CARLOS BARBALHO DA SILVA

**LIMITES AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM FACE DOS ATOS
DISCRIMINATÓRIOS**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Bruno José Souza de Azevedo
Orientador

Prof. Esp. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Primeiro Membro

Prof^a. Patrícia Moreira de Menezes
Segundo Membro

Data de Aprovação: 12/02/2015

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me amparado em todos os momentos da minha vida, me ajudando, me conduzindo e me dando forças para seguir. A ele meus eternos agradecimentos.

As meus pais, Braz Teodoro da Silva e Maria Miriam Barbalho da Silva, que me criaram com todo amor e dedicação.

Aos meus irmãos, Ana Luiza Barbalho da Silva, Andréa Barbalho da Silva e André Barbalho da Silva, que ajudaram meus pais na minha criação e na formação do meu caráter.

A minha esposa, Ariana Augusta da Silva, que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos difíceis.

Aos meus filhos amados, João Pedro Barbalho da Silva e Ryan Carlos Barbalho da Silva, que me dão força para continuar a viver e ser um homem melhor.

A todos os professores da UERN, que se dedicaram ao ensinamento e a transmitir seus conhecimentos com paciência e amor.

DEDICATÓRIA

Dedico ao meu amado filho João Pedro, que durante essa graduação lutou contra a morte e saiu vitorioso.

“Ame seus inimigos, faça o bem para aqueles que te odeiam, abençoe aqueles que te amaldiçoam, reze por aqueles que te maltratam. Se alguém te bater no rosto, ofereça a outra face”.

(Jesus Cristo, Bíblia sagrada, 2º Coríntios 1:2-3).

RESUMO

O presente trabalho aborda o confronto existente entre o poder diretivo do empregador e os princípios que protegem o empregado, bem como questiona a aplicação e a abrangência desses princípios protetivos, ao mesmo tempo em que delimita a amplitude do poder diretivo. A monografia tem como objetivos identificar as classes discriminadas e os preconceitos por elas sofridos, descobrir quais as razões e como se manifestam a discriminação no âmbito laboral e mostrar que é possível a existência equilibrada entre o poder diretivo e as normas protetoras do trabalho. Atualmente em um modelo de globalização e de busca excessiva pelo lucro, verifica-se que esse tipo de organização mundial da economia utiliza da discriminação no local de trabalho para sustentar seus planos comerciais, bem como dar continuidade a tal modelo. Observa-se que atualmente, todo tipo de humilhação e discriminação são sofridas pelos empregados no bojo das relações de trabalho, sustentando-se na necessidade da sua permanência no emprego, eles se submetem a vários tipos de situações constrangedoras. Quando esse preconceito parte de quem deveria proteger, o empregador, as consequências da discriminação são ainda mais sérias, pois ela retira do empregado, o próprio trabalho, que é seu maior patrimônio, visto que a discriminação efetiva no âmbito laboral quase sempre trás a consequência da ruptura contratual através da dispensa imotivada do obreiro. Apesar da discussão sobre o tema ser antigo, ele está sempre no foco dos debates atuais, independente do ramo que está sendo discutido e no direito trabalhista não é diferente. Constata-se a possibilidade de harmonia entre os poderes diretivo e disciplinar e a garantia dos direitos do trabalhador, na busca pelo equilíbrio nas relações empregatícias.

Palavras-chaves: Princípios protetivos. Discriminação. Poder diretivo. Equilíbrio nas relações empregatícias.

ABSTRACT

This paper discusses the existing confrontation between the directive power of the employer and the principles that protect the employee, as well as questions the application and the scope of these protective principles, at the same time wherein delimits the scope of the directive power. The monograph aim to identify the discriminated classes and prejudice suffered by them, find out the reasons and how if manifest discrimination in the workplace and show that the balanced existence between the directive power and protective labor standards is possible. Currently on a model of globalization and of excessive pursuit of profit, it appears that this type of global organization of the economy uses of discrimination in the workplace to support their business plans, and to continue such a model. It is noted that currently, all kinds of humiliation and discrimination suffered by employees are in the midst of labor relations, supporting himself in need of their continued employment, they are subject to various kinds of embarrassing situations. When that prejudice those who should protect, the employer, the consequences of discrimination are even more serious, because it removes of the employee, the work itself, that is its greatest asset, since the effective discrimination in the workplace almost always behind the consequence of contractual break through the dismissal without cause of worker. Although the discussion on the subject be old, he is always in the focus of current debates, independent branch that is being discussed and labor law is no different. Notes the possibility of harmony between the governing and disciplinary powers and worker rights guarantee, in the search for balance in labor relations.

Keywords: protective principles. Discrimination. Directive power. Balanced employee relations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PODERES DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR	12
1.1 PODER DIRETIVO	13
1.2 PODER REGULAMENTAR OU DE ORGANIZAÇÃO	14
1.3 PODER DE CONTROLE	15
1.4 PODER DISCIPLINAR	16
1.5 AMPLITUDE E LIMITES AO PODER DIRETIVO	18
2 PRINCÍPIOS GERAIS DE PROTEÇÃO	21
2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	22
2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	23
2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR	24
2.3.1 Princípio da norma mais favorável	24
2.3.2 Princípio da condição mais benéfica	25
2.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE	26
2.5 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE	27
2.6 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE	28
3 DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO	30
3.1 CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO	30
3.2 TIPOLOGIA DA DISCRIMINAÇÃO	32
3.2.1 Discriminação por motivo da idade	32
3.2.2 Discriminação por motivo de raça	35
3.2.3 Discriminação por motivo de sexo	36
3.2.4 Discriminação por motivo de deficiência física	37
3.3 RAZÕES DA DISCRIMINAÇÃO	38
3.4 MANIFESTAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO:	40
3.5 MOMENTOS DA DISCRIMINAÇÃO:	42
4 NORMAS JURÍDICAS E JURISPRUDÊNCIAS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO	44
4.1 CONCEITO DE NORMAS JURÍDICAS	44
4.2 RELAÇÃO ENTRE A NORMA CONSTITUCIONAL E A TRABALHISTA	44
4.3 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS	45

4.4 SÚMULAS E JURISPRUDÊNCIAS.....	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

A história de proteção ao trabalhador no Brasil, não é coisa atual, ela tem início em 1888, com a libertação dos escravos, que foi o primeiro ato, mesmo que simbólico, visando à proteção do trabalhador. Logo após um período de mudanças e adaptações na estrutura política e na mão de obra do nosso país, surgiram as primeiras leis protecionistas, mesmo que ainda dispersas. Com a evolução e o crescimento do país, as constituições foram criando, ao longo da história, cada vez mais mecanismos que protegessem o trabalhador, até culminar com a constituição atual.

A partir da Constituição Federal de 1988, apelidada de constituição cidadã, estreitou-se, ainda mais, a relação entre os Direitos contemplados pela constituição e o Direito do Trabalho. É inegável que, a partir da nova constituição, uma nova perspectiva de melhoria e crescimento foi vislumbrada, pois ela trazia inúmeros incentivos para o trabalhador de todas as áreas, ampliando os direitos já existentes e criando novas leis protecionistas.

A nova constituição elencou basicamente, os direitos e garantias aos trabalhadores entre os artigos 7º e 11. Alguns direitos se destacam entre os outros, merecendo uma maior atenção, pois trazem mudanças em todo âmbito social. Certamente, o princípio da igualdade foi o que mais ganhou destaque, embasando e dando suporte, não somente no ponto de vista trabalhista, mas em todas as esferas da sociedade.

Os empregados rurais também foram contemplados de maneira a serem equiparados com os trabalhadores urbanos e receberem o mesmo tratamento. Os trabalhadores domésticos também ganharam uma relevância maior, ganhando sua equiparação aos demais, acabando com a diferença jurídica entre eles. Outro ponto importante da constituição de 1988 foi o combate à discriminação de todas as formas, proibindo as diferenças salariais por pessoas que exerçam o mesmo cargo, a diferenciação na relação de emprego entre as pessoas por motivo de sexo, cor, estado civil, idade, raça ou qualquer outro motivo elencado em lei.

Sob esse novo panorama constitucional protecionista, tem-se duas figuras básicas nessa relação: o empregado caracterizado como sendo a parte hipossuficiente na relação de emprego e a figura do empregador como a parte hipersuficiente. Essa relação vem, ao longo do tempo, sofrendo modificações

constantes. Antes existia uma relação mais longa, mais íntima e pessoal, hoje o que se pode ver é uma relação mais distante e impessoal, baseada em números e rendimentos, ancorada no lucro incessante e na exploração obreira. Nessa esteira, o empregador está encarregado em cuidar de todos os setores da empresa, preocupando-se desde a administração à disciplina. A ele é dado o poder de direção ou poder diretivo, com o intuito de melhor conduzir sua empresa para obtenção de lucros e administrar a conduta de seus empregados, toda via, esse poder tem limites e não pode ser usado de forma arbitrária e inconsequente contra o empregado.

A discriminação, no âmbito laboral, exercida pelo empregador é algo, que vem sendo, a cada dia, mais vivenciada pelas classes que são alvos da discriminação ao longo do tempo. Ancorados pelo poder disciplinar, certos empregadores se utilizam do preconceito para humilhar e diminuir seus empregados, sempre com o intuito de coagir e pressionar em busca de melhores lucros. Os princípios do Direito do Trabalho vêm justamente equilibrar essa relação, trazendo a um patamar de igualdade para o que antes era desigual.

O princípio da proteção se mostra como sendo o mais relevante nessa relação, como será visto mais adiante, entretanto, vários outros também se destacam, como o princípio da igualdade e o da primazia da realidade. É através da aplicação dos princípios de proteção ao trabalhador, nos casos concretos, que a constituição ganha vida e alcança seu objetivo maior, que é igualar as pessoas, colocando todos dentro de um mesmo prisma social, diminuindo as desigualdades históricas que deixaram profundas marcas na sociedade.

Desta forma, é necessário então, aprofundar o estudo sobre a temática abordada neste trabalho, buscando ao término alcançar os objetivos propostos, dentre os quais está o de mostrar que a discriminação no âmbito laboral não pode mais ser encarada de forma comum e demonstrando que existem mecanismos de combate a ela.

1 PODERES DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

A história da humanidade mostra que os seres humanos necessitam de alguns limites e restrições para a convivência em harmonia. A alguns foi dado o poder de governar e comandar os demais e a outros de serem comandados, na relação de emprego não é diferente.

Ao longo da história, foram presenciadas muitas guerras e batalhas, as quais foram iniciadas e bancadas por atos arbitrários e autoritários, isolados ou não, de comandantes que usaram da exacerbação de seu poder. Entretanto, na relação de emprego, foram conferidos ao empregador, poderes para exercer um comando dentro da sua empresa com autoridade, mas sem ser confundido com o autoritarismo, como é observado nos casos de discriminação no âmbito laboral, situações ainda existentes na sociedade atual.

Contudo, é muito tênue o limite entre os atos exercidos pelo empregador através do poder de comando e os atos discriminatórios. Nos comandos rotineiros feitos pelo empregador, pode se esconder atos discriminatórios que passam despercebidos por muitos, mas não por quem sofre tal ato lesivo, o que afeta sua autoestima, sua honra e sua moral.

Sob este prisma, é importante estudar, ao longo desse trabalho, os poderes concernentes ao empregador ressaltando seus limites, que devem ser respeitados para garantia dos direitos básicos do empregado consagrados na Constituição Federal de 1988 e outros dispositivos normativos.

O empregador é a figura, na relação de emprego, que arca com todo risco e toda operacionalização da empresa, tendo ele que agir em todas as áreas, com o intuito de obter sucesso e o lucro desejado. Esse poder nas mãos do empregador é conhecido como, poder empregatício, como conceitua Maurício Godinho Delgado:¹

Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pelo ordenamento jurídico e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego.

Esse conjunto de prerrogativas, diz respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da empresa como um todo. A seguir serão expostos esses poderes que o empregador possui e aprofundar a análise sobre cada um deles.

¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 590.

1.1 PODER DIRETIVO

A subordinação do empregado junto ao empregador é uma das características predominantes na relação de emprego, tendo o empregado que observar as ordens emanadas pelo seu superior, contudo, tais ordens não podem exceder os limites constitucionais e legais, não sendo o empregado obrigado a cumprir os comandos. Os empregadores possuem poderes e prerrogativas concentradas em sua órbita, que auxiliam na condução da empresa em todas as áreas, sendo assegurados pelo ordenamento jurídico, facilitando o exercício de comando na relação de emprego.

Um desses poderes é chamado de Poder Diretivo. Vários autores conceituam o poder diretivo, também conhecido como poder organizativo ou poder de comando. Na definição de Maurício Godinho Delgado:²

Poder Diretivo é o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas a organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviço.

Como leciona o renomado autor, os poderes concentrados nas mãos do empregador, servirá unicamente para organizar sua empresa em todas as áreas. Certamente, na área estrutural será mais fácil de conseguir sucesso na utilização desses poderes, contudo, o grande problema a ser gerenciado será na relação interpessoal entre os dois polos da relação de emprego, visto que, muitos já chegam nessa relação com uma grande carga de valores adquiridos, pré-conceitos e pensamentos discriminatórios muitas vezes irreversíveis, por isso, não é raro identificar casos de discriminações no âmbito laboral, escondendo-se o empregador na cortina de poderes que lhe são dados.

Sob esta perspectiva, Alice Monteiro de Barros conceitua poder diretivo dizendo que:³

O Poder Diretivo é conceituado por Augusto Venturini como “a faculdade que assiste ao chefe de editar normas de caráter prevalentemente técnico” ou “técnico-administrativo”, como requer Riva Sanseverino.

²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p.592

³BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p.583.

Verifica-se então, que o Poder Diretivo é uma forte ferramenta de comando utilizada pelos empregadores, sendo ele um poder hierárquico superior exercido sobre as funções do empregado subordinado, entretanto, há de se dizer, que esse poder, muitas vezes, é desvirtuado e promove atos discriminatórios por parte do empregador junto ao empregado. Essa discriminação é combatida na Constituição Federal de 1988 de forma destacada, incluindo-os como garantias fundamentais, contidas no art. 5º e nos direitos sociais previstos nos arts. 6º a 11, irradiando para as demais leis trabalhistas.

1.2 PODER REGULAMENTAR OU DE ORGANIZAÇÃO

É inerente, ao empregador, a função de organizar e gerenciar sua empresa, sendo ele o responsável para conduzi-la em todas as áreas, definindo sua estrutura jurídica e econômica.

Decorre da propriedade do empregador o direito de organizar e regulamentar o seu empreendimento, estabelecendo as atividades a serem exploradas e desenvolvidas, bem como a quantidade de funcionários, os cargos e funções dentre outras prerrogativas. Surge, portanto, o Poder Regulamentar, conceituado por Maurício Godinho Delgado como sendo:⁴

O conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas a fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa.

Verifica-se que o poder regulamentar ordena as atividades dos empregados com o intuito de extrair os melhores resultados para a empresa. É importante destacar que os empregadores podem desenvolver regulamentos internos a serem seguidos pelo empregado, sempre com o intuito de crescimento da empresa e não com a finalidade de pressionar o empregado.

Nesse sentido leciona Luciano Martinez:⁵

O poder de organização ou regulamentar é uma variável do poder diretivo que permite ao empregador, dentro dos limites da lei, a expedição de comandos que orientam o modo como os serviços devem ser realizados. Esses comandos podem ser positivos ou negativos, gerais ou específicos, diretos ou delegados, verbais ou escritos. Quando reduzidos a termo, os

⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 592.

⁵MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho/** Luciano Martins.-3.ed.-São Paulo:Saraiva,2012. p.203.

atos patronais podem ser materializados em ordens de serviço, circulares, avisos, portarias, memorandos, instruções ou comunicados.

Como pode ser observado, esse poder é de âmbito geral, podendo ser estendido para todas as áreas da empresa por meio de normas e regulamentos. Sob esta ótica, Luciano Martins, ao ensinar sobre o regulamento das empresas, defende que:⁶

Regulamento de empresa é um conjunto sistemático de regras, escritas ou não, estabelecidas pelo empregador, com ou sem a participação dos trabalhadores, para tratar de questões de ordem técnica ou disciplinar no âmbito da empresa, organizando o trabalho e a produção.

Verifica-se, portanto, que o poder regulamentar é uma espécie de poder de legislar no âmbito da empresa, buscando um melhor funcionamento interno, podendo estabelecer regras para a organização e produção, sem prejuízo aos direitos dos trabalhadores.

1.3 PODER DE CONTROLE

Consiste o Poder de Controle na faculdade ou na possibilidade de o empregador controlar e fiscalizar as atividades dos seus empregados. Esse poder confere ao empregador o direito de realizar a fiscalização de todo o trabalho dentro da empresa, desde a sua realização até o material empregado, passando por todas as partes do processo dentro da empresa. De acordo com Maurício Godinho Delgado:⁷

Poder de Controle seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo de prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno.

Importante notar que esse poder de controle não é ilimitado no ambiente de trabalho, muito embora, a legislação brasileira não tenha regramentos claros a respeito dessa questão, os princípios são os encarregados de orientar as questões controversas sobre a matéria. Várias são as formas de exercer o poder de controle, desde a revista moderada do empregado até a marcação de ponto para verificação

⁶MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**/ Luciano Martins.-3.ed.-São Paulo:Saraiva,2012. p. 202.

⁷DELGADO, Maurício Godinho.**Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 594.

do horário de trabalho. Entretanto, esse controle terá que ser exercido de maneira segura e legal.

Ao discorrer sobre esse assunto, o autor Luciano Martins diz que:⁸

O empregador deverá tomar cuidado de não fazer um controle vexatório, pois um dos princípios da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da constituição). A intimidade da pessoa é um direito relativo à personalidade. Determina o inciso X do art. 5º da constituição que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Esse controle, que deve ser feito de forma segura e discreta, muitas vezes acaba sendo feito de forma discriminatória por parte do empregador. A discriminação ocorrida nessa conduta é fruto de um preconceito histórico existente na sociedade e que é refletido no âmbito laboral. Pode-se ilustrar visualizando a situação de um empregado negro mal vestido, por conta do cargo que exerce e um homem branco bem vestido. Via de regra, os controles são feitos bem mais rígidos ao primeiro profissional, tendo em vista, que sua figura está estereotipada na sociedade com sendo de um potencial marginal. Deve-se, portanto, vigiar e ficar atentos a todo tipo de situação vexatória no âmbito laboral, pois tais atos causam danos patrimoniais e extrapatrimoniais ao trabalhador.

1.4 PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar pode ser definido como sendo o poder que cabe ao empregador de aplicar sanções disciplinares ao empregado. Certamente esse poder sustenta-se na subordinação que é gerada pela relação de emprego, conforme defendido por Maria do Rosário P. Ramalho:⁹

Este poder é, de modo geral, relacionado com o poder diretivo, sendo-lhe atribuída a função que garante a eficácia deste poder, sem a possibilidade de reagir contra o trabalhador pelo não cumprimento das emanções do poder de direção, careceria este de eficácia jurídica, o que, em última análise, faria perigar a subsistência de um vínculo negocial todo ele assente no binômio subordinação/autoridade - em consequência desta ligação é, também atribuída ao poder disciplinar uma finalidade eminentemente conservatória do vínculo laboral e preventiva de novas infrações.

⁸MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.198.

⁹RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral**. Coimbra: Ed. Almedina,1999. p. 185.

Mesmo o empregador sendo o titular do poder disciplinar, este não poderá aplicar seu poder de forma excessiva e indiscriminada, tendo em vista que a punição deve estar alinhada com o nível de gravidade da ação do empregado. O empregador poderá utilizar quatro meios de punição ao empregado, sendo eles a advertência verbal, advertência escrita, suspensão e a demissão por justa causa, consoante ensinado pelo professor Natanael Lago:¹⁰

Advertência verbal é o ato de chamar a atenção do empregado das faltas disciplinares ou insubordinações que o mesmo cometeu, é convocá-lo ao compromisso e responsabilidade inerentes à sua função. Deve ser instrutivo e enérgico.

Advertência escrita é de natureza similar a verbal, porém documentada; é a descrição do ato faltoso, detalhar as consequências que esse ato pode gerar negativamente ao empregador e ao empregado. Não há limites para quantidade, têm tom severo e regulador. Recusando-se o empregado a assinar, a advertência pode ser lida na presença do empregado e de duas testemunhas e em seguida solicitar que as testemunhas assinem.

Suspensão é dada quando se acredita que o ato tem gravidade suficiente para prejudicar o empregador, seja pela atitude do aspecto pessoal ou profissional do empregado. Há limite de 30 (trinta) dias, podendo ser concedido 1, 2, 5, ou 30 dias alternadamente. A suspensão é descontada do salário mensal.

Justa causa vem a ser o procedimento incorreto do empregado, tipificado na lei, que dá ensejo à ruptura do vínculo empregatício.

A respeito da justa causa, é necessária a existência de previsão legal para que possa ocorrer, sem a qual não poderá ser realizada. Esta previsão está elencada taxativamente no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), autorizando o empregador a dispensar o empregado por justa causa, prescrevendo *in verbis* que:¹¹

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

¹⁰LAGO, Natanael. **Poder Disciplinar do Empregador**. Disponível em: <http://www.professortrabalhista.adv.br/poder_disciplinar_do_empregador.html>. Acesso em: 27 maio 2014.

¹¹BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Quando a lei elenca os motivos taxativamente, ela quer dizer, que fora esses citados, não poderá haver outros motivos que ensejam a demissão por justa causa, entretanto, sabendo disso, o empregador através de práticas discriminatórias e do excesso do poder diretivo, força o empregado a se enquadrar em um dos motivos possíveis de demissão por justa causa, tendo em vista a falta de estímulo e o aumento da revolta do trabalhador causada por tal prática.

1.5 AMPLITUDE E LIMITES AO PODER DIRETIVO

Conforme foi explanado anteriormente, a relação de emprego é feita por dois extremos, um lado hipossuficiente (empregado) e o outro hipersuficiente (empregador), havendo um latente desequilíbrio de poderes nessa relação. O Poder de Direção exercido pelo empregador é garantido pelo Estado, sendo ele exercido dentro de limites e parâmetros razoáveis, não podendo haver excesso na execução, principalmente no poder disciplinar. Entretanto, certas vezes, por esse poder ser delegado pelo Estado ao Empregador com a finalidade de exercer melhor a sua atividade econômica, o empregador ultrapassa os limites legais e legítimos, abusando dos seus comandos e atingindo diretamente o empregado em seus direitos constitucionais.

Em face desse desequilíbrio, surge a necessidade de que os limites aos poderes sejam estabelecidos e respeitados em sua totalidade, conforme esquematizam as autoras Christiane Bezerra e Gabriela Ferreira:¹²

¹²BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. **Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador.**

A relação de emprego é marcada por dois polos opostos, o empregador, que organiza, controla e dirige a prestação de salário. Assim, em virtude desses direitos fundamentais, na relação de emprego há a necessidade de se estabelecer limites ao poder diretivo do empregador, uma vez que o empregado é a parte vulnerável desta relação. Essa limitação se dá de maneira externa, através da constituição, das leis, norma coletiva, contrato, e de maneira interna, por meio da boa-fé objetiva e o exercício regular do direito.

Uma das situações, dentre várias a serem evitadas, é a exposição do empregado a situações de discriminação, seja qual for o tipo, causada pelo empregador através do abuso do poder diretivo, poder esse que deveria ser exercido com equilíbrio e sem abusos aos princípios constitucionais de proteção ao trabalhador.

O poder disciplinar é o poder exercido pelo empregador, este é o que está mais propício a romper o limite da legalidade, podendo externar os preconceitos e os abusos sofridos pelo empregado no âmbito laboral. O autor Sergio Pinto Martins, ao escrever sobre o tema, exorta sobre a necessidade do poder disciplinar sempre ser exercida com boa-fé, estabelecendo *ipsis litteris* que:¹³

O objetivo da punição deve ser pedagógico, de mostrar ao funcionário que está errado e que não deve cometer novamente a mesma falta. O uso do poder de punição por parte do empregador em desacordo com suas finalidades implica excesso ou abuso de poder. É claro que o poder judiciário poderá controlar a pena aplicada pelo empregador, como ocorreria se o empregado não tivesse cometido a falta ou a falta fosse inexistente. O mesmo pode dizer se o poder disciplinar for exercido ilicitamente ou arbitrariamente pelo empregador.

Outro limitador ao poder diretivo do empregador, diz respeito aos direitos fundamentais do homem, em especial, do empregado, que é a parte mais vulnerável na relação jurídica estabelecida. Nessa esteira, explicam Bezerra e Ferreira:¹⁴

Um dos limites que o poder diretivo enfrenta, é de ordem pública, qual sejam os direitos e garantias fundamentais do trabalhador, de modo que, toda e qualquer atitude do empregador, ainda que no sentido de fiscalizar a atividade do trabalhador, não pode exercer os limites do razoável. No que respeita aos direitos fundamentais, vale ressaltar que a dignidade humana, consagrada na constituição de 1988, é o pilar de sustentação do ordenamento jurídico brasileiro. [...] Desse modo, a eficácia dos direitos fundamentais nestas relações deve esta diretamente ligada a proteção da

¹³MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 193-194.

¹⁴BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabé. **Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador**.

liberdade e da dignidade do trabalhador, existindo a obrigação de respeito a tais direitos.

A autora Maria Aparecida Alkimin, também é defensora da limitação do poder diretivo frente ao respeito à dignidade e aos direitos de personalidades do empregado, conforme infratranscrito:¹⁵

O reconhecimento dos direitos de personalidade na relação de emprego tem, como consequência, a limitação ao exercício do poder de direção do empregador e a limitação ao princípio da autonomia de vontade, devendo organizar o trabalho e destinar ordens de serviço que atendem a devida consideração a dignidade do trabalhador, e conseqüentemente aos seus direitos de personalidade.

Por tudo que foi exposto, verifica-se que o poder diretivo exercido pelo empregador não poder ser feito de forma desmedida, arbitrária e aleatória, tendo em vista a limitação desse poder. A subordinação decorrente da relação de emprego não pode servir de alicerce para os excessos cometidos por parte do empregador, não podendo a discriminação ser mascarada e escondida em uma cortina de medo e repressão exercida pela parte dominante da relação de emprego. Por isso justifica-se a grande necessidade de serem resguardados todos os direitos fundamentais de todos os empregados.

¹⁵ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 25.

2 PRINCÍPIOS GERAIS DE PROTEÇÃO

A palavra princípio remete a início ou começo, nesse sentido, princípio é de onde tudo se tem início, de onde se começa algo. No direito os princípios não estão definidos em nenhuma norma legal, mas é a base ou alicerce de todo ordenamento jurídico. Conforme escreve o autor Sergio Pinto Martins em uma de suas obras citando as palavras do ministro Celso Bandeira de Mello:¹⁶

Celso Bandeira de Mello esclarece que princípios é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de crédito para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Pode-se afirmar então, que princípios são bem mais que simples regras, e que são eles, os inspiradores para criação das normas, tendo a função de nortear, instruir, e fornecer diretrizes para os legisladores seguirem um caminho seguro na construção da norma.

Existem alguns princípios que são comuns a todos os ramos dos direito, abrangendo áreas específicas, inclusive a área trabalhista. O legislador ao elaborar as leis, bem como o aplicador ao aplicá-las, é orientado pelos princípios, todas as vezes que se encontrarem diante de uma omissão.

Referindo-se aos princípios, o autor Sergio Pinto Martins estabelece *ipsis litteris* que:¹⁷

Princípios informadores são normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico ou do ordenamento jurídico. Informam, portanto, o cientista ou o profissional do Direito. Daí o nome, princípios informadores, porque informam os fundamentos dos quais devemos partir. São gerais porque se aplicam a uma série de hipóteses, e são fundantes, na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras, que deles decorrem por lógica. [...].

É importante fazer a distinção entre princípio e norma jurídica, o autor Flavio Monteiro de Barros faz com maestria essa diferença, ao estabelecer que:¹⁸

¹⁶MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

¹⁷MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

¹⁸BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil. v. 2: direito das obrigações e contratos**. São Paulo: Método, 2005, pp. 213-214.

O princípio lança sua força sobre todo o ordenamento jurídico, atuando numa área muito mais ampla do que a norma, pois esta se limita a regular situações específicas. Os princípios são as premissas éticas que inspiram a elaboração das normas jurídicas. São mais do que normas, pois sua função primordial é servir como critério de interpretação destas, devendo ser observados pelo legislador, quando elabora as leis; pelos juízes, quando as aplica; e pelo cidadão, quando realiza o negócio jurídico.

Desta forma, comprova-se a importância dos princípios como instrumentos integradores da legislação, preenchendo as lacunas existentes e auxiliando na aplicação de leis e normas, nas diversas áreas do Direito. Dentre eles, o princípio da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da honra, são alguns dos princípios gerais que são aplicados diretamente no direito trabalhista. Nesse ramo do direito todas as partes, desde a mais forte (empregador), há hipossuficiente (empregado), passando pelo judiciário, materializado pelos juízes trabalhistas, são chamados a trilhar um caminho iluminado pelos princípios.

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Carta Magna estatui, em seu artigo 5º, a igualdade como um dos princípios fundamentais, estabelecendo *in verbis* que:¹⁹

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade [...] (Grifos acrescentados)

As palavras dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence e Carlos Brito compartilham esse pensamento, entendendo que a igualdade é “um princípio básico, em uma sociedade que se diga democrática”²⁰.

Sob este prisma, o direito à igualdade foi elevado ao topo do ordenamento jurídico-constitucional, haja vista que é o primeiro dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição pátria.

Além da previsão constitucional, a igualdade também está prevista no Direito Internacional, tendo sido ambiente extremamente favorável para combater a

¹⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2014.

²⁰Palavras do Ministro SEPÚVEDA PERTENCE *in*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Plenário, Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário nº. 385.397-0, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília-DF, 26 jun. de 2007.

discriminação, sobretudo após a segunda guerra mundial, como forma de resposta às atrocidades cometidas com base em teses preconceituosas e discriminatórias.

O sistema jurídico-constitucional pátrio, aceita o tratamento discriminatório somente em casos extremamente excepcionais. Casos fundamentais que almejem tutelar outros bens mais valiosos à sociedade, a vida, por exemplo.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

No tópico anterior, observou-se que os princípios gerais estão em todas as áreas do direito, irradiando sua luz nas normas e decisões judiciais, cumprindo um relevante papel de equidade. Entretanto, os princípios gerais, quando aplicados ao direito do trabalho terá que ser adequado a tal ramo. Desta forma, Maurício Godinho Delgado ensina que:²¹

Qualquer dos princípios gerais que se aplique ao Direito do Trabalho sofrerá, evidentemente, uma adequação compatibilizada com os princípios e regras próprias a este ramo jurídico especializado, de modo que a inserção da diretriz geral não se choque com a especificidade inerente ao ramo trabalhista.

Sob o prisma do Direito do Trabalho, os princípios peculiares a esse ramo, após sofrer os ajustes e adequações como foi transcrito pelo autor supra, vêm inspirar as normas trabalhistas e regulamentares à relação de trabalho entre empregado e empregador.

No âmbito doutrinário, os princípios peculiares ao Direito do Trabalho são tratados por poucos autores e, mesmo assim, não há unanimidade doutrinária sobre quais são em sua totalidade os princípios do Direito do Trabalho, sendo necessário escolher o que mais se aproxima do equilíbrio entre todos estes. Desta forma, é necessário sopesar os princípios e aplicá-los conforme o caso levado ao crivo do judiciário.

Nesse caso, os princípios didaticamente utilizados pela autora Barros, que inspirada na doutrina de Plá Rodrigues enumera os princípios trabalhistas como: princípio da proteção, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade e da continuidade. No intuito de aprofundar o presente estudo, será detalhado cada deles a luz da doutrina.

²¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 177.

2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Na relação de trabalho, percebe-se facilmente uma grande desigualdade entre as partes dessa relação, principalmente no que tange à área econômica. Ao empregador, são dados todos os poderes inerentes a sua posição para melhor dirigir sua empresa, e ao empregado, muitas vezes resta apenas, obedecer às ordens para não correr o risco de perder seu emprego, sujeitando-se a situações de discriminação no âmbito laboral. Diante dessa situação de desigualdade, o legislador trabalhista, diferente do que ocorre no direito comum onde se busca alcançar a igualdade entre todas as partes, preocupa-se em proteger a parte hipossuficiente na relação de emprego amparando o trabalhador com o objetivo de protegê-lo.

O princípio de proteção ao trabalhador surge com a finalidade única de igualar essa relação altamente desigual, equiparando as partes, tornando iguais pessoas desiguais. Leciona a estimada autora Alice Monteiro de Barros a respeito do princípio da proteção:²²

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante de sua condição de hipossuficiente.

Segundo a autora, o princípio da proteção está alicerçado em duas dimensões, sejam elas, no fundamento da norma e da condição mais favorável ao trabalhador. No caso de existência de duas normas, sempre será aplicada a norma mais favorável ao empregado, buscando sempre equilibrar a relação de emprego. Há outra hipótese de proteção consubstanciada no princípio da proteção, que é a condição mais benéfica e que tem a função de oferecer sempre as situações mais vantajosas para o empregado, podendo advir do contrato tácito ou escrito, firmado em cláusulas contratuais ou não.

2.3.1 Princípio da norma mais favorável

Quando é permitido ao operador do Direito a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto, o mesmo está obrigado através desse princípio a aplicar

²²BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.181.

sempre a norma mais benéfica ao interesse do empregado, permitindo ao operador do direito o afastamento da norma hierarquicamente maior ou com prevalência sobre a outra, ou seja, mesmo a norma sendo inferior, será ela aplicada ao caso com o intuito sempre de beneficiar o empregado. Desta forma, Alice Monteiro de Barros conceitua esse princípio como:²³

Princípio da norma mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objetivo de polemica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independente de sua hierarquia.

Diante de tudo, pode-se concluir que esse princípio é determinante, na ocorrência de um conflito de regras ou normas, possibilitando ao aplicador do direito a interpretação e escolha a norma mais favorável em benefício do empregado, com o objetivo de atingir o real sentido dos princípios de proteção inerentes ao Direito do Trabalho.

2.3.2 Princípio da condição mais benéfica

Por força de cláusulas no contrato de trabalho, o empregado adquire direitos e vantagens que são incorporadas ao seu patrimônio. O princípio da condição mais benéfica vem justamente proteger o empregado para que o mesmo não perca vantagens e condições já adquiridas ao longo desse contrato. A Consolidação das Leis do Trabalho consagra esse princípio em seu art. 468, conforme apresentado *in verbis*:²⁴

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

De acordo com o artigo mencionado, fica claro que não pode haver mudança no contrato unilateralmente, e mesmo que haja um consentimento entre as

²³BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.181.

²⁴BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

partes, essa alteração não poderá prejudicar, de maneira alguma, o empregado. Maurício Godinho Delgado ensina que:²⁵

Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido.

A condição mais benéfica ao empregado deve ser sempre compreendida como aquela que garante as vantagens mais benéficas já conquistadas, não podendo sofrer modificações que prejudiquem o empregado. O simples fato de o empregado já ter conquistado um direito que o favoreça, dá-lhe direito há não mais retroceder às cláusulas anteriores.

2.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Esse princípio privilegia os fatos e a realidade em detrimento a forma ou estrutura do contrato. No Direito do Trabalho, existe uma importância muito maior dos fatos do que dos documentos e da forma. Um exemplo é referente ao representante comercial que assina contrato confirmando que exerce a referida função, quando na realidade exerce cargo de empregado da empresa. Nesse caso, o que deve ser realmente considerado é que é feito pelo empregado na prática e não o contrato de trabalho. Alice Monteiro de Barros se refere a esse princípio da seguinte forma:²⁶

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fatos, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviço, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica.

O interprete do direito terá que está sempre atento e sensível para identificar, em cada situação trabalhista, o momento exato para aplicar corretamente esse princípio no caso concreto, podendo, o operador do direito, julgar diferente do que está no contrato de trabalho baseado no que ocorre no dia-a-dia laboral. Neste

²⁵DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 187.

²⁶BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.186.

sentido, é o pacífico entendimento jurisprudencial dos tribunais sobre a aplicação deste princípio, apenas a título ilustrativo, segue aresto infracolacionado:²⁷

EMENTA: Relação de emprego. Condição de sócio. Contrato realidade. Demonstrando a prova oral que o reclamante, ainda que formalmente investido como sócio, prestou serviços sob as condições do art. 3º. da CLT, impõe-se o reconhecimento da relação de emprego. Eficácia do princípio da primazia da realidade sobre aspectos meramente formais.

Dessa forma, pode ser observado no julgado acima, a materialização do princípio da primazia da realidade, constata-se que o juiz usou esse princípio para privilegiar a realidade sobre a forma, utilizando-se apenas de prova oral, para comprovar situação real que se encontrava o empregado, diferente da formal que estava investido pelo cargo de sócio.

2.5 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

Em linhas gerais, a regra é que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, independentemente da sua natureza jurídica ou em qual momento é feita a renúncia. Maurício Godinho Delgado defende que:²⁸

O presente princípio traduz a inviolabilidade técnica-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato.

Ao empregado, portanto, é proibido tecnicamente e juridicamente se desfazer dos seus direitos adquiridos, mesmo que por vontade própria. A CLT em seu art. 9º é claro quando diz que:²⁹

Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas.

Apesar desse princípio limitar a vontade das partes, ele não é absoluto, podendo ter flexibilidade na sua prática. Mesmo os direitos não podendo ser

²⁷BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. Recurso Ordinário nº. 12218, Relator: Juiz Ricardo Antônio Mohallem, data de julgamento: 16/02/1998, 3ª Turma, data de publicação: 20/03/1998.

²⁸DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 186.

²⁹BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

renunciados pelo empregado, existem situações excepcionais cercadas por formalidades que permitem o empregado garantir a sua manifestação de vontade, ou seja, a renúncia de direitos apenas poderá ser feita de forma expressa, nunca pode ser tácita, inclusive aceita apenas em situações previstas em lei.

A renúncia dos direitos, em regra, não pode ser feito pelo empregado, entretanto, se essa renúncia for favorável a ele, será permitida, desde que, seja chancelado pela tutela jurisdicional. O judiciário entra nesse contexto de forma obrigatória, como garantidor de que essa renúncia não seja prejudicial ao empregado, respaldando e garantindo que o mesmo não esteja sendo induzido pelo erro. Pode-se concluir então, que o princípio da irrenunciabilidade não se dá de forma plena, tendo em vista que alguns direitos poderão ser renunciados pelo empregado mediante o poder judiciário.

2.6 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

A ideia nuclear desse princípio é a de preservação do contrato de trabalho entre empregado e empregador. Ao ser contratado por uma empresa, ao empregado está garantindo um contrato de trabalho que terá validade por tempo indeterminado, não tendo validade para acabar, sem possibilidade de uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado. Segundo Alice Monteiro de Barros:³⁰

Outro princípio é o da continuidade, que visa à preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial.

Conforme a autora ensina, esse princípio visa a permanência do vínculo empregatício, integrando o empregado na estrutura e dinâmica da empresa. É com essa permanência garantida que o empregado terá uma maior tranquilidade para exercer seu trabalho. O Direito do Trabalho, por sua vez, com a concretização desse princípio, assegura melhores condições de afinidade entre a força de trabalho e a empresa.

A principal característica do princípio da continuidade é que os contratos são por tempo indeterminados, sendo os contratos por tempo determinado a

³⁰BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.187.

exceção nessa relação, podendo ser feitos nas hipóteses previstas em lei. Sob esta ótica, o art. 443, §2º, da CLT, estabelece que:³¹

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

Após a instituição do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS), o princípio examinado perdeu significativa força. Com a instituição do benefício o empregado poderia, no momento da admissão, escolher pelo sistema FGTS, que possibilitava a dispensa por justa causa sem sanção de natureza pecuniária ao empregador, indo de encontro às regras da CLT. Contudo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, devolve a relevância jurídica ao princípio da continuidade, determinando os direitos dos trabalhadores, sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social. A jurisprudência pátria se firma neste sentido, conforme julgado abaixo:³²

EMENTA: DATA DE DEMISSÃO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Havendo controvérsia acerca da data em que houve o término contratual, o ônus da prova é da reclamada, em face da presunção de continuidade do vínculo de emprego, favorável ao empregado, nos moldes da súmula nº 212 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Assim, não conseguindo a reclamada desvencilhar-se de seu ônus probatório, prevalece a data informada pelo reclamante.

Mesmo diante das mudanças que se sucederam ao longo da história, o princípio da continuidade, como se observa no julgado acima, ainda cumpre, atualmente, seu papel na ordem justralhista brasileira de forma eficaz, possibilitando a continuidade da relação de emprego.

³¹BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

³²BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região.** Recurso Ordinário nº. 7502920125010066 RJ, Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges, data de julgamento: 04/03/2013, 3ª Turma, data de publicação: 01/04/2013.

3 DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

Ao longo da história da humanidade, sempre existiu uma relação estreita entre trabalho e discriminação. A discriminação é uma prática realizada pelo homem há muitos anos, sua realidade é tão antiga como ele mesmo. Sabe-se que a discriminação pode ser direta, sem disfarces, mas também pode existir de forma sutil e disfarçada de diversas maneiras. No ramo do direito, mas especificamente no Direito do Trabalho, a questão da discriminação é uma das mais tormentosas a se resolver, demandando esforço e engajamento do Estado em todas as suas áreas, envolvendo os governantes e toda sociedade civil. Nessa vertente, cabe cada vez mais ao Estado ligado e amparado por normas jurídicas alicerçadas em princípios, criar mecanismos que garantam os direitos básicos do trabalhador e combata a discriminação no emprego, promovendo a igualdade no âmbito laboral.

A discriminação no direito do trabalho está relacionada diretamente a não observação de um princípio basilar consagrado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade. Esse não reconhecimento de que todos são iguais, não apenas em direitos, mas como seres humanos, é que leva a existência de um tratamento desigual e discriminatório no trabalho, gerado por aquele que, na verdade, seria o responsável por proteger o empregado.

Então, percebe-se que o Estado, movido por uma realidade social discriminatória no âmbito trabalhista, terá que promover e afirmar o princípio da igualdade como um assegurador da isonomia trabalhista, sempre buscando eliminar as desigualdades baseadas na discriminação e no preconceito.

3.1 CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO

Todas as atitudes que prejudiquem os sujeitos pertencentes a algum grupo social minoritário socialmente, resultado de uma 'ferida que foi aberta' ao longo da história, por grupos dominantes e opressores, conhecida como a discriminação.

A discriminação se ancora na crença de que os indivíduos que se acham superior e que pertencem a determinados grupos sociais dominantes em certos

aspectos, acreditando que podem dominar e excluir os que não são do mesmo grupo.

O autor Maurício Godinho Delgado ensina sobre discriminação doutrinando que:³³

Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ele vivenciada.

Essa discriminação é concretizada através de condutas, ou seja, de atos realizados por pessoas, físicas ou jurídicas, que fogem do padrão estabelecido pelo ordenamento jurídico, qual seja, a igualdade de tratamento a todos, em detrimento a desqualificação das pessoas discriminadas. Segundo o dicionário Aurélio, discriminar significa:³⁴

Diferenciar; estabelecer; distinguir; não se misturar; formar grupo à parte por alguma característica étnica, cultural, religiosa etc; tratamento desigual ou injusto de uma pessoa ou grupo de indivíduos, em face de alguma característica pessoal, cultural, racial, classe social ou convicções religiosas.

O dicionário brasileiro é duro em seu conceito, quando menciona que discriminar é não se misturar, formando grupos à parte dos discriminados, entretanto, realmente, essa é a verdade da discriminação no Brasil, pois o que verificamos, são os grupos discriminados em busca de igualdade, de oportunidades e de participação nos demais grupos. Na obra de Alice Monteiro de Barros, podemos encontrar o conceito de discriminação segundo o ponto de vista internacional:³⁵

A discriminação compreende qualquer distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão. (art. 1º da Convenção n.111 da OIT, de 1958, sobre discriminação no emprego ou ocupação).

A discriminação, portanto, estaria ligada a conceitos pré-estabelecidos fundados em ideias que resultam em colocar pessoas de certos grupos sociais em

³³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo:LTr, 2009.p. 186

³⁴Disponível em: < <http://www.dicionariodoaurelio.com/discriminar> >. Acesso em: 09 out. 2014.

³⁵BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 1128

patamar inferior aos demais. No âmbito laboral, esse comportamento discriminatório fundado em característica de sexo, raça, cor, religião, dentre outras, desequilibra ainda mais a relação de emprego, já desequilibrada naturalmente pela posição e função que cada polo exerce na empresa.

3.2 TIPOLOGIA DA DISCRIMINAÇÃO

A constituição Federal de 1988 nos incisos do art. 5º consagra o princípio da igualdade afirmando que, todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer natureza, igualando todos os homens e dando a todos os mesmo direitos e obrigações. No entanto, não é isso que observa na prática. Apesar de existirem vários mecanismos de proteção contra a discriminação ao trabalhador, conforme será mostrado oportunamente, ainda se observa muitas discriminações no ambiente de trabalho sofrido por algumas classes sociais, ocorridas em vários momentos da relação de emprego. Adiante será mostrado que, em virtude de gênero, idade, raça, saúde e até mesmo por portar necessidades especiais, os empregados sofrem discriminação, ensejando um grande trauma na vida de cada discriminado.

3.2.1 Discriminação por motivo da idade

Idade é remete ao tempo de vida de algo ou alguém. No universo do direito, esse conceito é utilizado comumente ao tempo de vida do homem (ser humano). A idade é de suma importância para o direito, tendo em vista que, é da diferença de idade que se distingue os maiores dos menores, os capazes dos incapazes entre outros, ou seja, da idade vivida que se poderá distinguir juridicamente uma pessoa da outra em se tratando de direitos e deveres.

Nesse tópico, analisa-se a discriminação no âmbito laboral em razão da idade, estudando se há tratamento distinto entre empregados de menor idade e os de maior idade, entretanto, é mister dizer que há casos de tratamento desigual por motivo de idade, que estão respaldadas pela constituição e por leis infraconstitucionais. É o que se observa, quando ao menor de dezoito anos é vedado o trabalho noturno, perigoso ou insalubre e, vedado também, qualquer tipo

de trabalho aos menores de dezesseis anos. Certamente foi dado esse tratamento diferenciado ao menor com intuito de protegê-lo e resguardá-lo em sua integridade moral e física.

As constituições vêm ao longo do tempo, dando sinais de preocupação com a discriminação, como exemplo, a constituição de 1934 que estabeleceu que:³⁶

Proibição de diferença de salário para um mesmo trabalhador, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (art. 121, §1º, a).

A constituição de 34, mesmo estando em um contexto histórico político-social, ainda de muita discriminação e de grandes diferenças sociais, já combatia o preconceito no mercado de trabalho, igualando a todos que exercessem o mesmo trabalho. No mesmo sentido, a constituição de 1967 especificou sobre “proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil” (art. 158, III).

Foi nesse quadro de evolução das normas constitucionais contra atos discriminatórios, que a Constituição Federal de 1988 surgiu com normas mais agudas e significativas de combate a discriminação no âmbito trabalhista.

A Carta Magna aumentou significativamente o direito à igualdade e o combate à discriminação. Nesse sentido, os arts. 3º e 5º da Constituição Federal de 1988, os quais são à base dos direitos de igualdade em todas as esferas:³⁷

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sob este mesmo prisma, os incisos XXX e XXXI, do art. 7º, destacam especificamente as práticas discriminatórias no âmbito do direito do Trabalho.³⁸

³⁶BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

³⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014

³⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Atualmente, não raramente é visto que o critério de idade é um fator decisivo tanto para a contratação como para demissão do funcionário, entretanto, é preciso observar que a discriminação se encontra maquiada e escondida por trás de critérios adotados pelo empregador, limitando o acesso ao emprego para aqueles que se encontram fora do padrão de idade estabelecido por eles. Observa-se, cada dia mais, que as exigências dos empregadores ficam cada vez maiores. Vagas são ofertadas pelos empregadores e muitas vezes não são preenchidas, mesmo os candidatos atendendo a todas as qualidades técnicas, pois não são chamados para trabalhar por não se encaixarem nos limites de idade impostos pela empresa.

A preocupação na discriminação por idade, principalmente no momento da admissão, revela-se mais forte nos trabalhadores maiores de 45 anos. Tem-se como regra geral, que a pessoa com mais de 45 anos tenha mais dificuldade em conseguir emprego do que os de menos idade, principalmente quando o cargo a ser ocupado exija um maior nível técnico. Nesse sentido, a jurisprudência nos Tribunais se firma no reconhecimento dessa discriminação sujeitando o infrator às medidas cabíveis:³⁹

EMENTA: DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO POR IDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Evidenciado nos autos que a dispensa da reclamante se deu de forma discriminatória, em razão de idade, máxime quando desempenhava satisfatoriamente suas atividades e foi, juntadamente com outros colegas, substituída por empregados mais jovens, é cabível a indenização por danos morais, que se reveste de alerta ao empregador e visa coibir prática não autorizada no Direito.

Mesmo o empregador, tendo a prerrogativa de poder admitir e demitir o empregado, sem consulta-lo, a bem do melhor para a sua empresa, mesmo assim, ele não poderá exceder seus poderes, usando praticas discriminatórias. Ficou

³⁹BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 19ª Região**. Recurso Ordinário nº. 1507200500519001 AL 01507.2005.005.19.00-1, Relator: Pedro Inácio, data de publicação: 30/05/2007.

estampado no julgado acima, que o único motivo da dispensa, foi à substituição por empregados mais jovens, caracterizando discriminação por motivo de idade.

3.2.2 Discriminação por motivo de raça

A discriminação racial não é algo novo no mundo, a história da humanidade mostra que ao longo de vários anos, muitas raças foram discriminadas por outras através de mecanismos opressores e violentos. No Brasil, em particular, os negros sofreram uma forte discriminação desde sua chegada, vindo da África, até os tempos atuais, mudando apenas as formas de serem discriminados ao longo do tempo. Discriminados pelos brancos, os negros sempre foram desrespeitados e submetidos a todos os tipos de tratamento, principalmente no âmbito laboral, onde eram escravos sem direitos e explorados em sua mão de obra. Entretanto, com o passar do tempo e a evolução do Brasil em todos os sentidos, principalmente em suas leis, verificou-se que certa atitude era desnecessária e conseqüentemente ilegal, tornando-se o racismo proibido por leis protetoras, sendo inclusive, de pena inafiançável.

O princípio da igualdade, considerado um dos principais princípios da Constituição de 1988, é ferido todas as vezes que atitudes de preconceito e discriminação são desferidas contra uma raça considerada inferior. Traçando uma linha entre o princípio da igualdade e a discriminação racial, pode-se, portanto, entender que o racismo é toda conduta discriminatória referente à raça, cor, origem étnica, dentre outras, com o objetivo de diminuir, restringir e não reconhecer as condições de igualdade entre todos.

No que concerne à discriminação racial, o art. 5º, da Carta Magna, consagra *ipsis litteris* que:⁴⁰

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei.

⁴⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014

O inciso XXX, do art. 7º, da CF/88, também dispõe sobre discriminação, assegurando a proibição de ato discriminatório por motivo de cor.

Os princípios adotados pela Constituição brasileira para reger as relações internacionais, consagradas no art. 4º, VIII, são norteadas sob uma influência das normas internacionais que repudia o racismo e promove o bem de todos, sem preconceito ou discriminação. Verifica-se, portanto, que o constituinte preocupou-se em vedar a prática de racismo, estipulando critérios de combate ao preconceito e a discriminação racial. Essa preocupação do constituinte foi em todas as áreas do preconceito, não tingindo apenas as discriminações raciais, mas também da origem, da religião professada ou de sua etnia.

Interessante para o presente trabalho é mencionar o art. 4º da Lei nº. 7.716/89, que fala sobre a proibição de negar ou obstar emprego em empresa privada, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou preconceito nacional. Ou seja, a empresa que adotar procedimentos que acabem ou limitem as oportunidades de emprego baseado na raça, cor, etnia, religião ou nacionalidade, está sujeita a sanções legais com base no dispositivo acima.

3.2.3 Discriminação por motivo de sexo

Pode-se definir, de forma superficial, que a discriminação por motivo de sexo, diz respeito às discriminações estabelecidas contra as mulheres, que são as mais atingidas devido à forma que a sociedade ainda enxerga a mulher trabalhadora. Essa sociedade ainda entende que, o papel da mulher é abaixo do papel exercido pelo homem na hierarquia dominante de poder, levando a mulher trabalhadora a um patamar de inferioridade no âmbito laboral.

No que tange à discriminação por motivo de sexo, Alice Monteiro de Barros ensina em sua obra:⁴¹

A discriminação contra a mulher possui vinculação com conceitos relativos à vida familiar e social. São frutos de uma inferioridade presumida advinda, muitas vezes, de mitos e crenças, como também de outras considerações arbitrárias.

⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 1139.

Desde as primeiras leis trabalhistas, a mulher foi protegida por regras e normas que há diferenciavam do homem no âmbito laboral, buscando igualar uma relação que, até então era vista como desigual, entretanto, com o passar do tempo, verificou-se que essa prática protecionista em vez de favorecer as mulheres estava desfavorecendo, funcionando como impedimento no seu ingresso no mercado de trabalho, incluindo, a isso, o advento da constituição de 1988, onde essas normas foram excluídas do ordenamento jurídico, tendo em vista a incompatibilidade com o princípio da igualdade consagrado pelo artigo 5º da mesma constituição. A única proteção à mulher trabalhadora, diz respeito à função reprodutiva, que continua sendo protegida por lei, preservando sua saúde e garantindo seu emprego, com a estabilidade temporária.

A distinção entre os sexos só será permitida quando houver alguma situação que justifique a diferença de tratamento, seja pela função ou pela natureza da atividade executada, sendo a última apropriada apenas para trabalhador de determinado sexo, caso este que é raro de acontecer, tendo em vista que as maiorias das atividades laborais podem ser executadas por trabalhadores de ambos os sexos, sendo essa diferenciação exercida mais por força da cultura local.

3.2.4 Discriminação por motivo de deficiência física

O deficiente físico, de modo geral, também sofreu discriminação ao longo de toda a história da humanidade, sendo ele discriminado e desprezado principalmente pelos povos considerados guerreiros, que tiravam a vida das crianças deficientes considerando que não serviam para o trabalho e para a guerra. Atualmente não se observa mais esse tipo de prática, entretanto, as raízes dessa discriminação ainda estão bem latentes no âmbito laboral, tendo em vista que a forma de preconceito e discriminação apenas mudaram de forma. É comum encontrar, no dia a dia, as exclusões sociais sofridas pelos deficientes físicos, tendo em vista que a sociedade, cada vez mais, exige uma perfeição física para exercer as funções dentro do âmbito trabalhista, sem mencionar que o mundo não se adaptou fisicamente para conviver com os deficientes físicos, colocando-os em um patamar de inferioridade quando comparado a um ser humano sem deficiência.

O Estado, pressionado pela sociedade e os grupos mobilizados por tal causa, passa a dar mais atenção às mudanças e às necessidades dos deficientes,

assumindo um papel protecionista e buscando integrar esse grupo discriminado com a sociedade. Começaram a surgir, então, políticas sociais visando introduzir os deficientes físicos no mercado de trabalho, dando condições iguais a todos os trabalhadores.

Os legisladores tratam de se adaptarem e legislar de acordo com essa prática protecionista, sob este enfoque, vide o que diz Carta Magna no tocante a discriminação no mercado de trabalho:⁴²

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

O artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal, proíbe todo tipo de discriminação no mercado de trabalho no que diz respeito à admissão e ao salário do trabalhador com deficiência física.

Já no artigo 37, inciso VIII, da CF/88, reserva legalmente um percentual das vagas nos empregos públicos para as pessoas com deficiência, conforme abaixo:⁴³

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Esses mecanismos de inserção do portador de deficiência física, citados acima, mostra o interesse do Estado em garantir mais oportunidades de emprego ao portador de deficiência física e promover, cada vez mais, o princípio da igualdade no mercado de trabalho.

3.3 RAZÕES DA DISCRIMINAÇÃO

⁴²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014

⁴³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014

A discriminação, quase nunca, tem suas razões perceptíveis, pois são ocultadas por tradições culturais enraizadas no meio social. A própria sociedade, sem perceber, admite certos tipos de práticas discriminatórias, pois acham inofensivas em primeira análise, tendo em vista que já faz parte da sua cultura. Contudo, existem as razões claras e identificadas que ensejam a discriminação. Em sua obra, Barros identifica e classifica alguns motivos que levam a discriminação, eis:⁴⁴

Para se conhecer bem a discriminação, não basta identificar suas manifestações, mas principalmente as razões que a ensejam, as quais poderão ser arroladas da seguinte forma: o ódio, a “superioridade racial”, a antipatia, os preconceitos, a ignorância, o temor, a intolerância e a política meditada e estabelecida.

O ódio já engloba outras formas de discriminação citadas por Alice Monteiro de Barros, como a antipatia. É fato, que o ódio gerador da discriminação, pode advir de fatores históricos, relacionados principalmente a raça e a religião. Os povos dominadores do passado, ainda se acham, mesmo nos dias atuais, superiores aos povos dominados anteriormente, gerando neles um sentimento de superioridade, ao ponto de discriminarem tais povos ou raças.

Outro fator que gera a discriminação é o preconceito, ou seja, sua opinião formada e pré-estabelecida pelos seus valores. Nessa temática, Alice Monteiro de Barros ensina que:⁴⁵

A discriminação poderá advir, ainda, de um sentimento natural de antipatia ou preconceito, isto é, uma opinião formada, sem se atentar para a realidade dos fatos ou para aspectos racionais que evidenciam exatamente o contrário do que se pensa.

A ignorância é uma das razões que pode promover a discriminação, que se apresenta como a pior, tendo em vista que a pessoa ignorante é aquela que ignora, que não quer mudar. A pessoa pode ser ignorante, por ingenuidade, por não saber do que está acontecendo, sendo então admissível, mas, via de regra, quando se trata de ignorância no preconceito, trata-se das pessoas que desconhecem dos fatos, mas, mesmo assim, tratam outros com discriminação.

⁴⁴BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.1130.

⁴⁵BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.1130.

A intolerância também é bem parecida com a ignorância, pois ambas se baseiam no não reconhecimento, na falta de respeito pela diferença do outro. Atualmente a intolerância religiosa é a mais latente, principalmente nos países do oriente, entretanto, essa realidade não está longe da vivenciada atualmente, tendo em vista que a intolerância no ambiente de trabalho, por motivos religiosos, é vista em todo momento na mídia nacional.

A discriminação atinge a todos, agindo na sociedade em todos os meios. Suas razões variam, mas todas são nocivas e destruidoras. No enfoque dado pelo presente trabalho, Alice Monteiro de Barros conclui que:⁴⁶

Sob o prisma econômico, a discriminação, além de inútil, é perigosa, pois impede o aproveitamento pleno da capacidade das pessoas afetadas, com efeito nocivo sobre a produtividade.

Qualquer tipo de discriminação, quando atinge o patamar econômico, eleva ainda mais seu potencial nocivo. Esse tipo de discriminação é caracterizado por remunerar um empregado que exerce a mesma função de outro, com um valor menor, levando em consideração a discriminação proferida pelo empregador, caracterizando, portanto, um tratamento desigual fundado em critérios discriminatórios, tendo como resultado um prejuízo produtivo, financeiro e psicológico ao empregado discriminado.

3.4 MANIFESTAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO:

Pode-se afirmar que a discriminação, no Brasil, manifesta-se de duas formas básicas, sendo ela direta ou indireta. A forma direta de discriminação ocorre quando o tratamento dado ao empregado é de forma proibitiva, por motivo de sexo, cor, idade e etc., conforme abaixo:⁴⁷

A discriminação direta é conceituada como o ato por meio do qual se atribui ao empregado um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundado em razões proibitivas (raça, sexo, estado civil, idade ou outra característica enumerada na lei).

⁴⁶BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.1131.

⁴⁷ *Ibidem*, 2009. p.1132.

Dessa forma, a discriminação direta se dá de forma explícita, de uma pessoa em particular ou por um grupo social inteiro, baseada em critérios racistas e discriminatórios de distinção. No âmbito laboral, essa discriminação exercida pelo empregador trata desigualmente seus empregados em razão da origem, cor, raça, idade, sexo ou qualquer critério que seja vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Muitos entendem que esse tipo de discriminação é vista como uma forma de opressão e de dominação de grupos sociais sobre outros, como por exemplo, do homem sobre a mulher, que historicamente disputam suas posições no mercado de trabalho.

Já a discriminação indireta manifesta-se através de um tratamento igual a todos, mas produzindo um efeito diferente, favorecendo determinado grupo ou pessoa em detrimento a outro. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros defende que:⁴⁸

A discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzira efeito diverso sobre determinados grupos.

Esse tipo de discriminação, aparentemente neutra, esconde-se por trás de tratamentos, a primeira vista, iguais a todos, mas quando vista de forma mais minuciosa, seus efeitos produzem uma discriminação a certos grupos sociais ou pessoas que sofrem exclusões históricas ao longo do tempo. Na discriminação indireta, todos recebem as mesmas condições de tratamento e critérios, entretanto, as consequências negativas atingem apenas sobre alguns, pois as capacidades exigidas pelo cargo não estão relacionadas aos discriminados, ou seja, a igualdade de tratamento é apenas sobre a forma da norma da igualdade, provocando momentos que causará a discriminação indireta.

Pode-se exemplificar falando da situação que em uma seleção para a função de embalador em um supermercado exige do candidato que o mesmo tenha o ensino médio completo, pode-se perceber que essa exigência é, em primeira vista, normal, pois ela é igual para todos, entretanto, ela exclui da seleção uma grande parcela da população que não possui a mesma escolaridade. A discriminação, nesse caso, está na exigência de uma escolaridade que não traria uma mudança no desempenho do funcionário, tendo em vista, que para função de embalador de supermercado, não precisaria de tal grau de instrução para que sua função seja plenamente exercida, então essa condição exclui indiretamente uma parte da

⁴⁸BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009.p.1131.

população mais pobre e que não tiveram oportunidade de dar continuidade aos estudos.

Independente de qual seja a forma de manifestação da discriminação, direta ou indireta, ela sempre resultará na desigualdade dos grupos sociais ou de pessoas que ao longo da história se mostram discriminadas.

3.5 MOMENTOS DA DISCRIMINAÇÃO:

Existem basicamente três momentos que a discriminação poderá acontecer, na fase pré-contratual ou de admissão, durante o curso do contrato e no término do contrato, ou seja, poderá acontecer em todas as etapas. Vide o que leciona Alice Monteiro de Barros:⁴⁹

A discriminação poderá ocorrer na **admissão, no curso do contrato e na dissolução do pacto laboral**, em vários ou em alguns setores, inclusive no emprego público, principalmente quando a seleção não se faz por concurso, como também em todo país ou em algumas regiões. (Grifos acrescentados)

Interessante comentar que, essa discriminação pode ser subdividida dentro da própria empresa, discriminando certos setores, muitas vezes, por preconceito ao empregado mais pobre, que trabalha em setores de serviços mais rudes e braçais. Também, no setor público, pode existir discriminação, geralmente nos empregados terceirizados ou comissionados, pois não são do quadro efetivo do órgão e terão tempo determinado para sair do cargo que exercem, contudo, verifica-se com menos frequência do que em empresas privadas.

A discriminação na fase de admissão, como o próprio nome já diz, acontece durante e antes da contratação do empregado, mesmo que a relação de emprego ainda não exista formalmente. O que existe na verdade, são práticas discriminatórias para a admissão do empregado no processo seletivo, através de exigências limitadoras e abusivas em relação ao sexo, cor, raça, origem e etc. Várias são as práticas exercidas pelas empresas que caracterizam esse tipo de discriminação como, preenchimento de questionários direcionados, com o intuito de obter informações sobre religião ou opção sexual e submeter o candidato ao

⁴⁹BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.1132.

detector de mentiras, dentre outras práticas abusivas, que ferem a liberdade, a igualdade e a intimidade do empregado.

No curso do contrato ou fase contratual, que se inicia com a contratação do empregado até sua demissão, tanto empregado quanto empregador possuem direitos e deveres. O empregador tem o dever de respeitar a dignidade do empregado, previsto na Constituição Federal de 1988, contudo, em decorrência do abuso do poder diretivo do diretivo, existem várias situações de descumprimento dos deveres estabelecidos pela constituição.

A discriminação durante o contrato de trabalho manifesta-se, em sua maioria, no estado de saúde frágil do empregado, proveniente de gravidez ou acidente de trabalho ou fora dele, bem como na sua opção sexual. Essa prática é observada quando ocorre demissão sem justa causa ao trabalhador que é diagnosticado com alguma doença mais grave, ou quando há rebaixamento de cargo ou função para forçar o pedido de demissão voluntária, ou até mesmo a mudança, também de função, das mulheres grávidas para trabalhos mais puxados, ou o não fornecimento de uniformes adequados, todos com o intuito de forçar sua demissão.

Outra prática bastante vista é a fiscalização da atividade, por meio de controles abusivos. A fiscalização e a busca pessoal decorrem do poder de controle do empregador, que em primeiro plano, deve preservar seu patrimônio, entretanto, essa revista e fiscalização devem observar limites, não podendo ferir a intimidade e o caráter do empregado, também não podendo ser usada como forma de perseguição e discriminação.

Já no final do contrato, ou na sua dissolução, a discriminação está, quase sempre, associada à vontade unilateral do empregador, que exerce o poder diretivo demitindo o empregado, alegando cortes de despesas e injustificadas demissões, no entanto, a demissão está ancorada em atos discriminatórios e abusivos de poder, a classe discriminada são as mesmas estudadas anteriormente.

4 NORMAS JURÍDICAS E JURISPRUDÊNCIAS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

4.1 CONCEITO DE NORMAS JURÍDICAS

As normas jurídicas são elementos essenciais para o Direito, não só trabalhista, mas para todos os ramos do direito. São elas, as responsáveis de gravar no ordenamento jurídico, os valores adquiridos ao longo da história de uma sociedade. Sobre ela recai a responsabilidade de regular a vida de toda uma sociedade e do indivíduo, recaindo sobre ele, sanções e disciplinamentos através de regras, sempre buscando a justiça e a equidade. Vejamos o que diz Amauri Mascaro Nascimento em uma de suas obras:⁵⁰

Portanto, norma é a totalidade das regras de direito que integram determinado ordenamento jurídico produzidas pela autonomia coletiva por meio de instrumentos jurídicos autocompostos pelos grupos e suas entidades representativas, e com efeitos gerais no Brasil.

Importante pontuar que as normas são feitas por toda a sociedade integrada, através de seus representantes, que legalmente são instituídos pelo povo para representar toda a sociedade na elaboração das normas. A construção e a aplicação se dão nas três esferas do governo, poder legislativo responsável pela elaboração das normas, de forma a se organizar bicameralmente, poder judiciário responsável pela aplicação das normas de modo geral e o poder executivo que se destaca por participar tanto do processo legislativo, como também de legislar paralelamente, principalmente no direito do trabalho.

4.2 RELAÇÃO ENTRE A NORMA CONSTITUCIONAL E A TRABALHISTA

Nesse sentido, pode-se afirmar que após a promulgação da constituição de 1988, o que existiu foi uma constitucionalização das normas e leis trabalhistas brasileiras, irradiada sobre elas a ideia de elevação e valorização dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores. A constituição tornou-se a base onde se

⁵⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História e teoria geral do direito trabalho**: relações individuais e coletivas do trabalho. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.387.

constrói todo o ordenamento jurídico, não podendo ser diferente das diretrizes estabelecidas por ela, nem tão pouco dispor de forma contrária.⁵¹

As leis trabalhistas vigoram como um patamar mínimo de direitos individuais dos trabalhadores e como forma de organização do sistema das relações coletivas de trabalho. Não pode subsistir colisão entre as normas da legislação ordinária e as da constituição.

O autor coloca a lei ordinária como um complemento e em um patamar abaixo da constituição, não podendo haver, em hipótese alguma, colisão entre elas, tendo em vista que são leis de patamares diferentes.

Essa relação de subordinação entre as normas trabalhistas e as normas constitucionais é mais bem aceita quando se entende que elas se complementam, na qual as leis infraconstitucionais trabalhistas complementam as garantias trabalhistas constitucionais regulamentando e tecendo sobre matérias que a constituição não abrangeu. Nessa ótica, as normas trabalhistas terão sempre a função de completar os princípios e direitos fundamentais consagrados pela constituição, tornando a relação entre elas cada vez mais estreita.⁵²

A constituição Federal de 1988 do Brasil declara princípios e normas gerais relacionados com o direito do trabalho, com os princípios gerais da atividade econômica, entre os quais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (art. 170), a busca do pleno emprego (art.170, VIII), o livre exercício do trabalho, ofício e profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII).

Esses são apenas alguns exemplos de normas constitucionais quem mostram a afinidade com o ramo do direito trabalhista, sempre na linha da valorização do trabalhador de forma individual e coletiva.

4.3 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

Toda lei que não foi inserida no texto constitucional, é chamada de infraconstitucional, ela está um patamar abaixo da lei maior, que é a Constituição. No direito do trabalho, existem várias normas infraconstitucionais que visam diminuir a diferença entre as classes trabalhistas. Para iniciar, destaca-se o art. 460, da CLT,

⁵¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411.

⁵²*Ibidem*, 2012. p. 421.

que trata da isonomia salarial, dando igualdade de salário aos empregados que exerçam a mesma função ou equivalente. E o art. 461, da mesma lei, é uma espécie de ratificação do artigo anterior, pois busca a isonomia no tratamento salarial entre os empregados, conforme transcritos abaixo.⁵³

Art. 460 - Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Resta claro que, a falta de isonomia salarial para empregados que exerçam a mesma função ou semelhante, caracteriza-se como sendo uma conduta discriminatória, tendo em vista que o artigo especifica os motivos que possam ensejar a diferenciação salarial, não sendo eles por motivo de sexo, nacionalidade ou idade.

Além da CLT, infraconstitucionalmente existem outras leis que também se destacam no combate a discriminação no âmbito trabalhista. A lei nº. 9.029/95 trata da discriminação na contratação e na manutenção por motivo de raça, cor, sexo, estado civil, origem ou idade, conforme infracolacionado:⁵⁴

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.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

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).

⁵³BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁴BRASIL. **Lei nº. 9.029, de 13 de abril de 1995.** Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Importante ganho para a mulher, já que o artigo 2º extingue a prática discriminatória na admissão, vedando a exigência de exames e testes que comprovem seu estado gravídico ou esterídico. Com isso, a mulher ganha mais competitividade no mercado de trabalho, competindo em igualdade com o homem na busca por emprego.

Na mesma linha de proteção, surge a lei infraconstitucional nº. 9.799/99, que protege a mulher, garantindo uma igualdade de acesso ao mercado de trabalho, consoante pode ser visto abaixo:⁵⁵

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

SEÇÃO I

Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação contra a Mulher

Art. 373A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

⁵⁵BRASIL. **Lei nº. 9.799, de 26 de maio de 1999.** Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Art. 390B. As vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos.

Art. 390C. As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra.

Art. 390E. A pessoa jurídica poderá associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher.

Art. 392. § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

As adequações e emendas às leis e aos estatutos são práticas normais no mundo jurídico, tendo em vista que a sociedade é dinâmica e rápida em suas transformações. A lei nº. 9.799/99 trás justamente mudanças necessárias visando a proteção da mulher no mercado de trabalho, espelhado pelas vitórias conquistadas por elas nos dias atuais.

A lei coloca o homem e a mulher no mesmo patamar e iguala o serviço público com o serviço privado, no combate à discriminação, entretanto, observa-se que a mudança no art. 392, foi uma das mais importantes em termos de ganho para a mulher, tendo em vista que a valorização da vida ficou em primeiro lugar, salvaguardando o nascituro e a mulher em seu estado gravídico. Outro fator importante e ainda controverso é sobre a revista pessoal do empregado, pois ainda gera grande tensão nos dias atuais. Caracteriza-se como discriminação o abuso do

poder diretivo em muitos casos de revista íntima, consoante mencionado no art. 373-A, que proíbe a revista íntima nas empregadas, não podendo ser de caráter pessoal.

A pessoa com deficiência também foi protegida por lei infraconstitucional, visando assegurar seus direitos básicos e diminuir a diferença ao acesso e manutenção não somente no mercado de trabalho, mas em todas as esferas da sociedade, desta forma, a lei nº. 7.853/89 apresenta a seguinte redação:⁵⁶

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - na área da educação:

- a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
- b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
- c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;
- d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência;
- e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;

⁵⁶BRASIL. **Lei nº, 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino;

II - na área da saúde:

a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência;

b) o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas;

c) a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação;

d) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados;

e) a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado;

f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social;

III - na área da formação profissional e do trabalho:

a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;

b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;

c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;

d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regule a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;

IV - na área de recursos humanos:

a) a formação de professores de nível médio para a Educação Especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional;

b) a formação e qualificação de recursos humanos que, nas diversas áreas de conhecimento, inclusive de nível superior, atendam à demanda e às necessidades reais das pessoas portadoras de deficiências;

c) o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico em todas as áreas do conhecimento relacionadas com a pessoa portadora de deficiência;

V - na área das edificações:

a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte.

Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

§ 1º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 2º As certidões e informações a que se refere o parágrafo anterior deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação civil.

§ 3º Somente nos casos em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 4º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, e, salvo quando se tratar de razão de segurança nacional, requisitar umas e outras; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado da sentença.

§ 5º Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles.

§ 6º Em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos co-legitimados pode assumir a titularidade ativa.

Art. 4º A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

§ 1º A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal.

§ 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer legitimado ativo, inclusive o Ministério Público.

Art. 5º O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

Art. 6º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exame ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 1º Esgotadas as diligências, caso se convença o órgão do Ministério Público da inexistência de elementos para a propositura de ação civil, promoverá fundamentadamente o arquivamento do inquérito civil, ou das peças informativas. Neste caso, deverá remeter a reexame os autos ou as respectivas peças, em 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, que os examinará, deliberando a respeito, conforme dispuser seu Regimento.

§ 2º Se a promoção do arquivamento for reformada, o Conselho Superior do Ministério Público designará desde logo outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 7º Aplicam-se à ação civil pública prevista nesta Lei, no que couber, os dispositivos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 9º A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

§ 1º Os assuntos a que alude este artigo serão objeto de ação, coordenada e integrada, dos órgãos da Administração Pública Federal, e incluir-se-ão em Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, na qual estejam compreendidos planos, programas e projetos sujeitos a prazos e objetivos determinados.

§ 2º Ter-se-ão como integrantes da Administração Pública Federal, para os fins desta Lei, além dos órgãos públicos, das autarquias, das empresas públicas e sociedades de economia mista, as respectivas subsidiárias e as fundações públicas.

Art. 10. A coordenação superior dos assuntos, ações governamentais e medidas referentes a pessoas portadoras de deficiência caberá à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. (Redação dada pela Lei nº 11.958, de 2009)

Parágrafo único. Ao órgão a que se refere este artigo caberá formular a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, seus planos, programas e projetos e cumprir as instruções superiores que lhes digam respeito, com a cooperação dos demais órgãos públicos. (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

[...]

Art. 12. Compete à Corde:

I - coordenar as ações governamentais e medidas que se refiram às pessoas portadoras de deficiência;

II - elaborar os planos, programas e projetos subsumidos na Política Nacional para a Integração de Pessoa Portadora de Deficiência, bem como propor as providências necessárias a sua completa implantação e seu adequado desenvolvimento, inclusive as pertinentes a recursos e as de caráter legislativo;

III - acompanhar e orientar a execução, pela Administração Pública Federal, dos planos, programas e projetos mencionados no inciso anterior;

IV - manifestar-se sobre a adequação à Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência dos projetos federais a ela conexos, antes da liberação dos recursos respectivos;

V - manter, com os Estados, Municípios, Territórios, o Distrito Federal, e o Ministério Público, estreito relacionamento, objetivando a concorrência de ações destinadas à integração social das pessoas portadoras de deficiência;

VI - provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil de que esta Lei, e indicando-lhe os elementos de convicção;

VII - emitir opinião sobre os acordos, contratos ou convênios firmados pelos demais órgãos da Administração Pública Federal, no âmbito da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência;

VIII - promover e incentivar a divulgação e o debate das questões concernentes à pessoa portadora de deficiência, visando à conscientização da sociedade.

Parágrafo único. Na elaboração dos planos, programas e projetos a seu cargo, deverá a Corde recolher, sempre que possível, a opinião das pessoas e entidades interessadas, bem como considerar a necessidade de efetivo apoio aos entes particulares voltados para a integração social das pessoas portadoras de deficiência.

§ 1º A composição e o funcionamento do Conselho Consultivo da Corde serão disciplinados em ato do Poder Executivo. Incluir-se-ão no Conselho representantes de órgãos e de organizações ligados aos assuntos

pertinentes à pessoa portadora de deficiência, bem como representante do Ministério Público Federal.

§ 2º Compete ao Conselho Consultivo:

I - opinar sobre o desenvolvimento da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência;

II - apresentar sugestões para o encaminhamento dessa política;

III - responder a consultas formuladas pela Corde.

§ 3º O Conselho Consultivo reunir-se-á ordinariamente 1 (uma) vez por trimestre e, extraordinariamente, por iniciativa de 1/3 (um terço) de seus membros, mediante manifestação escrita, com antecedência de 10 (dez) dias, e deliberará por maioria de votos dos conselheiros presentes.

§ 4º Os integrantes do Conselho não perceberão qualquer vantagem pecuniária, salvo as de seus cargos de origem, sendo considerados de relevância pública os seus serviços.

§ 5º As despesas de locomoção e hospedagem dos conselheiros, quando necessárias, serão asseguradas pela Corde.

Art. 14. (Vetado).

Art. 15. Para atendimento e fiel cumprimento do que dispõe esta Lei, será reestruturada a Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação, e serão instituídos, no Ministério do Trabalho, no Ministério da Saúde e no Ministério da Previdência e Assistência Social, órgão encarregados da coordenação setorial dos assuntos concernentes às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 16. O Poder Executivo adotará, nos 60 (sessenta) dias posteriores à vigência desta Lei, as providências necessárias à reestruturação e ao regular funcionamento da Corde, como aquelas decorrentes do artigo anterior.

Art. 17. Serão incluídas no censo demográfico de 1990, e nos subseqüentes, questões concernentes à problemática da pessoa portadora de deficiência, objetivando o conhecimento atualizado do número de pessoas portadoras de deficiência no País.

Art. 18. Os órgãos federais desenvolverão, no prazo de 12 (doze) meses contado da publicação desta Lei, as ações necessárias à efetiva implantação das medidas indicadas no art. 2º desta Lei.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 20. Revogam-se as disposições em contrário.

Dignidade, independência e cidadania, são algumas das garantias a serem atingidas com essa lei, que garante ou busca garantir, aos deficientes, o exercício pleno de seus direitos. Sem dúvidas, o princípio da igualdade é o grande norteador, garantindo oportunidades iguais às pessoas deficientes e combatendo à discriminação em todas as áreas (esporte, lazer, cultura, educação, saúde e trabalho).

4.4 SÚMULAS E JURISPRUDÊNCIAS

A Constituição Federal, a Consolidação das Leis de Trabalho, diversas leis esparsas integram os instrumentos normativos a serem aplicadas para a resolução de litígios trabalhistas. Além disso, são de grande importância as

orientações jurisprudenciais, as súmulas, as jurisprudências dos Tribunais Pátrios e as contribuições doutrinárias na área trabalhista.

Ressalte-se que todos estes dispositivos auxiliam a busca pela consolidação da justiça, para aqueles que pleiteiam seus direitos por meio da tutela jurisdicional.

Desta forma, a jurisprudência pátria dos principais tribunais se firma no sentido de reconhecer o direito a não discriminação da mulher, quando em estado gravídico, responsabilizando os responsáveis pelo ato atentatório à garantia do emprego das empregadas gestantes. De igual modo, buscam combater a discriminação dos empregados em função do sexo – principalmente feminino –, consoante arestos abaixo transcritos:⁵⁷

EMENTA: DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER GRÁVIDA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Confirmando a prova dos autos, a adoção pela reclamada da prática discriminatória de dispensar empregadas grávidas, ou quando egressas da licença maternidade, é de se reconhecer o direito da autora à indenização por dano moral. Inaceitável a discriminação em manifesto atentado à dignidade das trabalhadoras, e que inclusive já é alvo de investigação pelo Ministério Público do Trabalho, razão pela qual merece prestígio a bem lançada decisão de origem. Arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, I e XIII, art. 170, caput e III), da Lex Fundamentalís, e 373-A da CLT.

Os tribunais apenas fazem cumprir o que está na constituição e na CLT, pacificando o assunto de maneira a não haver dúvidas sobre esse tipo de discriminação.⁵⁸

EMENTA: RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. ASSÉDIO MORAL. DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. O direito à igualdade se caracteriza pela isonomia de tratamento e a proteção à maternidade encontra sede na Constituição Política (arts. 5º, I, e 6º, caput), portanto, não se permite qualquer distinção decorrente de atributos pessoais, ainda mais referente ao estado gestacional, momento em que a mulher, devido a diversas alterações físicas e emocionais, encontra-se numa condição mais sensível a fatores discriminatórios. É inegável que, com a modernização das relações sociais, as mulheres, após longos anos de lutas e conquistas, vêm ocupando o seu lugar no mercado de trabalho, não se limitando aos afazeres meramente domésticos. A mulher moderna é autônoma, e por meio de seu trabalho se afirma como uma personagem ativa das transformações sociais e econômicas, muito contribuindo no próprio sustento familiar, não sendo raros os casos em que o ônus pela manutenção do lar fica exclusivamente ao seu cargo. Nessa linha, e considerando que historicamente a mulher exerceu um papel subalterno na

⁵⁷BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região**. Recurso Ordinário nº. 592200808602000 SP 00592-2008-086-02-00-0, Relator: Desembargador RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, data de julgamento: 17/11/2009, 4ª Turma, data de publicação: 04/12/2009.

⁵⁸BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região**. Recurso Ordinário nº. 949200802110001 DF 00949-2008-021-10-00-1, Relator: Desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira, julgamento: 12/05/2009, 2ª Turma, publicação: 29/05/2009.

sociedade (com raras exceções), devido a preconceitos enraizados no complexo social, que infelizmente até hoje persistem, como se verifica no caso dos autos, foram inseridas na legislação pátria normas de proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, CF; art. 10, b da ADCT; art. 391 da CLT, dentre outras). Especificamente quanto à maternidade, a legislação, de cunho eminentemente social, prevê medidas que visam proteger não só a mulher na sua condição de trabalhadora, mas também permitir que esta tenha tranqüilidade para exercer de forma plena suas funções maternas, o que é de suma importância para um desenvolvimento saudável da criança. Nesse contexto, verifica-se que a conduta da reclamada, ao praticar discriminação generalizada contra mulheres grávidas no âmbito de seu estabelecimento, além de contrariar todas as normas protetivas do mercado feminino, em especial o da maternidade, está na contramão da história, por demonstrar modos de conduta empresariais arcaicos não condizentes com o que se espera hodiernamente de uma empresa séria e em consonância com as peculiaridades da sociedade moderna. Recurso patronal a que se nega provimento. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IDENTIDADE DE FUNÇÃO. Comprovado nos autos que a reclamante exercia as mesmas atividades do paradigma, sem que tenha sido comprovado fato impeditivo ao direito obreiro, faz jus a empregada às diferenças salariais pleiteadas.

Fica cristalino que os Tribunais estão combatendo a prática de atos atentatórios a dignidade dos trabalhadores e combatendo a discriminação, de qualquer natureza, reestabelecendo a garantia dos direitos dos trabalhadores discriminados pelos empregadores.

A guisa de ilustração e enriquecimento da discussão, importante colacionar a íntegra da decisão que se segue, combatendo à prática discriminatória de racismo, com seus fundamentos e argumentos, consoante abaixo.⁵⁹

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ATO ILÍCITO. RACISMO. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. INSCRIÇÃO NA PORTA DO BANHEIRO. PROVA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR ARBITRADO DE R\$ 20.000,00. FRAUDE NA RESCISÃO CONTRATUAL.

Agravo de instrumento não provido, porque as razões apresentadas na minuta não autorizam a reforma do despacho denegatório do seguimento do recurso de revista.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR- 166300-10.2008.5.12.0002**, em que é Agravante **SANTA RITA INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS LTDA.** e Agravado **EVERSON DA SILVA XAVIER.**

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Segunda Região denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela Reclamada, o que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento.

O Agravado não apresentou contraminuta ao agravo de instrumento nem contrarrazões ao recurso de revista.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

⁵⁹BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 66300-10.2008.5.12.0002. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono, julgamento em 14/03/2012.

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade do agravo de instrumento, dele conheço.

2. MÉRITO

A decisão denegatória está assim fundamentada:

"PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (acórdão publicado em 07/07/2011 - fl. 419; recurso apresentado em 15/07/2011 - fl. 420).

Regular a representação processual (fl. 122).

Satisfeito o preparo (fls. 333, 357-v., 357, 408-v. e 428).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR / INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / LIQUIDAÇÃO / CUMPRIMENTO / EXECUÇÃO / VALOR DA EXECUÇÃO / CÁLCULO / ATUALIZAÇÃO.

Alegação(ões):

- violação dos arts. 1º, IV, 5º, V, LIV, LV, LVI, LIII, 93, X, e 170 da Constituição da República.

- violação dos arts. 128, 131, 331 e 460 do CPC, 818 da CLT e 186, 927 e 944 do CC.

- divergência jurisprudencial.

A recorrente reitera que não existe prova cabal de conduta antijurídica da empresa que causasse dano ao patrimônio ideal do trabalhador, notadamente por entender que o juízo utilizou como prova elementos extraídos do procedimento preparatório para averiguação sobre a alegação de racismo, o que não serve para esse desiderato. Nesse passo, pretende se eximir da obrigação de pagar ao autor a indenização por danos morais por prática discriminatória, com o restabelecimento da sentença. Assevera que a inscrição na porta do banheiro não era dirigida ao autor, pois já estava lá antes de sua admissão. Sucessivamente, pugna pela redução do valor arbitrado à indenização (R\$20.000,00), asseverando ser ela desproporcional à condição do demandante.

Consta da tutela jurisdicional acrescentada e resumida nos embargos (fl. 416 - frente e verso):

'No que tange à alegação de que o julgado declarou o reconhecimento de prática de ilícito por parte da ré com referência ao acordo constante nos autos da ACP, equivoca-se a embargante. Na verdade o que consta é um breve relatório à fl. 389, reproduzindo-se a síntese dos fatos trazidos pela própria embargante em sua peça recursal, mais precisamente à fl. 354.

Em verdade, a decisão embargada reconheceu, com base na prova que repousa nos autos, nele produzida e também na ACP anterior, a prática de ato de racismo pelos prepostos da ré, indene de dúvidas. CONSIDEROU-SE PROVADO O FATO CONSTITUTIVO ALEGADO NA PETIÇÃO INICIAL' (sublinhei).

Ademais, foram ponderados todos os aspectos que convenceram o juízo acerca do valor arbitrado (fls. 388 e 404-verso a 405):

'RACISMO E DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O poder diretivo traz implícita uma atividade fiscalizadora, caracterizada como um poder, que é, ao mesmo tempo, um dever e cuja omissão é, por si só, um inadimplemento, tal como ocorre com a higiene e a segurança do local de trabalho, ao empregador incumbe zelar pela respeitabilidade, civilidade e decoro nesse local, como obrigações conexas do contrato de emprego, como fruto que encontra raízes em sua boa fé objetiva, que cria expectativas do contratado, mas também da própria sociedade, na medida em que o contrato possui uma função social inafastável. Não pode o empregador admitir o nascimento ou a proliferação do preconceito étnico, de cor ou mesmo de opção sexual 'intra muros', mesmo que, para tal, seja necessário punir, de forma rigorosa, os trabalhadores que não aceitarem as meras admoestações. O empregado não vende a sua dignidade, mas

apenas a sua força de trabalho. A subordinação não traz implícita qualquer autorização para o desrespeito. São intoleráveis pelo direito e pela moral, o racismo e a discriminação, impondo-se a indenização das vítimas e a punição dos algozes, para preservação da dignidade humana, que é o objeto maior do contrato de trabalho.

(...) Não se trata de eleger a empresa como um 'bode expiatório', mas fazê-la pagar por seus graves erros e desacertos na condução do contrato de trabalho mantido com o autor e com os demais empregados (principalmente o encarregado), ao permitir a diuturna, reincidente e irritante repetição de atos de discriminação, preconceito, ofensas e ameaças.

Considerando o tempo a que o autor ficou sujeito à discriminação e às ofensas (21.03.01 a 25.04.08), a gravidade delas, o fato da ré considerá-las normais, a necessidade de ressarcir o dano moral, mas também obter-se uma pedagogia que impeça a repetição de atos de tal jaez e até o fato de que a ré, no momento em que o autor resolveu reagir, preferiu dispensá-lo e mais, forjando uma justa causa (do que se tratará depois), bem como, o fato de que a ré pertence a um grupo com centenas de empregados e uma razoável solidez financeira (seu capital social é de R\$3.000.000,00) fixo o valor da indenização por danos morais em R\$50.000,00, o que, dividido pelos 2.592 dias em que o contrato de trabalho perdurou, dá uma indenização mínima (menos de R\$20,00 por dia).

Assim, dou provimento parcial ao recurso, para deferir indenização por danos morais que fixo em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Entretanto, restei parcialmente vencido quanto ao valor aqui referido, porquanto prevaleceu o entendimento de condenar a ré ao pagamento da indenização por danos morais, mediante a redução do valor por mim proposto e englobar em um só montante (R\$ 20.000,00) as relativas a racismo, inscrições nas portas do banheiro e fraude na rescisão' (sublinhei).

Assim, não há falar em admissão da revista, quer pela insurgência relativa à configuração do dano, quer pelo inconformismo com o valor arbitrado a título de indenização. Diante dos fundamentos adotados no acórdão, a pretensão da parte recorrente demandaria a reavaliação de fatos e provas, prática defesa nesta instância recursal (Súmula nº 126 do TST).

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista" (destaques no original - fls. 865/868 do documento sequencial eletrônico).

A Agravante argumenta que o não processamento do seu recurso de revista impede o exercício da ampla defesa e caracteriza ofensa ao art. 5º, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal.

O agravo de instrumento destina-se à impugnação de decisão que nega processamento a recurso. Assim, no caso do trancamento do recurso de revista, a Agravante deve demonstrar que o seu recurso cujo seguimento foi denegado preenche os requisitos do art. 896 da CLT e que foi equivocado o seu não recebimento.

Portanto, alegar que a decisão agravada fere dispositivos legais ou constitucionais não tem a menor relevância, visto que, ainda que se constate o alegado, a consequência não será o provimento do agravo de instrumento e o processamento do recurso de revista, pois isso depende da efetiva demonstração de que o recurso de revista atende pelo menos a um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade previstos no art. 896 da CLT.

Em termos de ofensa à lei, o que a parte deve demonstrar para viabilizar o processamento do recurso de revista é que o acórdão recorrido contém entendimento contrário ao texto da lei ou da Constituição Federal.

Daí por que até dispensável por ausência de resultado prático útil em benefício da Agravante o exame da alegação de que a decisão agravada feriu a letra de dispositivos constitucionais ou legais.

De qualquer forma, ressalte-se que as garantias constitucionais do devido processo legal, da observância do contraditório e da ampla defesa e da inadmissibilidade de prova ilícita, com os meios e recursos inerentes, não são absolutas e devem ser exercitadas com a observância da legislação

infraconstitucional que disciplina o processo judicial, não constituindo negação dessas garantias o não recebimento de recurso que não preenche os requisitos previstos em lei.

De outro lado, a decisão denegatória está correta, não merecendo nenhum reparo.

Por ser um apelo de natureza extraordinária, o conhecimento do recurso de revista é condicionado à satisfação concomitante dos requisitos comuns de admissibilidade (tempestividade, regularidade de representação, preparo) e dos especiais elencados no art. 896 da CLT.

Nos termos do disposto no art. 896, § 1º, da CLT, cabe à autoridade regional a quem é apresentado o recurso de revista efetuar o exame prévio quanto ao atendimento dos pressupostos recursais comuns e especiais, recebendo-o ou denegando seu seguimento, mediante decisão fundamentada.

No caso em exame, a autoridade regional não recebeu o recurso de revista interposto pela Reclamada, por não ter sido demonstrada a violação literal de dispositivo de lei federal ou da Constituição da República ou divergência jurisprudencial, conforme fundamentos lançados no despacho de fls. 865/868.

Procedendo-se ao exame das razões recursais de revista e do teor do acórdão recorrido, conclui-se ter sido correto o não recebimento do recurso de revista, merecendo integral ratificação as razões de fato e de direito lançadas no despacho agravado, não obstante as alegações constantes da minuta do agravo de instrumento.

Diante do exposto, adoto como razões de decidir os fundamentos da decisão agravada já transcritos e nego provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento. Brasília, 14 de Março de 2012. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. (Grifos e destaques do original).

Seguindo o entendimento jurisprudencial, pacífico e uníssono, foi editada a súmula nº. 443, do Tribunal Superior do Trabalho, considerando discriminatória a dispensa de portador de doença grave, sendo presumida a discriminação.⁶⁰

Súmula nº 443 do TST - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. 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.

Diante das decisões jurisprudenciais e da súmula mencionada, além do acervo normativo a disposição dos juristas e dos Nobres Julgadores e dos ensinamentos doutrinários disponíveis, há a busca para combater a discriminação de todas as formas (idade, sexo, religião, deficientes, dentre outros), o que se

⁶⁰ _____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº. 443**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 20 nov. 2014.

mostra essencial na atual sociedade. Servindo de desestímulo às ações lesivas praticadas pelos empregadores, que usando, de forma errônea, os poderes diretivos e disciplinares discriminam os empregados, pelas mais diversas razões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas relações empregatícias, o desequilíbrio entre o empregador e empregado é visível, sendo manifestado de diversas formas. O empregador extrapolando o seu poder diretivo e disciplinar exige e impõe requisitos ilegais e discriminatórios aos empregados. Discriminação esta consolidada em função da imposição, em face do poderio econômico do empregador, de critérios que discriminam e excluem os empregados ao arripio das leis e da Constituição. Bem como, são utilizados esses critérios para a demissão aparentemente 'sem justa causa' do empregador, maquiando a perseguição e o intuito de punir o trabalhador.

No entanto, seguindo a premissa que todas as pessoas são iguais. Máxima que não é apenas uma frase comum, pois significa uma busca universal pela igualdade de direitos e de dignidade entre todos os seres humanos, independente da sua condição racial, de sexo, cor, origem, religião, dentre outras, defendidas em diversos instrumentos normativos existentes em âmbito nacional e internacional.

Nesse sentido, a teoria dos direitos naturais, que pregam a liberdade e a igualdade do homem, ao ser positivado, dar início a uma nova dimensão ao direito, tornando-o mais humano e social, confirmado através do princípio da igualdade, que foi absorvido pelas constituições em todo o mundo. O princípio da igualdade, mesmo sendo acolhido pelo direito positivo, não garante, por si só, que todos os homens sejam livres e iguais ao nascerem, entretanto, ele garantirá que o Estado buscará a isonomia entre todos, não somente perante a lei, mas em todas as áreas humanas.

Todo ordenamento jurídico pátrio, é iluminado, ou norteado, pelo princípio da igualdade, que sempre será aplicado com o intuito de diminuir a discriminação e prover um tratamento mais justo e igual a todos, tratando os iguais de forma igual e os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ou seja, para cumprir fielmente a justiça da igualdade, a norma ou o conjunto normativo poderá tratar desigualmente os desiguais visando à proteção e a busca da diminuição ou eliminação das desigualdades sem justificativas. Esse tratamento desigual dado pelo Estado é entendido e aceito, quando injustificadamente, tratam com desigualdade o desigual, levando um prejuízo injustificado.

Um dos fundamentos do Estado que justifica esse tratamento desigual, é a procura pela igualdade de tratamento e oportunidade no mercado de trabalho, ou

seja, a aplicação do princípio da igualdade combatendo a discriminação e promovendo a igualdade entre todos, tem como resultado nesse processo de diminuição da discriminação, a igualdade de tratamento e oportunidades no trabalho.

Desta forma, precipuamente na Justiça Trabalhista, os princípios constitucionais são aplicados para proteger a parte mais vulnerável na relação de emprego estabelecida – o empregado –, reconhecendo que a parte mais forte, o empregador, utiliza sem limites o poder diretivo e disciplinar para tolher os direitos dos trabalhadores, maquiando a realidade com a utilização, muitas vezes, de documentos que os empregados são forçados a assinarem.

Diante disto, a Justiça do Trabalho relativiza certas provas produzidas pelo empregador ao alvedrio dos dispositivos legais e constitucionais, com a aplicação dos princípios protetivos do trabalhador, bem como da doutrina e da jurisprudência, primando pela realidade dos fatos.

Constata-se, portanto, a possibilidade coexistência dos poderes disciplinar e diretivo alinhados aos direitos dos trabalhadores, os quais são baseados, mormente nos princípios protetivos constitucionais e legais. Sendo possível a existência harmoniosa e equilibrada entre os direitos e deveres dos empregados e empregadores, buscando efetivar as garantias fundamentais dos empregados e, ao mesmo tempo, possibilitando a lucratividade do empregador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil. v. 2: direito das obrigações e contratos**. São Paulo: Método, 2005,

BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. **Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. **Lei nº. 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. **Lei nº. 9.799, de 26 de maio de 1999**. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. **Lei nº, 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário nº. 385.397-0, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília-DF, 26 jun. de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676596>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região.** Recurso Ordinário nº. 12218, Relator: Juiz Ricardo Antônio Mohallem, data de julgamento: 16/02/1998, 3ª Turma, data de publicação: 20/03/1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29735/a-pejotizacao-trabalhista-o-caso-dos-empreadores-individuais>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 19ª Região.** Recurso Ordinário nº. 1507200500519001 AL 01507.2005.005.19.00-1, Relator: Pedro Inácio, data de publicação: 30/05/2007. Disponível em: <<http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8927920/recurso-ordinario-record-1507200500519001-al-0150720050051900-1-trt-19>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região.** Recurso Ordinário nº. 7502920125010066 RJ, Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges, data de julgamento: 04/03/2013, 3ª Turma, data de publicação: 01/04/2013. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24893927/recurso-ordinario-ro-7502920125010066-rj-trt-1>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região.** Recurso Ordinário nº. 592200808602000 SP 00592-2008-086-02-00-0, Relator: Desembargador RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, data de Julgamento: 17/11/2009, 4ª TURMA, data de Publicação: 04/12/2009. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8518350/recurso-ordinario-record-592200808602000-sp-00592-2008-086-02-00-0>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região.** Recurso Ordinário nº. 949200802110001 DF 00949-2008-021-10-00-1, Relator: Desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira, Julgamento: 12/05/2009, 2ª Turma, Publicação: 29/05/2009. Disponível em: <http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8775524/recurso-ordinario-ro-949200802110001-df-00949-2008-021-10-00-1>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 66300-10.2008.5.12.0002. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono, julgamento em 14/03/2012. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=155124&ano_int=2011&novoportal=1>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. _____. **Súmula nº. 443.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 20 nov. 2014.

AURÉLIO, dicionário online. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/discriminar>> Acesso em 09 out.2014

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FIUZA, César. **Direito civil:** curso completo. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LAGO, Natanael. **Poder Disciplinar do Empregador.** Disponível em: <http://www.professortrabalhista.adv.br/poder_disciplinar_do_empregador.htm>. Acesso em: 27 maio 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 3. Ed.-São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História e teoria geral do trabalho:** relações individuais e coletivas do trabalho. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral.** Coimbra: Ed. Almedina, 1999.