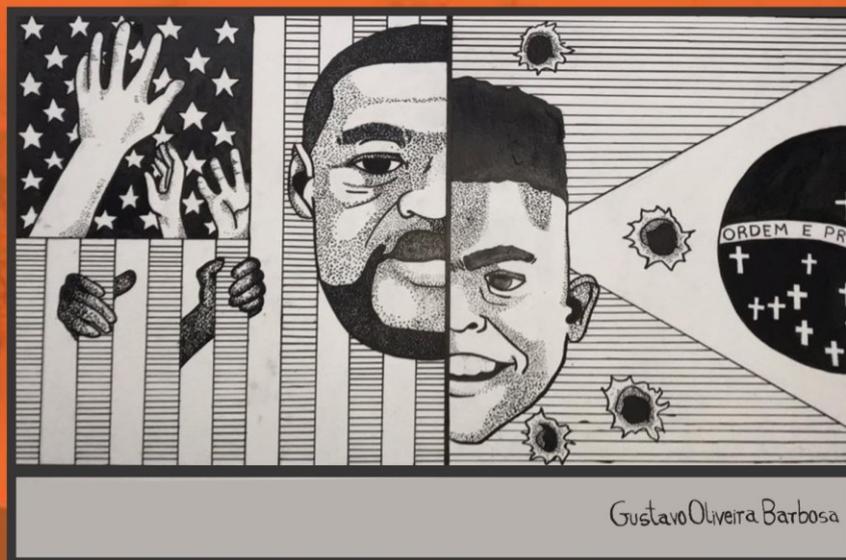


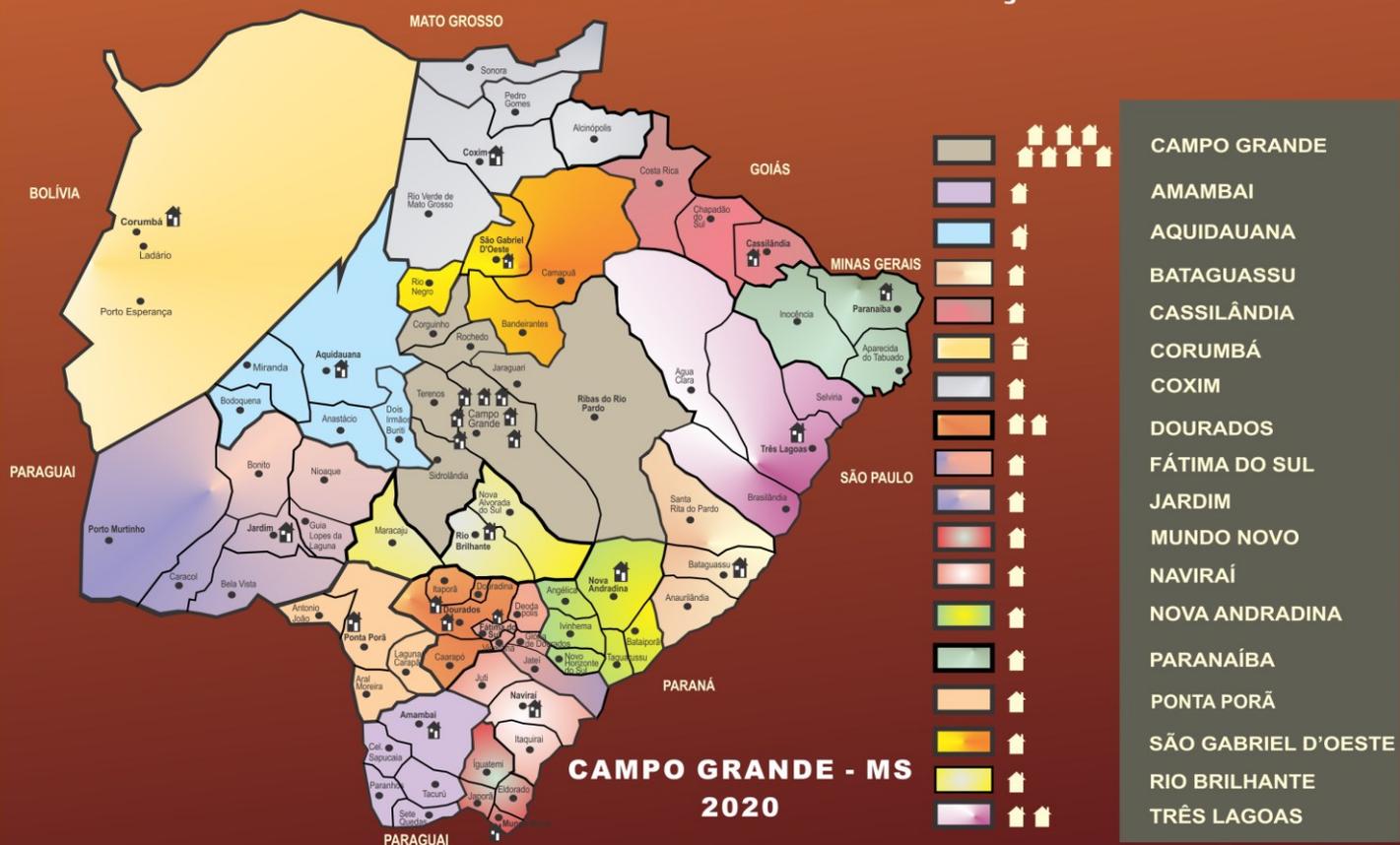
REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO



DISCRIMINAÇÃO



VARAS DO TRABALHO E SUAS RESPECTIVAS JURISDIÇÕES



Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

Des. Nicanor de Araújo Lima
Presidente e Corregedor

Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior
Vice-presidente e Vice-corregedor

Endereço:

Rua Delegado Carlos Roberto Bastos de Oliveira, 208
Jardim Veraneio – Parque dos Poderes
Campo Grande, MS CEP 79037-102
escolajudicial@trt24.jus.br

Organização: Secretaria da EJTRT 24ª REGIÃO

REVISTA ELETRÔNICA
Campo Grande – MS
2020

TRT 24ª Região
ESCOLA JUDICIAL

Conselho Executivo

Diretor

Desembargador Francisco das C. Lima Filho

Vice-diretor

Juíza do Trabalho Izabella de Castro Ramos

Membro Representante da 2ª Instância

Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida

Membro Representante da 1ª Instância

Juiz do Trabalho Substituto Alexandre Marques Borba

Coordenador Pedagógico

Juíza do Trabalho Neiva Márcia Chagas

Representante dos Servidores

Thais Nunes da Silva Santos

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

Desembargadores

NICANOR DE ARAÚJO LIMA
Presidente e Corregedor

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Vice-presidente e Vice-corregedor

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA

MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO

NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA

JOÃO MARCELO BALSANELLI

JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

TOMAS BAWDEN DE CASTRO SILVA

1ª Vara do Trabalho de Campo Grande

ADEMAR DE SOUZA FREITAS

Vara do Trabalho de Aquidauana

JÚLIO CÉSAR BEBBER

2ª Vara do Trabalho de Campo Grande

CHRISTIAN GONÇALVES MENDONÇA ESTADULHO

Vara do Trabalho de Jardim

RENATO LUIZ MIYASATO DE FARIA

7ª Vara do Trabalho de Campo Grande

IVETE BUENO FERRAZ

5ª Vara do Trabalho de Campo Grande

FATIMA REGINA DE SABOYA SALGADO

Vara do Trabalho de Amambai

MARCO ANTONIO MIRANDA MENDES

3ª Vara do Trabalho de Campo Grande

IZABELLA DE CASTRO RAMOS

4ª Vara do Trabalho de Campo Grande

MARCO ANTONIO DE FREITAS

Vara do Trabalho de São Gabriel do Oeste

KELLY CRISTINA MONTEIRO DIAS ESTADULHO

Vara do Trabalho de Rio Brillhante

FLÁVIO DA COSTA HIGA

Vara do Trabalho de Coxim

LUIZ DIVINO FERREIRA

Vara do Trabalho de Paranaíba

ANNA PAULA DA SILVA SANTOS

Vara do Trabalho de Corumbá

NEIVA MÁRCIA CHAGAS

Vara do Trabalho de Nova Andradina

LEONARDO ELY

Vara do Trabalho de Fátima do Sul

MARCELINO GONÇALVES

Vara do Trabalho de Ponta Porã

ANTONIO ARRAES BRANCO AVELINO

Vara do Trabalho de Bataguassu

MARCELO BARUFFI

Vara do Trabalho de Mundo Novo

BEATRIZ MAKI SHINZATO CAPUCHO

2ª Vara do Trabalho de Três Lagoas

CARLOS ROBERTO CUNHA

1ª Vara do Trabalho de Três Lagoas

DENILSON LIMA DE SOUZA

1ª Vara do Trabalho de Dourados

MARCIO ALEXANDRE DA SILVA

2ª Vara do Trabalho de Dourados

BORIS LUIZ CARDOZO DE SOUZA

Vara do Trabalho de Naviraí

KEETHLEN FONTES MARANHÃO

Vara do Trabalho de Chapadão do Sul

**JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS
(Ordem de Antiguidade)**

LILIAN CARLA ISSA

MARIO LUIZ BEZERRA SALGUEIRO

MARCIO KURIHARA INADA

IZIDORO OLIVEIRA PANIAGO

JOÃO CANDIDO

MARA CLEUSA FERREIRA JERONYMO

HERBERT GOMES OLIVA

ANA PAOLA EMANUELLI PEGOLO DOS SANTOS

MAURICIO SABADINI

GUSTAVO DORETO RODRIGUES

DÉA MARISA BRANDÃO CUBEL YULE

NADIA PELISSARI

RENATO DE MORAES ANDERSON

ERIKA SILVA BOQUIMPANI

FABIANE FERREIRA

DANIELA ROCHA RODRIGUES PERUCA

HÉLIO DUQUES DOS SANTOS

GERALDO FURTADO DE ARAUJO NETO

PATRÍCIA BALBUENA DE OLIVEIRA BELLO

PRISCILA ROCHA MARGARIDO MIRAULT

ALEXANDRE MARQUES BORBA

VALDIR APARECIDO CONSALTER JÚNIOR

ANDRÉ LUIS NACER DE SOUZA

JULIANA MARTINS BARBOSA

VIVIAN LETICIA DE OLIVEIRA

VICKY VIVIAN HACKBARTH KEMMELMEIER

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	10
ARTIGOS.....	15
Movimentos internacionais de trabalhadores, com enfoque na questão da orientação sexual e homofobia.....	16
Thereza Christina Nahas	
Blacks only: o caso dos trainees do Magazine Luiza.....	43
Flávio da Costa Higa	
A QUESTÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS	50
Francisco das C. Lima Filho	
TEORIA GERAL DOS SISTEMAS E DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CORRELAÇÃO. SISTEMA SÓCIO-CULTURAL. CRESCIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E INSTITUIÇÕES EFICAZES: QUINTA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA.	75
Déa Marisa Brandão Cubel Yule	
A AGENDA 2030 À LUZ DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E AS MEDIDAS IMPLEMENTADAS VISANDO À IGUALDADE DE GÊNERO.....	89
Roberta Seben	
A SIMPLIFICAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA COMO FATOR DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO E INCLUSÃO SOCIAL.....	109
Tania Mara Guimarães Pena	
AÇÕES AFIRMATIVAS E RACISMO ESTRUTURAL: A LEGALIDADE DE ANÚNCIOS DE EMPREGOS DIRIGIDOS EXCLUSIVAMENTE A PESSOAS AUTODECLARADAS NEGRAS.....	130
Igor Sousa Gonçalves	
DIREITOS HUMANOS, GÊNERO E RAÇA: diálogos com a Educação e a Ética.....	145
Alexsandra Moreira de Castro e José de Sousa Miguel Lopes	
A AGENDA 2030 À LUZ DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E AS MEDIDAS IMPLEMENTADAS VISANDO À IGUALDADE DE GÊNERO.....	159
Daniela Rocha Rodrigues Peruca e Roberta Seben	
ACÓRDÃOS.....	179
SENTENÇAS.....	267



APRESENTAÇÃO

Estamos finalizando nosso segundo mandato como Diretor Executivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, num ano marcado pela pandemia da Covid-19 que fez e continua fazendo muitas vítimas ao redor do mundo, patologia ainda sem cura, apesar dos enormes esforços de cientistas para a descoberta de uma vacina que ainda não foi descoberta, embora os estudos para tanto sejam promissores.

Esse acontecimento que nos tomou de surpresa, de medo e de apreensão, muitas vezes negado por desavisados se não mal intencionados, que colocam suas ambições políticas acima da saúde e da vida daqueles que dizem representar, levaram a uma inesperada mudança de todo um planejamento que o Conselho da Escola havia idealizado e programado para o ano 2020.

Nesse cenário de temor e de preocupação, assistimos, infelizmente, também, durante todo ano que se encerra, cenas e atos de intolerância e de violência racial, de gênero, de homofobia e tantas outras formas de violência e desrespeito aos direitos humanos, que nos motivaram a trazer para a Escola, sem descuidar da programação pedagógica de acordo os grandes eixos principiológicos traçados pela ENAMAT, a discussão a respeito dos grandes temas e das principais preocupações do mundo nesse momento de isolamento social e de pandemia, nos levando a adotar uma nova

modalidade de palestras, à distância - *live* - mas que, apesar do distanciamento físico, paradoxalmente, nos aproximou mais sob perspectiva emocional e afetiva, à medida que passamos dividir as mesmas apreensões e sensação de insegurança e de temor da uma patologia grave, mas, que, apesar disso, nos uniu ainda mais, despertando um maior sentimento de solidariedade, mas uma solidariedade sob uma nova ótica, no sentido de que, como lembra Boaventura de Sousa Santos¹, *na tragédia é da pandemia a melhor forma de sermos solidários uns com os outros é isolarmo-nos uns dos outros e sequer nos tocarmos. É uma estranha comunhão de destinos e uma nova forma convivência que nos aproxima pelo sentimento, pelo amor com o auxílio dos mais diversos aparatos tecnológicos que nos permitem, mesmo longe fisicamente, permanecermos presentes e próximos daqueles que amamos e com os quais nos relacionamos*

E foi sob esse novo olhar sobre "um novo normal" que voltamos nossa atenção, especialmente a partir da morte do cidadão americano George Floyd, negro brutalmente assassinado pela polícia americana para o tema dos direitos humanos e da alteridade com a realização de vários eventos sobre o tema, e em agosto realizamos um dia inteiro de discussões e debates a respeito da discriminação e da igualdade racial e de gênero e por orientação sexual com vários especialistas no assunto, incluindo magistrados, promotores, advogados, acadêmicos, servidores e estudantes, e a seguir, em outra oportunidade, tratamos da discriminação das pessoas deficientes, com profissionais de várias origens e visões.

Desse trabalho nasceu a ideia de que o presente número da Revista que ora damos à público tratasse

¹ SOUSA SANTOS, Boaventura. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020, Capítulo 1, p. 3.

da questão da discriminação em suas variadas formas, mas com um olhar especialmente voltado para o campo das relações laborais.

E hoje enquanto escrevíamos esta apresentação, no *Dia da Consciência Negra*, que deve servir para se refletir a respeito do pesado fardo histórico da escravidão do negro ao longo de todo um processo histórico de discriminação, somos surpreendidos com as imagens do covarde e brutal assassinato em Porto Alegre - Rio Grande do Sul, de mais um negro - João Alberto - por seguranças brancos de uma rede de supermercados que atua no Brasil.

Esse intolerável e criminoso episódio transformou um dia que era para ser de reflexão e de comemoração por conquistas que, apesar de pequenas não deixam de ser vitórias dos negros, se transformou, diria Vinicius de Moraes, "de repente, não mais que de repente"², em um dia de lamento, de dor, de sofrimento, de tristeza e de indignação³, qualquer que tenha sido a motivação do crime.

Infelizmente, e ainda que alguns dirigentes deste país teimem em negar, o trágico passado histórico de trezentos anos de escravidão dos negros, que deixou arraigado na sociedade brasileira um racismo estrutural, que, infelizmente ainda permeia as relações sociais e de poder e, que, agora tem se mostrado com mais frequência e força⁴, na

² MORAIS, Vinicius. **Soneto de Separação**.

³ "De repente do riso fez-se o pranto
Silencioso e branco como a bruma
E das bocas unidas fez-se a espuma
E das mãos espalmadas fez-se o espanto"

⁴ Basta lembrar daqueles episódios ocorridos em São Paulo e no Rio de Janeiro em que pessoas foram covardemente agredidas por agentes do Estado e por particulares apenas em razão da cor negra e ainda aquela de uma senhora, mais recentemente que chamou um negro de macaco chimpanzé e tantos outros, o que evidencia a necessidade de se discutir esse tema e

discriminação dos negros quanto ao acesso à vários direitos fundamentais como educação, saúde, trabalho e especialmente no tratamento que alguns desinformados, inclusive agentes do Poder Público e também no setor privado, têm dado às pessoas negras, violando um dos mais fundamentais direitos humanos: o direito de ter direitos⁵ e de ser tratadas com igual respeito e a consideração devida, qualquer que seja a origem, a cor da pele, a orientação sexual, ou qualquer outra característica pessoal, como tem sido demonstrado, quase que diariamente pelo noticiário da mídia, a evidenciar que o preconceito, que leva à discriminação racial, ainda continua sendo uma realidade em muitos lugares do mundo, e no Brasil não é diferente por mais que alguns negacionistas tentem não reconhecer.

E assassinato de João Alberto e de outros, é uma prova incontestada dessa realidade⁶, o que, e apesar dessa tragédia, nos leva reforçar a necessidade de uma maior reflexão a respeito dos direitos humanos, nomeadamente das pessoas negras e daquelas que para padrão dominante numa sociedade desigual e excludente, seriam "diferentes".

Nesse sentido, o tema central abordado pela Revista não poderia ser mais oportuno nesse momento.

conscientizar a sociedade da necessidade de respeitar o semelhante qualquer que sejam suas escolhas ou cor, origem ou outras características de que são providas. Afinal, ***a vida de negros e todos os seres humanos conta e conta muito.***

⁵ ARENDT, Hannah. ***Origens do Totalitarismo-Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo.*** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 332.

⁶ A Organização das Nações Unidas (ONU) disse em um comunicado que "*a violenta morte de João, às vésperas da data em que se comemora o Dia da Consciência Negra no Brasil, é um ato que evidencia as diversas dimensões do racismo e as desigualdades encontradas na estrutura social brasileira*".

Vários doutrinadores e magistrados de diversas regiões do Brasil discorrem em seus valiosos artigos a respeito das variadas formas de discriminação, inclusive com sugestão de medidas e de procedimentos para prevenir contra esse terrível vírus que, infelizmente, ainda permeia e é bastante forte na sociedade brasileira corroendo, em grande medida, o tecido e as relações sociais, inclusive e com bastante vigor, as relações de trabalho.

Esperamos de alguma forma contribuir para o debate desse tema que, a par de recorrente, deve ser discutido e refletido pela sociedade e pelas instituições especialmente aquelas ligadas a educação e à formação e aperfeiçoamento profissional, de modo que possamos cobrar das autoridades competentes e responsáveis, medidas efetivas de respeito a esses segmentos evitando que continuemos a assistir, estarecidos, a episódios como o assassinato de João Alberto, de George Floyd e de muitos outros anônimos, especialmente jovens que a mídia sequer noticia.

Nossos penhorados agradecimentos a todos os articulistas e ao pessoal da Escola sem os quais, não teríamos tido condições de publicar este número especial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24^a Região, num ano de imensas dificuldades e desafios mas também de esperança e de conquistas.

Boa leitura.

Campo Grande - MS, 20 de novembro de 2020.

Francisco das C. Lima Filho

Desembargador Diretor Executivo da Escola Judicial do

Tribunal Regional do Trabalho da 24^a Região

ARTIGOS

**Movimentos internacionais de trabalhadores, com enfoque
na questão da orientação sexual e homofobia¹**

Thereza Christina Nahas²

tnahas70@gmail.com

Resumo: os movimentos migratórios desafiam posições contraditórias. Necessário desfazer-se mitos e entender que a migração se dá por motivos variados. Quando tais movimentos são forçados em razão de perseguições ou outras formas de violência, há uma obrigação humanitária decorrente de acordos entre os países de se dar apoio aos vulneráveis. Dentro destes grupos estão as pessoas LGTBI que apenas na década de 90 tiveram reconhecido pela OMS que a orientação sexual diversa do sexo de nascimento não é enfermidade, mas um estado natural. Toda pessoa tem direito de ser tratada como ser humano. Cumpre aos países e governos zelarem para que ninguém sofra violações psíquicas ou físicas em razão das suas escolhas ou preferências. A proteção concedida pelas agências internacionais ao LGTBI permitindo que sejam sujeitos de asilos políticos e refúgio em país distinto daquele que sofrem perseguições é uma solução positiva, mas que somente poderá ser viabilizada de forma decente se os países receptor tiverem políticas de inclusão social e respeitar o ser humano como ele é. É preciso discutir e refletir sobre o tema para ser possível alcançar a igualdade.

Summary: migratory movements challenge contradictory positions. It is necessary to dispel myths and understand that migration occurs for different reasons. When such movements are forced by persecution or other forms of violence, there is a humanitarian obligation arising from agreements between countries to support the vulnerable. Within these groups are LGTBI people who only recognized in the 1990s by WHO that sexual orientation other than sex of birth is not a disease, but a natural state. Everyone has the right to be treated as a human being. Countries and governments must ensure that no one suffers psychological or physical

¹ Aula apresentada no seminário sobre Discriminação organizado pela Escola Judicial do TRT da 24ª Região, no dia 28/8/2020

² Juíza do Trabalho, Doutora e Pesquisadora, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho titular da Cadeira nº 43, Coordenadora da Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social.<http://lattes.cnpq.br/2361402097260893>

violations due to their choices or preferences. The protection granted by international agencies to the LGTBI, allowing them to be subjected to political asylums and refuge in a country other than those that suffer persecution is a positive solution, but it can only be made possible in a decent way if the receiving parents have social inclusion policies and respect the human being as he is. It is necessary to discuss and reflect on the theme in order to achieve equality.

Palavras-chave: LGTBI, refúgio, movimento internacionais, políticas públicas de inclusão

Keywords: LGTBI, refugee, international movement, public inclusion policies

1. *Considerações gerais*

Os movimentos migratórios são um fenômeno multifacetário que envolvem várias questões e aspectos desde o ponto de vista do migrante e seus interesses ou necessidades pessoais até os dos Estados receptor e de origem.

É certo que não se trata de uma questão nova, pois há cerca de 45 milhões de anos os humanos viviam no continente afro-asiático e estavam “impedidos” de chegar ao mundo exterior por serem incapazes de enfrentar o mar aberto, o que lhes permitia pequenas movimentações a nado curto a algumas poucas ilhas próximas. Após a revolução cognitiva, a teoria mais razoável explica que foram capazes de desenvolver as primeiras sociedades de marinheiros e construir barcos transoceânicos que permitiu que se tornassem pescadores, comerciantes e exploradores de longas distâncias: “isso teria acarretado uma transformação sem precedentes nas habilidades e no estilo de vida humanos”³. Dai começaram os movimentos que permitiram a colonização mundial. As sociedades foram ficando cada vez mais complexas e maiores. As culturas se formaram a partir de mitos e crenças comuns que foram se espalhando entre as sociedades e se alteraram com o passar dos tempos numa dinâmica coerente com a evolução e desenvolvimento sociais e, não obstante se terem formado sociedades e culturas diversas, certo é que “na medida que avançamos no século XXI, o nacionalismo perde terreno rapidamente. Cada vez mais as pessoas acreditam que toda a humanidade é fonte legítima de autoridade política, e não composta por membros de nações específicas, e que a garantia dos direitos humanos e a proteção dos interesses de toda a espécie humana devem nortear a política. Sendo assim, ter cerca de 200 Estados independentes é um obstáculo não uma ajuda. Já que

³ NOAH HARARI, Yuval, *Uma breve história da humanidade*, L&PM POCKET, São Paulo, 2018, p.96.

suecos, indonésios e nigerianos merecem ter os mesmos direitos humanos, não seria mais simples que um único governo global os protegesse?”⁴.

É certo que o desenvolvimento da tecnologia acaba por incrementar este fenômeno, bem como as relações internacionais entre países que acabam por intercambiar não somente produtos e capitais, mas, também, viabiliza a mobilidade cada vez maior entre pessoas.

O mundo está interrelacionado e nem sempre o lugar em que as pessoas vivem coincidem com aqueles em que as condições de trabalho decente são melhores; tampouco os postos de trabalho e a busca pelos melhores cérebros estão todas situadas num só espaço comum. Graças aos avanços tecnológicos é possível que os movimentos de pessoas e de trabalhadores seja cada vez maior, além do que, as plataformas digitais e econômicas compartilhadas vem viabilizando que as pessoas possam movimentar o resultado de sua força de trabalho de onde estão sem que tenham que, necessariamente, mudar de lugar; ou, simplesmente, possam trasladar seus interesses econômicos e profissionais além da fronteira que estão vivendo. Não há barreiras físicas para o *click* de um computador, ao mesmo tempo que as que existem não constituem necessariamente um obstáculo para as mobilidades humanas, as quais estão protegidas por normativas internas e internacionais com restrições que não representam um verdadeiro empecilho aos movimentos transnacionais de pessoas, coisas, valores e culturas.

Os Estados não tem mais disponibilidade de fixar suas próprias economias e políticas de forma isolada. Há um padrão global que vem estabelecido por uma elite que mantém interesses comuns e que decorre da coincidência de diversos fatores econômicos resultante na liberação dos mercados através de um sistema capitalista planetário que Gilles Lipovetsky caracteriza como uma “irresistible tendência a la unificación del mundo”⁵. Todavia, o fenômeno que se apresenta e que nomina como *cultura mundo*, tem uma característica peculiar que distingue o mundo atual denominado por ele de segunda modernidade: antes havia uma integração e identificação social dos indivíduos que funcionava por si mesma: “ahora, en cambio, tenemos una fragilización creciente, así como una individuación insegura y reflexiva (...) No hay un universal humanista y abstracto, cargado con un ideal moral y político (la ilustración y sus objetivos de emancipación del género humano), no hay el internacionalismo proletario con su ambición revolucionaria, sino un universalismo concreto y social, complejo y multidimensional, hecho de realidades estructurales que se cruzan, interaccionan y chocan.

⁴ NOAH HARARI, Yuval, *Uma breve historia da humanidade*.....p. 280

⁵ LIPOVETSKY, GILLES & JUVIN Hervé, *El Occidente Globalizado – un debate sobre la cultura planetaria*, ed. Anagrama, Murcia (Espanha), 2011 ,p. 13

El mercado, el consumismo, la tecnociencia, la individuación, las industrias culturales y de la comunicación constituyen sus principios organizadores de fondo. La combinación de estos cinco dispositivos tan fundamentales como heterogéneos construye el modelo ideal típico de la cultura-mundo. Son lógicas estructurales que contribuyen a difundir por todo el planeta una cultura común, objetivos y modos de consumo similares, normas y contenidos universales, esquemas de pensamiento y de conducta que no tienen fronteras”⁶

Blocos econômicos como União Europeia e Mercosul, facilitam ainda mais tais mobilidades, embora é certo, que as estruturas política e jurídica que goza aquele primeiro bloco, permite uma facilidade muito maior entre os comunitários, do que o bloco Sul Americano. Cumpre ressaltar que a União Europeia goza de uma importante regulamentação sobre liberdade de prestação de serviços, pessoas e capitais e no preambulo do Tratado Fundamental assegura o objetivo da União de estreitar as relações entre os povos europeus, assegurando mediante uma ação comum, *o progresso econômico e social nos respectivos Estados, eliminando barreiras que dividem a Europa. Uma efetiva ação política para garantir o progresso entre os Estados Membros integrados.* Tal objetivo somente se torna possível ante a garantia da liberdade de circulação de pessoas, serviços e capitais salvo se restringidas pelos motivos que o próprio Tratado prevê, como por exemplo, garantia da segurança e saúde da população (art. 45.3.e.4). A circulação de pessoas deve ser livre de restrições e discriminações de qualquer tipo, garantindo-se aos trabalhadores condições de trabalho adequadas e igualdade de trato, vedando-se a discriminação em matéria de emprego e ocupação não se justificando diferenças de remuneração em razão da nacionalidade, emprego, ou condições de trabalho em geral (art. 45.3 TFUE).

Como já afirmei, o TFUE assegura, ainda, aos trabalhadores autônomos e as pessoas jurídicas a ampla liberdade de prestação de serviços “cuyo fundamento es: (a) ejercer sus actividades en un Estado miembro distinto del suyo de forma continuada y permanente (art. 54 TFUE - libertad de establecimiento); (b) sin dejar su país de origen, pueden ofrecer y prestar servicios de forma temporal en otros Estados miembros (art. 56 – libertad de prestación de servicios). Estos dos principios se fundan en la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, lo que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que faciliten dicho acceso y a armonizar su legislación con la Unión”⁷.

⁶ LIPOVetsky, GILLES & JUVIN Hervé, *El Occidente Globalizado*....p. 17.

⁷ NAHAS, Thereza Christina, *Reflexiones*... p. 109

O PIDESC, pacto internacional ratificado pelo Brasil através do Decreto 591, de 06/7/1992 assegura a toda pessoa a igualdade e liberdade de gozo dos seus direitos econômicos, sociais e culturais impondo ao Estado que garanta que cada indivíduo possa dedicar-se a quaisquer atividades ou praticas compatíveis com o respeito aos direitos humanos e garantidos no Pacto e nas Constituições democráticas internas. O art. 2º impõe aos Estados Partes o compromisso de *garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.*

Por outra parte, outro documento não menos importante, a Convenção Interamericana de Direitos do Homem (CADH) que garante o direito ao estrangeiro ao asilo político em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos (item 7) e, em seguida, assegura que ninguém, poderá ser expulso ou entregue a *outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas* (item 8).

No capítulo III da CADH há um verdadeiro compromisso de natureza supranacional, que informa toda a ordem dos Estados subscritores nominado de desenvolvimento progressivo pelo qual os Estados-partes *comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados* (art. 26). Este dispositivo pode ser explorado de várias maneiras e serve de fundamento ao compromisso que os Estados assumem de adotar políticas públicas e regras que garantam o desenvolvimento progressivo da tutela aos direitos fundamentais, entre eles a liberdade de circulação e de igualdade perante a lei, isto é, garantia de que não haja discriminação de qualquer natureza (art.24). Mas este dever não é uma cláusula dirigida apenas aos Estados, mas também a todas as pessoas (art. 32): *1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.*

Cumprе ressaltar que a Carta Interamericana de Direitos humanos, também ratificada pelo Brasil pelo Decreto 678 de 6.11.1992.

Por fim, para não alargar a referencia internacional que tutela a dignidade humana e impõe deveres e obrigações aos Estados, a Declaração Socio-Laboral do Mercosul⁸ fundada em outros pactos internacionais, entre eles, Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração Americana de Direitos e Obrigações do Homem (1948), a Carta Interamericana de Garantias Sociais (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos - OEA (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) decidiu adotar princípios e regras que devem orientar os países do bloco na questão relacionada ao trabalho. Fixou o principio da não discriminação como um direito individual, assegurando a todo trabalhador a *garantia da igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes. Os Estados Partes comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.*

O conteúdo da disposição, assim como o art. 26 da CADH é uma verdadeira cláusula de não retrocesso e compromisso de desenvolvimento progressivo e sustentável, traçando a norma que os Estados devem adotar em cada política e regra que necessariamente devem traçar para garantir o respeito e vedar violações a direitos sociais, culturais e econômicos, direitos mínimos que devem ser assegurados para que as pessoas possam ter seus direitos humanos mínimos libertos do temor e da miséria. A liberdade deve ser a premissa máxima de um Estado democrático. Além disso, a Declaração tem conteúdo idealista quando garante expressamente a igualdade independentemente da orientação sexual.

2. Da mobilidade humana e sua proteção

São diversos os fatores que motivam as pessoas a *migrarem* para um local distinto daquele em que tem suas raízes, de modo que o termo migração deve ser entendido em sentido

⁸ Esta declaração foi firmada em 10/12/1998 e revisada em 17/7/2015

amplio para significar qualquer “movimiento de personas, no solamente por motivaciones económicas sino incluyendo también los desplazamientos realizados como consecuencia de una amenaza grave e inminente a la vida, además de los que se producen como consecuencia de situaciones naturales o humanas. Los desplazamientos de personas con la finalidad de trabajar son denominados de migraciones de trabajadores, y el modo como se reglamentan dependerá del ordenamiento jurídico interno de cada país”⁹.

Uma das vertentes do termo é utilizada para referir-se aos refugiados migrantes, isto é, toda a pessoa que está em situação de vulnerabilidade e que necessita de proteção para cruzar a fronteira e poder ver respeitados seus direitos humanos mínimos. Refugiados são aqueles que necessitam de uma proteção legal e migram por não poderem retornar a seu país em razão da falta de amparo em seu país de origem; buscam outro lugar justamente para ter a oportunidade de reconstruir sua vida e, por isso, reclamam a proteção para que esse intento se concretize¹⁰.

Como assinala a nota da International Organization Migration (IOM), “en su informe al Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos subraya que “las situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan los migrantes pueden surgir de diversos factores que pueden converger o coexistir simultáneamente, influirse y exacerbarse entre ellos y también evolucionar y variar con el tiempo, a medida que cambian las circunstancias (...) Asimismo, añade que “[l]os factores que

⁹ NAHAS, Thereza Christina, *Los Movimientos Migratorios en el Marco de la OPIT (Especial referencia al Mercosur)*, ed. Aranzadi, Madri (Espanha), in ... coord.. Thereza Christina Nahas & Fernando Fita, 2019, p.

¹⁰ Caso de “Pankievich se mudó a Montevideo desde una ciudad del interior a los 13 años, y desde los 15 años fue trabajadora sexual, coincidiendo con los años de la dictadura en Uruguay. La violencia, tanto psicológica como física, y la represión que enfrentó la llevaron a abandonar el país por muchos años, viviendo en Argentina y Brasil. Sin embargo, Pankievich sabía que tenía que volver a casa, dejar de lado el dolor y las heridas, si quería marcar la diferencia en su vida y en la de los demás. “Después de un tiempo, me di cuenta de que guardar rencor me iba a hacer daño”, afirmó. “Recuerdo todas las cosas que sucedieron, pero trato lo más posible de dejarlas en el pasado, porque creo que el resentimiento no te lleva a ninguna parte”. Regresó a Uruguay en 1985 y descubrió que más integrantes de la comunidad LGBTI querían defender sus derechos humanos, pero tenían miedo. Pankievich trabajó con otras personas en la comunidad trans y ayudó a fundar ATRU ese mismo año, enfocándose en capacitar, apoyar y movilizar activistas para promover y defender sus derechos. Hoy, ATRU es una red de grupos de derechos trans en todo el país y se extiende a otros países de América del Sur. Uno de los mayores éxitos de la organización ha sido la Marcha de la Diversidad, que celebra anualmente la comunidad LGBTI del país. Cuando comenzó la marcha en 1992, Pankievich señaló que “solo éramos tres o cuatro activistas asustados con las caras tapadas”. La marcha de este año en septiembre reunió a 130 mil personas celebrando y caminando por las calles de Montevideo, coreando “el amor es amor” (ifnormação disponível em <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/KarinaPankievich.aspx>, em fevereiro de 2020).

generan vulnerabilidad pueden motivar, en primer lugar, que un migrante abandone su país de origen, pueden producirse durante el tránsito o en el país de destino, con independencia de que el desplazamiento inicial haya sido escogido libremente, o pueden estar relacionados con la identidad o las circunstancias de la persona migrante. Por lo tanto, la vulnerabilidad en este contexto debe entenderse como una realidad a la vez situacional y personal” (ibíd., párr. 13). Por último, también recuerda que “los migrantes no son intrínsecamente vulnerables ni carecen de [resiliencia] y capacidad de actuación. Por el contrario, la vulnerabilidad ante las violaciones de sus derechos humanos es el resultado de múltiples formas de discriminación interrelacionadas, de la desigualdad y de dinámicas estructurales y sociales que imponen límites y desequilibrios en los niveles de poder y de disfrute de los derechos”¹¹.

A distribuição regional dos migrantes é liderada pela Europa (82 milhões); seguida pelos Estados Unidos (59 milhões), África do Norte e Ásia Ocidental (49 milhões). Em 2019 a ONU estima que 272 milhões de pessoas migraram em todo o mundo, o que equivale a 3,5% do total da população mundial. Em 2000 este número foi de 155 milhões, equivalente a 2,8%. Tais números representam que os migrantes internacionais têm crescido mais rapidamente que a população mundial. Desfazendo o mito que se cria na opinião popular que os migrantes internacionais migram dentro de suas próprias regiões, número este que chega a 80% da África Subsaariana; 83% da Ásia Oriental e Sudoriental; 73% em América Latina e Caribe e 63% em Ásia Central e Meridional. Em 2019 o País que mais recebeu migrantes foram os Estados Unidos (51 milhões), seguidos por Alemanha e Arábia Saudita (13 milhões), Rússia (12 milhões), Reino Unido (10 milhões) e Emirados Árabes (9 milhões). Sob o ponto de vista dos países de onde procedem os migrantes internacionais, 1/3 deles descendem de dez países, sendo liderados por México (12 milhões), seguidos pela China (11 milhões) e Rússia (10 milhões)¹².

Em 2019 Estados Unidos endureceu as política de migração na fronteira com México no mesmo momento em que o este País deu asilo a refugiados que procediam de Centro América fugindo da pobreza, violência e outros tipos de violações. O México recebeu, em 2019, 48.000 pedidos de asilo, o que representa um aumento de 231% em relação a 2018. A maioria dos pedidos procederam de migrantes vindo de El Salvador, Honduras e Guatemala. Em entrevista com a Alta Comissão da ONU para refugiados, as principais razões das fugas

¹¹ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad* [3 de enero de 2018], documento A/HRC/37/34 de las Naciones Unidas, párr. 12

¹² Noticia disponível em <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462242>, acesso em fevereiro de 2020.

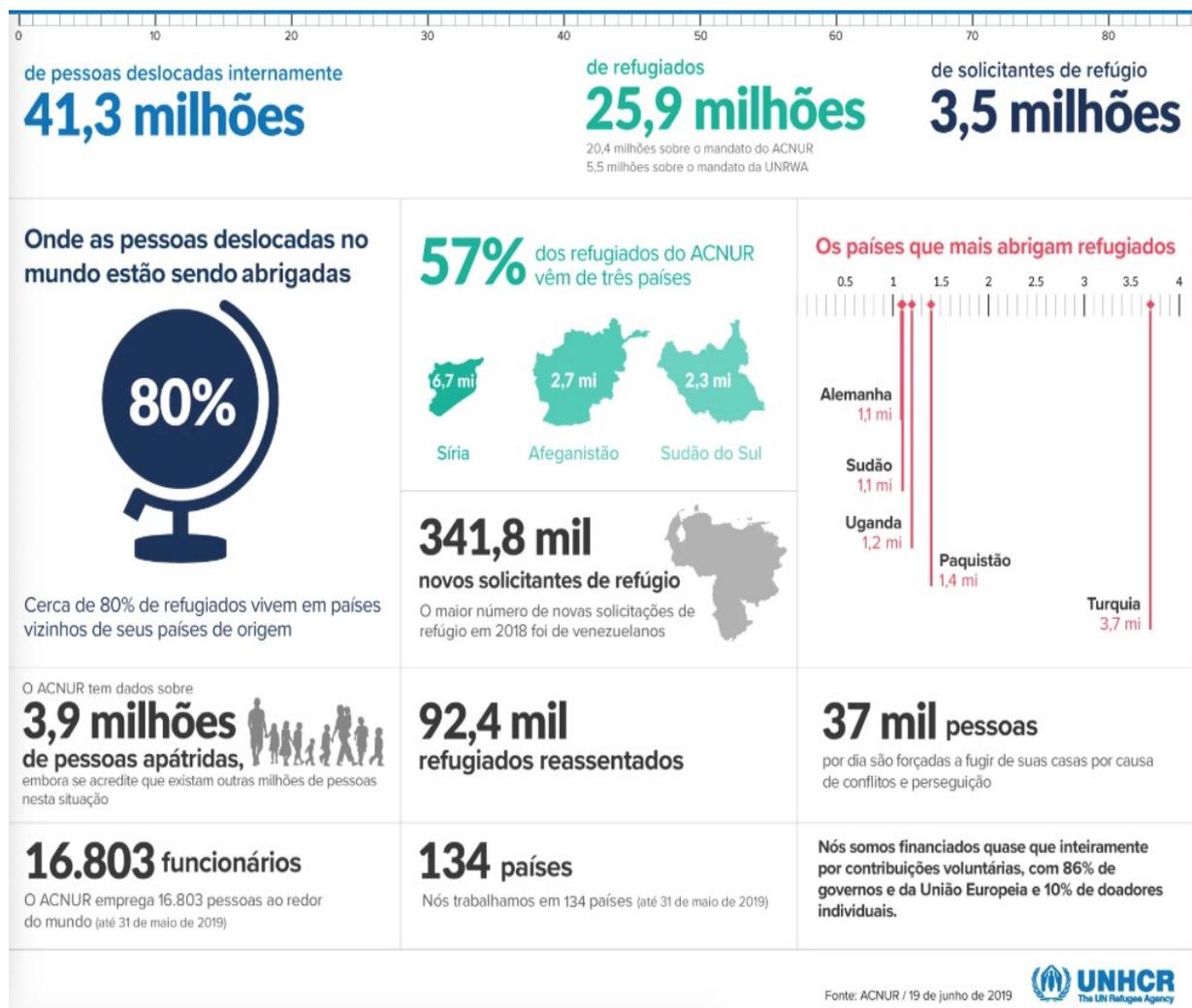
estavam fundadas nas ameaças e perseguições, muitas de natureza política, motivos estes que incentivaram que os migrantes saíssem em busca de segurança¹³.

É importante frisar dois pontos. Primeiro, que não há uma definição universal para o termo migrante. Todavia, a Organização Internacional de Migração adota esta expressão de forma geral naquilo que chama de conceito guarda chuva e sob ela abarca todas as formas de movimento de pessoas como, por exemplo, os que migram para trabalhar, aqueles que possuem uma condição especial ou mesmo os que necessitam de proteção em razão de perseguições e guerras em seus países. É neste último ponto que se encaixam aqueles que denomino refugiados, cujo regramento e tutela são reservados à disposição especial. Segundo, que os migrantes geram impactos na economia, tanto dos países de origem como nos de acolhida. Estes impactos vão mais além da questão relacionada a empregos diretos e salários. No informe do Banco Mundial sobre migração global e mercados de trabalho, conclui-se que os movimentos migratórios são um importante fator para redução da pobreza e fomento do crescimento econômico¹⁴.

Nem todo migrante, como já asseverei, muda-se de um país a outro por liberalidade própria. Há um grupo de pessoas que são obrigadas a trasladar-se por questões de necessidade de garantir proteção a sua vida e/ou de seus familiares. São os chamados migrantes em situação de vulnerabilidade. Em 1951 a ONU publicou o Estatuto dos Refugiados intencionando resolver o problema daqueles que fugiam da Segunda Guerra. Era a primeira tentativa formal de estabelecer direitos e deveres entre refugiados e países de acolhimento. O passar do tempo reclamava que outras situações, distintas das geradas pelo final das Guerras, merecessem tutela, pelo que, em 1966 através de Resolução 2198(XXI) a Assembleia da ONU decidiu pela adoção de um Protocolo que foi assinado em 31/1/1967 e entrou em vigor para os Países em 04/10/1967. Sedimentou-se a atribuição da Agencia da ONU para Refugiados (ACNUR) para supervisionar e aplicação dos dois instrumentos e é por eles que as pessoas exercem o direito de procurar refugio em um País quando estão em situação de vulnerabilidade. Segundo a ACNUR, atualmente o mundo experimenta o maior nível de deslocamentos já registrados. Abaixo o quadro em que a ACNUR registra os movimentos de refugiados cujas causas de mobilidade são as mais diversas:

¹³ <https://news.un.org/es/story/2019/10/1463202>

¹⁴ Informação disponível em <https://www.worldbank.org/en/research/publication/moving-for-prosperity>, acesso em 25/8/2020



A integração cada vez mais estreita entre os Países reclama uma resposta efetiva dos organismos internacionais e dos próprios Estados que devem cooperar entre si, no sentido e assegurar que as pessoas e famílias migrem por opção e não por necessidade de proteção em lugar distinto do seu país de origem. A migração deve ser espontânea. Em outubro de 2005 o Alto Comissariado da ONU publicou o Relatório Mundial de Migrações Internacionais¹⁵ onde estabeleceu os seguintes princípios de ações: (i) as migrações tem que ser por decisão própria, isto é, as pessoas que migram e entram no mercado de trabalho devem ser valorizadas e faz-lo de forma segura e autorizada pelo Estado receptor; (ii) as migrações internacionais devem integrar as estratégias nacionais, regionais e mundiais para o crescimento econômico, pois o migrante tem um papel importante de impacto na economia e desenvolvimento do país de origem e receptor; (iii) os Estados receptores tem a responsabilidade de tutelar os migrantes e

¹⁵ Relatório da Comissão Mundial sobre as Migrações Internacionais, *As Migrações num Mundo Interligado: Novas Linhas de Ação*, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, out. 2005

nos casos de migrações irregulares devem cooperar entre si sem que isso comprometa direitos fundamentais dos migrantes e refugiados que requererem asilo; (iv) migrantes e cidadãos dos países de destino *devem respeitar as suas obrigações legais e se beneficiar de processos mútuos de adaptação e integração que contemplem as diversidades culturais e fomentem a coesão social. Os processos de integração deverão ser apoiados ativamente pelas autoridades locais e nacionais, pelos empregadores e pelos membros da sociedade civil, e deverão basear-se num compromisso para com a não-discriminação e a igualdade de género. O processo de integração deve fundamentar-se num discurso público, político e mediático objectivo sobre as migrações internacionais;* (v) as medidas de proteção devem ter natureza não discriminatória e serem reforçadas, devendo as questões migratórias serem tratadas de forma *consciente e coerente;* (vi) *A governança das migrações internacionais deve ser reforçada por uma maior coerência e capacidade a nível nacional, através de mais consultas e uma maior cooperação entre os Estados a nível regional e através de um diálogo, e cooperação mais eficazes entre os governos, bem como entre as organizações internacionais, a nível mundial. Estes esforços devem assentar numa maior compreensão das relações estreitas existentes entre as migrações internacionais e o desenvolvimento, e outras questões políticas fundamentais, incluindo o comércio, a ajuda financeira, a segurança do Estado, a segurança das pessoas e os direitos humanos.*

É neste contexto e sob estes princípios que devemos entender a tutela que deverá ser dispensada as lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI), reconhecidamente uma das categorias que mais experimenta abusos contra direitos humanos em razão da perseguição que sofrem pela opção sexual que fazem. Segundo a ACNUR está amplamente documentado que as pessoas LGTBI são vítimas de assassinatos, violência sexual e de gênero, agressões físicas e torturas, detenções arbitrárias e discriminação no trabalho, educação e saúde em todas as regiões do mundo¹⁶.

3. A situação de refugiados a LGTBI¹⁷

¹⁶ Informe ACNUR *La Protección Internacional de las Personas LGTBI*, disponível em <https://www.acnur.org/es-es/>, acesso em fevereiro de 2020.

¹⁷ “A sigla **LGBT** é utilizada pelo movimento social brasileiro e por entidades governamentais, como conselhos e secretarias, nos três âmbitos da federação. Apesar de **LGBTTTIS** designar explicitamente lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais e simpatizantes – em alguns casos é utilizado **A**, de assexual – a denominação não é usual no país. Em geral, presume-se que o **T** englobe as identidades de gênero começadas por essa letra, mas, principalmente em inglês, também se vê o uso de **LGBT***, com o asterisco funcionando como um sinal que indica que o **T** tem significado

Historicamente as pessoas LGTBI são vítimas de violência e opressão em seus respectivos Países¹⁸, fato este que aumenta ainda mais naqueles territórios em que se verifica um alto grau de machismo ou fanatismo religioso. O primeiro passo para combater a violência e a discriminação é reconhecer e assumir que o preconceito decorre da afirmação da supremacia branca e o racismo antinegro, o patriarcado e o colonialismos que, na América Latina, voltam-se, também contra os índios.

A National Coalition of Violence Programs (NCAVP), organização que se dedica a trabalhar para a prevenção da violência contra a comunidade LGBTI e aos infectados por HIV ressalta que 2016 foi um ano que marcou a resistência e deu visibilidade a tais questões. Vários projetos de leis foram apresentados nos USA com intenção de restringir os direitos e acesso das pessoas LGBTI a direitos que deveriam ser reconhecidos indistintamente a todos. Dois acontecimentos marcaram este ano. O House Bill2 na Carolina do Norte, projeto de lei apresentado que intencionava restringir o acesso de pessoas LGBTI a banheiros, vestiários e espaços públicos em geral e imediatamente ganhou o símbolo da transgressão a igualdade e representou uma violação frontal aos direitos civis. Em 09 de maio daquele ano a ex-procuradora Loretta Lynch fez um discurso histórico contra a proposta e ganhou adeptos em várias partes do País e as comunidades LGBTI recebiam mensagens de apoio: “we see you, we stand with you and we will do everything we can to protect you moving forward”. O segundo episódio foi representado pelo atirador que invadiu uma boate Gay em Orlando e resultou na morte de 49 pessoas e ferimento de outras 53, a maioria LGBTI ¹⁹.

O site Lambda Legal – abogando por la igualdad, noticia que 44% dos assassinatos em 2010 foram causados contra mulheres trans: *¿Y si llamo a la policía? La misma policía con frecuencia participa en la intimidación. En lugar de ofrecer protección utiliza a menudo un lenguaje abusivo, humilla a las personas trans y es ampliamente responsable de las lesiones que les son causadas en periodos de custodia y patrullajes de rutina. El 22% de las 6,450*

múltiplo. Internacionalmente, a sigla mais utilizada é **LGBTI**, que engloba as pessoas intersex. Órgãos como a ONU e a Anistia Internacional elegeram esta denominação com um padrão para falar desta parcela da população. Em termos de movimentos sociais, uma denominação que vem ganhando força é **LGBTQ** ou **LGBTQI** – incluindo além da orientação sexual e da diversidade de gênero a perspectiva teórica e política dos Estudos Queer” (informação disponível em <http://desacato.info/lgbt-lgbti-lgbtq-ou-o-que/>, acesso em 25/8/2020). Neste trabalho vou adotar a sigla utilizada pela ONU e Anistia Internacional.

¹⁸ Cumpre lembrar que até 17/5/1990 a OMS classificava a homossexualidade como doença ou problemas relacionados a saúde. Nesta data, a OMS excluiu da lista de enfermidades estes estados e esta data passou a ser considerada como símbolo de luta pela diversidade sexual contra a violência e o preconceito.

¹⁹ *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer and HIV-Affected Hate Violence in 2016*, http://avp.org/wp-content/uploads/2017/06/NCAVP_2016HateViolence_REPORT.pdf

*personas trans que respondieron a la Encuesta Nacional sobre Discriminación Contra las Personas Trans (National Transgender Discrimination Survey o NTDS) de 2011 y que tuvo interacción con la policía, afirmó haber sido acosada por ella, con un porcentaje mayor en el caso de personas de color*²⁰.

O jornal Correio Braziliense traz a notícia de que o Brasil, em 2016, foi considerado um dos Países com maior índice de assassinatos de pessoas trans, ficando atrás de Honduras, Guatemala e El Salvador se considerado contabilizados os números por milhões de habitantes. Em números absolutos, de 2008 a 2016, o Brasil liderou este ranking. Importa ressaltar que os números contabilizados pela ONG Transgender Europe não contabilizam casos de violência, mas tão somente de morte. O documento relata que 78% dos homicídios da região são praticados num contexto histórico de colonialismo, escravidão e ditaduras, o que insere as pessoas LGBTQ como absolutamente vulneráveis. Seria necessário que se adotassem medidas em todas as áreas para conter a LGBTQfobia, mas a cultura de muitos países dificulta a concretização de tais iniciativas. Casos alarmantes são relatados de crianças e adolescentes mortos em razão da violência por suas opções sexuais²¹.

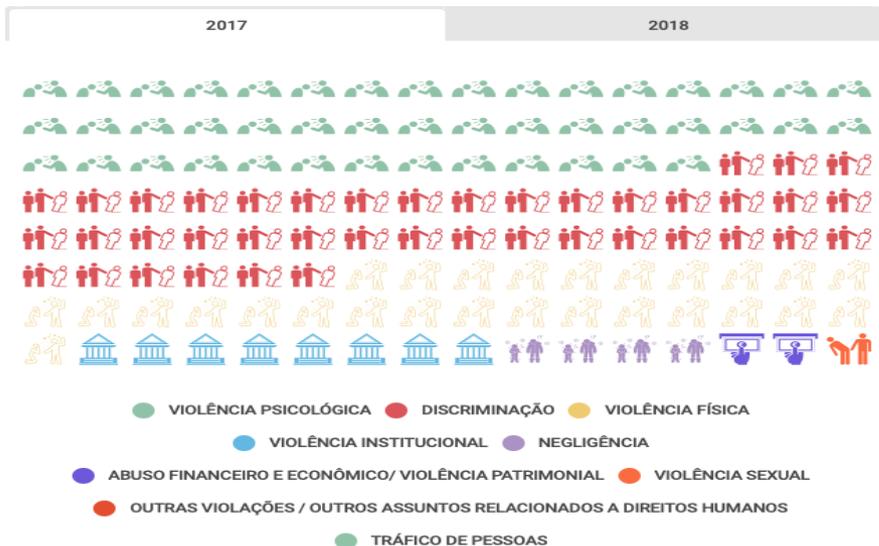
A FGV DAPP vem promovendo estatística em relação ao quadro de denúncias por violência homofóbica no Brasil. O Ministério dos Direitos Humanos tem um “disque denuncia (100)” em que se pode denunciar violações a direitos humanos. Está central tem possibilitado que se trace quadros comparativos de tipos de violações denunciadas viabilizando o mapeamento sobre a violência homofóbica no Brasil e os locais com maior incidência. Assim se representa o mapa com dados colhidos até junho de 2018²²:

²⁰ Disponível em <https://www.lambdalegal.org/es/conoce-tus-derechos/trans-la-violencia>, acesso em fevereiro de 2020.

²¹ Em 2014, no Rio de Janeiro, um pai espancou até a morte uma criança de 8 anos, para ensiná-la “a ser homem”. Alex vestia roupas femininas e rebojava enquanto lavava a louça. O monitoramento da TGEu também conta a história de uma garota trans de 13 anos de Araraquara (SP), vítima de exploração sexual, encontrada com 15 facadas pelo corpo, incluindo a cabeça e a face, além de uma fratura no crânio. Em outra ocorrência, em 2010, Erica, 14, levou 11 tiros em Maceió. Vanessa, também de 14 anos, recebeu ameaças de morte da própria avó e foi estrangulada, em 2014, em Angélica (MS) (notícia em <http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>).

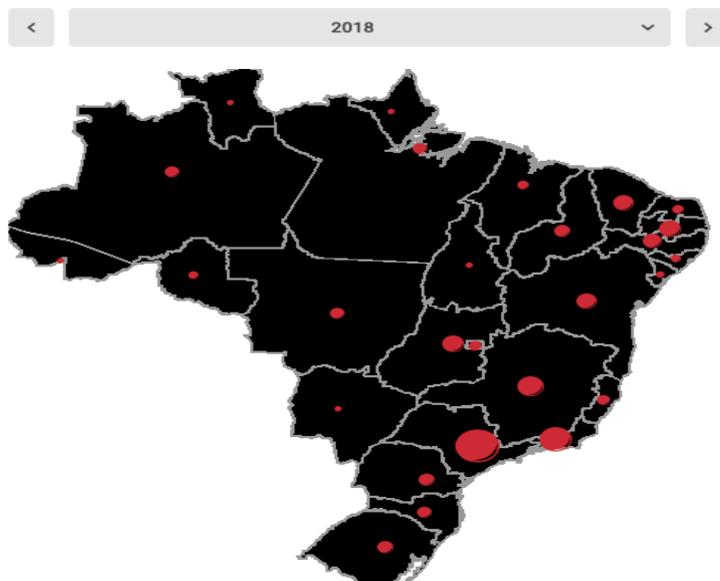
²² *Dados Públicos sobre violência homofóbica no Brasil: 29 anos de combate ao preconceito*, informações disponíveis em <http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-29-anos-de-combate-ao-preconceito/>, acesso em 26/08/2020

Comparativo dos tipos de violações denunciadas nos anos de 2017 e 2018



Sobre a quantidade de denúncias por Estados da federação:

Quantidade de denúncias por estado



Algumas situações chegam a extremos que levam as pessoas a deslocar-se de um país a outro pedindo proteção internacional, o que nem sempre se mostra como uma solução a situação adversa. O asilo em muitos países supostamente menos violento ou preconceituoso

deverá estar estruturado por um sistema isento, integrado por funcionários imparciais e preparados para atender as necessidades especiais dos migrantes.

Em América Latina e do Sul a ACNUR tem tido uma importante atuação para promoção da tutela dos direitos das pessoas LGBTI tendo conseguido resultados positivos para que alguns países reconheçam a condição de refugiados àqueles que pedem asilo nos respectivos países. México e Brasil, já reconheceram a condição de refugiados de pessoas LGBTI; Venezuela e Colômbia assumiram o compromisso de revisar suas legislações, estão elaborando critérios para recepção e cuidados dos migrantes e respondido as acusações de violência de gênero; Haiti tem adotado medidas para garantir o alojamento temporal e a sobrevivência das pessoas que sofreram violência, dando-lhes acesso ao serviço médico, legal e psicológico.

Como se aponta no Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas, “las experiencias de las personas LGBTI son muy variados y están fuertemente influenciadas por su entorno cultural, económico, familiar, político, religioso y social. Los antecedentes del solicitante pueden afectar la forma en que él o ella expresa su orientación sexual y/o identidad de género, o puede explicar las razones por las que él o ella no vive abiertamente como LGTBI. Es importante que las decisiones sobre las solicitudes de la condición de refugiado de personas LGBTI no se basen en interpretaciones superficiales de las experiencias de las personas LGBTI, o en supuestos erróneos y culturalmente inapropiadas o estereotipadas. Estas directrices proporcionan orientación sustantiva y de procedimiento para la determinación de la condición de refugiado de las personas relacionadas con su orientación sexual y/o identidad de género, con el fin de garantizar una interpretación adecuada y armonizada de la definición de refugiado de la Convención de 1951”²³.

O direito ao asilo em muitos países está garantido pelo art. 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos que reza: *1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.*

A Carta Europeia de Direito Humanos (CEDH) publicada na mesma época (1948) não tem artigo especificamente dirigido aos refugiados ou aqueles que necessitam de uma proteção internacional num processo de saída de seu país de origem como se refere o art. 14

²³ *La Protección Internacional de Las Personas -LGBTI*, UNHCR-ACNUR, disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf>

supramencionado. Cumpre lembra que esta Carta foi publicada com o fim de instituir o Conselho da Europa justamente para unir os Estados Europeus, ao final da 2ª Guerra Mundial, promover o Estado de Direito, democracia, direitos humanos e desenvolvimento social. Todavia, garante os direitos mínimos ao ser humano, e o art. 14º impõe aos Estados o dever de assegurar a todo ser humano o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção devendo ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como aàquelas fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação²⁴.

A Carta de Direitos Fundamentais da UE é um instrumento que avança na proteção ao ser humano, garantindo a toda pessoa o direito a manutenção da integridade física e psíquica (art. 3º) e das liberdades. Assegura, ainda, o livre trânsito de pessoas nos Estados Membros inclusive para o exercício da profissão e do trabalho (art. 10 a 17). Há três artigos especialmente importantes em matéria de igualdade:

1. Artículo 21 No discriminación

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

2. Artículo 22 Diversidad cultural, religiosa y lingüística
La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

3. Artículo 23 Igualdad entre hombres y mujeres

La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo

²⁴ Com fundamento neste artigo 14 da CEDH o TJUE e o TEDH admitem a discriminação, também, pelo sexo masculino

y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Esta tríade servirá de fundamento para as questões relacionadas a migrações, especialmente aquelas destinadas à proteção a vida, compromisso este assumido pela UE seja por seus Tratados internos ou compromissos internacionais. Ou seja, o controle de fronteiras deve ser concretizado de modo a respeitar plenamente a dignidade humana, sem discriminações de qualquer ordem e dando respostas efetivas àqueles que vem pedir asilo, garantia esta expressada no art. 18 da Carta que adota integralmente a convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo de 31/1/1967 sobre o Estatuto dos refugiados, tudo em conformidade com o Tratado constitutivo da UE (art. 18).

O Tratado de Funcionamento da UE assinado em 2007 incorporou a Carta de Direitos Fundamentais e lhe deu o mesmo valor jurídico que os Tratados, além de aderir formalmente a CEDH (art. 6º). Funda-se a União nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres. (art. 1º-A).

Por fim, ainda no âmbito da UE, foi publicada a Diretiva 2013/32/UE que é denominada de Estatuto da União Europeia dos refugiados. O Parlamento e o Conselho Europeu consideram a necessidade de estabelecer-se uma política comum para o asilo, bem como um espaço de liberdade, segurança e justiça que possa abrigar aos que pedem proteção. Ressalta a importância da responsabilidade compartilhada entre os Estados e a aplicação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e a aproximação entre as legislações internas. Garante a competência de manutenção de condições mais favoráveis para os nacionais de países terceiros e a vinculação dos Estados ao Direito Internacional por eles ratificados.

Em âmbito latinoamericano, a Carta Interamericana de Direitos Humanos (CADH) nascida do desejo dos Países Americanos de concretizar a integração regional, teve por objetivo garantir que cada pessoa pudesse gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, de natureza civil ou político (art. 34). Esta Convenção foi assinada em 1951 e os Países subscritores foram Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Em 1967 sofreu uma emenda que entrou em vigor em 1970. Em 1985 no marco da XIVº Período de Sessões Extraordinárias da

Assembleia Geral firmaram uma importante mudança no Preâmbulo com a referencia explicita de “ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones de robustecer las democracias representativas pues son una “condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región” y de consolidar en este continente “un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”²⁵.

A CADH não possui uma regra específica sobre asilos e refúgios, mas o art. 1º é uma verdadeira base sobre a qual descansa os direitos e liberdades idealizados no sistema de Proteção de Direitos Humanos. O dispositivo estabelece uma norma programática que harmoniza-se perfeitamente com aquela instituída no art. 26 dispositivo este que representa um instrumento de garantias para o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, norma que não somente veda o retrocesso, mas incentiva que os Estados estabeleçam ações para que se cumpra a obrigação de respeitar e garantir direitos mínimos. Constituí na obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”²⁶. Esta obrigação excluí, assim a reciprocidade, principio clássico consagrado no direito internacional: “es decir, existe una ausencia de reciprocidad cuando los Estados firman, ratifican o se adhieren a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, cabe recordar que la Convención Americana no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”²⁷.

No âmbito do MERCOSUL não há uma regra de proteção específica a população LGBTI. Todavia, há que se reconhecer a atualidade desta Declaração que especificamente

²⁵ Convención Americana sobre **Derechos Humanos comentada, disponible em** <https://dialogoderechoshumanos.com/comentario-cadh>, acesso em 27/08/2020

²⁶ Gros Espiell, Héctor, La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65

²⁷ FERRER MAC- GRAGORY, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, *Artículo 1- Obligacion de respetar los derechos, in Convenico no comenada...*

destina a regra de igualdade a todas as pessoas independentemente do sexo e da orientação sexual. O MERCOSUL está constituído pelo grupo de países da América do Sul e tentou parecer-se com a formação do bloco Europeu, mas não tem estrutura judicial, política ou social, elementos estes que dão força a coesão entre as nações. O conteúdo da Carta é atual e, não obstante dirigir-se aos trabalhadores, seu conteúdo deve estender-se a proteção de qualquer residente ou pessoa que circula nos respectivos territórios dos países do bloco ou parceiros. O art. 1º garante a não discriminação e o 2º dirige-se a promoção da igualdade:

Art. 1º Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes. Os Estados Partes comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.

Art. 2º As pessoas portadoras de necessidades especiais serão tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo-se sua inserção social e no mercado de trabalho. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, formação, readaptação e orientação profissional, à adequação dos ambientes de trabalho e ao acesso aos bens e serviços coletivos, a fim de assegurar que as pessoas portadoras de necessidades especiais tenham a possibilidade de desempenhar uma atividade produtiva.

O art. 3º que segue, representa um mandamento para que cada Estado elabore a sua legislação interna em respeito aos princípios mínimos estabelecidos pela carta, o que representa uma ordem para que os Estados membros estendam proteção a comunidade LGBTI.

Em razão do objeto que se destinada a carta, é evidente que não traz nenhuma norma sobre asilo. No Brasil, por exemplo, o Estatuto dos refugiados foi publicado em 1997 pela Lei nº 94747 que reconhece a situação de refugiado a todo aquele que,

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu

país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Em 15.04.2014, o Brasil publicou a Resolução Conjunta nº 01 do CNJ e Presidência da República para o combate a discriminação, fundando os motivos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), e todos os outros instrumentos internacionais aplicáveis à matéria, bem como os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero). Por esta resolução estabeleceu parâmetros para o acolhimento para as pessoas LGBTI (nacionais ou estrangeiros). Trouxe um elenco de denominações considerando:

I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres; II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens; III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos; IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

Esta Resolução reitera os direitos da personalidade insculpidos na Constituição federal, garantindo a cada um o direito ao nome social de acordo com seu gênero, bem como o uso de vestimentas respectivos. Gozam do direito a visitas íntimas e formação educacional e profissional continuada.

É certo que esta Resolução se dirigiu a questões relacionadas a privação de liberdade, todavia deve servir de paradigma a questões que possam surgir e onde se verifique algum vazio legislativo.

Em 21 de setembro de 2018 nova Resolução Conjunta foi publicada, pelos mesmos órgãos estabelecendo parâmetros para a qualificação do atendimento socioassistencial da população LGBT no Sistema Único da Assistência Social - SUAS.

Por fim, há duas últimas referências internacionais que quero pontuar, sem desmerecer vários outros pactos importantes de caráter mundial ou limitado a determinados países. A primeira é a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, que representa o pilar e referência de toda normativa interna e internacional. O art. 1º conceitua o termo refugiado para incluir, inclusive as situações que justificaram o nascimento deste instrumento à época e da uma abrangência territorial maior do que os limites geográficos físicos da Europa.

Constitui o marco relacionado a regra de refúgio para qualquer situação, independente das eleições de sexo. Serve, assim, de farol de proteção a todo aquele que necessita de proteção em outro Estado justamente por fundadas razões de temor no País de residência. A vulnerabilidade pode verificar-se por duas categorias, uma “situacional”: deriva de las condiciones en las que se produce el desplazamiento o de las condiciones en el país de migración. La otra “individual”: relacionadas com determinadas características o circunstancias individuais”²⁸ Diz-se que a vítima sofre violência de gênero, capaz de fundamentar o pedido de asilo quando a agressão é desferida em virtude do gênero da pessoa, afetando a sua identidade, sexualidade, liberdade de reprodução, saúde física ou mental, isto é, daquela categoria individual apontada pelas Nações Unidas.

Esta Carta da ONU garante a proteção aqueles que efetivamente necessitam, independentemente da causa que fundamenta seu pedido. Todavia, afasta da proteção àquelas pessoas que se instalam nos países onde pedem asilo e que: a) cometeram crime contra a paz, um crime de guerra ou contra a humanidade; b) cometam crime grave fora do país de refúgio; c) se tornam culpadas de atos contrários a finalidade das ações unidas.

Há que considerar que a situação dos refugiados dentro do país de asilo deverá respeitar a legislação interna que, de toda sorte, não poderá violar os núcleos duros de proteção estabelecidos no Estatuto e em outras regras internacionais destinadas a igualdade e não discriminação. Também há que se ter em conta que os refugiados podem estar sujeitos a outro

²⁸ UNHCR-ACNUR, *Migrantes en situaciones de vulnerabilidad*, disponível em <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5979dcfa4>

problema quando buscam asilo em país distinto daquele que deixam por uma causa fundada no temor, isto é, a ausência de regulamentação no país de acolhida quanto a situação, podendo tem problemas com acesso aos serviços público e privado ou mesmo a dificuldade ou não ascender ao mercado de trabalho. Some-se a isso que, se o país de acolhida não lhe concede autorização formal, o refugiado terá a situação jurídica irregular. Dai a importância de os países terem regulamentada a questão que deverá respeitar as Diretrizes dos convênios internacionais de tutela a direitos humanos, bem como concretizarem o princípio da cooperação internacional, ainda que não estejam dentro de Estados que façam parte de blocos internacionais.

O segundo instrumento internacional está retratado entre os 17 objetivos do desenvolvimento sustentável da ONU. Este documento é fruto da Conferência das Nações Unidas em 1992 na cidade do Rio de Janeiro. O objetivo deste documento foi produzir uma carta de compromissos entre os Países para que possam suprir desafios ambientais, políticos e econômicos mais urgentes da humanidade, de modo que todo eles são interligados. Aqui se estabeleceu no objetivo nº 5 o respeito a igualdade de gênero *desmembrando-a* da redução de desigualdade (ODS nº 10). Quero com isso dizer que o âmbito que se estendem a tutela torna, cada vez mais clara, a diferença existente entre igualdade e tutela de gênero, de modo que a proteção tem que seguir nas duas vias, tanto ao sexo feminino com masculino o que leva a proposta de os Estados adotarem políticas públicas que vão importar em modificações sócio-culturais de condutas masculinas e femininas com vistas a eliminar discriminações, preconceitos e práticas baseadas em situações de inferioridade ou superioridade bem como falsos estereótipos desprezíveis desde o ponto de vista do respeito ao ser humano.

4. *LGTBI – tutela, xenofobia e refugio*

Ser vítima de preconceitos, rejeições e exclusões não é uma situação peculiar das sociedades LGTBI. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo e um importante receptor de imigrantes, manifestando-se a xenofobia de diversas formas e, principalmente, através de sentimentos de superioridade e racismo, o que nem sempre está ligado ao fato da vítima ou grupo delas, ser um migrante. Há tratamento xenófobo, por exemplo, com os estereótipos dos cearenses, chamados de “cabeças chatas” ou dos “bairianos preguiçosos”. A xenofobia manifesta-se ainda no racismo em razão a cor, sendo apurado no último senso

estatístico do IBGE que 14,4% do desemprego esta entre negros; 14,1% entre pardos e 9,5% entre brancos, além do que o rendimento dos brancos é 75% maior que pretos e pardos²⁹.

A xenofobia contra os venezuelanos, não necessariamente LGBTI, que chegavam ao Brasil pedindo asilo ganhou as manchetes quando em agosto de 2018, a população de Pacaraima, cidade de fronteira entre Brasil e Venezuela, voltou-se contra eles em atos violentos e de expulsão. A ação da população contra os venezuelanos surgiu quando quatro venezuelanos foram acusados de roubar um comerciante e espancá-lo. O ataque provocou a discussão e o medo de outros que tentaram entrar no País, revelando a falta de infraestrutura e de políticas concretas que pudesse acudir o êxodo venezuelano³⁰. A xenofobia é uma das formas mais odiosas de discriminação.

A Conferencia Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, reconhece as várias formas de intolerância e discriminação e afirma que “el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, cuando equivalen a racismo y discriminación racial, constituyen graves violaciones de todos los derechos humanos y obstáculos al pleno disfrute de esos derechos, niegan la verdad evidente de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, constituyen un obstáculo a las relaciones pacíficas y de amistad entre los pueblos y las naciones, y figuran entre las causas básicas de muchos conflictos internos e internacionales, incluidos conflictos armados, y el consiguiente desplazamiento forzado de poblaciones”³¹. Reconhece, ainda, que estas circunstâncias podem ser agravadas pela má distribuição da renda e a desigualdade social, garantindo a todos uma ordem internacional que lhes possa assegurar a dignidade humana e a vida, sem que sofra qualquer tipo de discriminação. As integrações entre países, culturas, economia e políticas decorrentes da globalização deve ser usada a favor da prosperidade de todos os povos, reconhecendo-se a maior dificuldade dos países em desenvolvimento, pois a pobreza, marginalização e exclusão social agrava ainda mais as formas de violência por motivos diversos. A globalização deve

²⁹ Informação disponível em <https://epocanegocios.globo.com/palavrachave/ibge/>, acesso em 26/08/2020

³⁰ Informação disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/17/politica/1534459908_846691.html, acesso disponível em 26/08/2020

³¹ Informação disponível em https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf, acesso disponível em 26/08/2020

servir como alavanca a cooperação internacional e as comunicações mundiais com a finalidade de buscar a promoção da diversidade e da cultura, bem como a erradicação da xenofobia e qualquer outra forma de intolerância.

Sabendo-se que a população dos LGTBI sofre as mais diversas formas de aversão e preconceitos, quer pelo estigma de serem simplesmente quem não parecem ser ou quem não são, sentimentos estes que muitas vezes são exacerbados pelos preconceitos ou pré-conceitos que sofrem em razão de suas preferências, ações ou escolhas é que a ACNUR considera que os migrantes LGTBI devem ser inseridos como vulneráveis estabelecendo-se entre as Nações Unidas e os Estados um compromisso internacional de elaborar diretivas dirigidas a sua proteção.

Ainda há países no mundo que criminalizam as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo ou qualquer outra forma de LGTBI.

Aun cuando no existe una definición jurídicamente convenida, las Naciones Unidas definen el migrante como «alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año independientemente de las causas de su traslado, voluntario o involuntario, o de los medios utilizados, legales u otros». Ahora bien, el uso común incluye ciertos tipos de migrantes a más corto plazo, como los trabajadores agrícolas de temporada que se desplazan por períodos breves para trabajar en la siembra o la recolección de productos agrícolas.

Los refugiados son personas que se encuentran fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y, en consecuencia, requieren protección internacional. La definición de refugiado se puede encontrar en la Convención de 1951 y en los instrumentos regionales relativos a los refugiados, así como en el Estatuto del ACNUR.

Pode-se dizer que hoje há um consenso de que os LGTBI pertencem a grupos vulneráveis de modo toda a proteção disposta no ordenamento internacional aqui relacionado se lhe aplica, sendo absolutamente fundado os eventuais pedidos de refugio pela situação intolerante que tenha que suportar em seu País.

Todavia o País de acolhimento deve ter regras de proteção aos migrantes, principalmente destinadas a luta contra a xenofobia situação esta reconhecida como um dos

problemas mais graves contra os não nacionais e que tende a acentuar-se ainda mais quando o migrante é um membro da sociedade LGTBI. A conferência de Durban contra racismo de 2001 declarou no art. 16 que reconhece “que a xenofobia contra os não-nacionais, em particular os migrantes, os refugiados e os solicitantes de asilo, constitui uma das principais fontes do racismo contemporâneo, e que as violações de direitos humanos cometidas contra membros desses grupos ocorrem largamente no contexto de práticas discriminatórias, xenófobas e racistas”³².

Ha que levar em conta que desde 2002 as agências internacionais tem reconhecido a chamada “categoria de refugiados LGTBI” e o numero de pedidos de refúgios tem aumentado sob este fundamento. Esta conquista de busca pelo respeito a dignidade é resultado da ampliação das normas e diretrizes da ONU sobre refugio (Convenção de 1951 e Protocolo de 1967) que, em 1990, passou a ser tutelado pelas diretrizes da ACNUR e que, em de 2012, passou a ser tratar-los como sujeitos de direitos em grupos específicos. Isto é reconheceu-se que “homossexuais” e “mulheres” são passíveis de sofrer perseguição relacionada a gênero (*gender-related*, no original), e num segundo momento, estas duas categorias foram dissociadas, formando-se categorias e sujeitos protegidos por sua “orientação sexual” e “identidade de gênero”.

A partir dai, como ensina Isadora Lins França, o termo *LGBTI* se firma “num movimento de autonomização da sexualidade (...) Na diretriz atual, o capítulo sobre “pertencimento a um grupo social específico” é singularmente importante, pois discute as bases pelas quais se pode estabelecero LGTBI como “grupo social específico” diante de situações de violações de direitos no marco da Convenção de 1951. O entendimento é o de que o pertencimento ao “grupo social específico” -LGBTI- justifica a solicitação de refúgio quando se trata de contextos em que esse grupo “tem sistematicamente seus direitos violados” e os solicitantes de refúgio se enquadram como “vítimas potenciais dessas violações”. No que tange às categorias que colocam em articulação gênero, sexualidade e violência, cabe mencionar a categoria “perseguição”, que dá sentido a essas relações no que concerne ao refúgio. No documento atual, “perseguição” é definida pelo grau dos eventos relatados e pelas “opiniões, sentimentos e estado psicológico do solicitante”: “é possível considerar que ele [o termo perseguição] abrange graves violações de direitos humanos, ameaças à vida e à liberdade e

³² LINDGREN ALVES, J.A, *A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos*, disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009, acesso em 25/8/2020.

outras formas de violência grave. No entanto, formas menos gravosas de violência, se continuadas, também podem constituir uma perseguição. A equiparação de ações a uma perseguição vai depender das circunstâncias do caso, bem como da idade, gênero, opiniões, sentimentos e estado psicológico do solicitante” (...) Ainda, o documento indica que ameaças de “graves abusos” e “violência física, psicológica e sexual” são comuns às “solicitações LGBTI”, destacando o estupro como “forma de tortura e violação da dignidade humana”. Nesse passo, são qualificadas como “tortura” as “ações para mudar a orientação sexual ou identidade de gênero de um indivíduo mediante coerção”. Tais informações são compiladas com base em outros relatórios no âmbito da ONU: as informações sobre tortura têm origem nos dados apresentados pelo Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura e outras Penas e Tratamentos Cruéis no que diz respeito a LGBTI; o item sobre detenções arbitrárias e situação de LGBTI encarcerados está relacionado ao relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre Detenção Arbitrária, e assim por diante. O embasamento da argumentação depende, assim, das informações produzidas por um sistema de indicadores próprio dos organismos internacionais. No que tange ao refúgio, as informações sobre violação de direitos de LGBTI nos mais diversos países são fundamentais para a “análise de credibilidade” e “fundado temor de perseguição” das solicitações apresentadas”³³.

É importante que os países adotem políticas públicas inclusivas que viabilizem não somente o acolhimento de pessoas que são vítimas de violência em seus países de origem em razão de sua opção sexual mas, principalmente que promovam a educação social para que se possa efetivamente ter respeito pelo ser humano, independentemente de sua condição, raça, credo, nacionalidade ou sexualidade. Além disso, faz-se necessário que o ordenamento jurídico possa albergar situações que permitam que as regras sejam destinadas ao trato igualitário de todas as pessoas, independentemente da situação de fato ou jurídica que estejam ocupando.

5. Conclusões

O Brasil é signatário de todas as normativas internacionais trazidas e que visam a garantia da dignidade humana e da igualdade. O que falta ao País são políticas públicas que

³³ LINS FRANÇA, Isadora, *Refugiados LGBTI: direitos e narrativas entrecruzando gênero, sexualidade e violência*, disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200307&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt, acesso em 25/08/2020.

possam reduzir ou, verdadeiramente eliminar a desigualdade em todos os seus níveis e esferas. A pobreza e a desigualdade social são fatores que provocam o crescimento de sentimentos xenofóbicos, racistas e discriminatórios.

Os organismos internacionais e a crescente aplicação das normas internacionais como critério de interpretação e nascimento da lei interna permite que haja um amadurecimento social e das instituições públicas e privadas responsáveis pelo aperfeiçoamento das medidas destinadas a concretização da construção de um ordenamento jurídico que permita o respeito a individualidade, intimidade e personalidade de cada ser humano.

A globalização e os acordos entre nações devem ir mais além de questões de índole econômica para efetivamente promover a igualdade entre todas as pessoas e contribuir para a paz e a vida decente. As medidas adotadas para o respeito a direitos fundamentais de natureza social ou individual devem ser cunhados do mesmo valor em todos os países, configurando-se uma busca e uma conquista global que certamente trará benefícios a toda humanidade.

Blacks only: o caso dos trainees do Magazine Luiza

Eu sei que o ódio, o egoísmo, a hipocrisia, a ambição,
Almas escuras de grutas, onde não desce um clarão,
Peitos surdos às conquistas, olhos fechados às vistas, vistas fechadas à luz,
Do poeta solitário, lançam pedras ao calvário, lançam blasfêmias à cruz.
Castro Alves

Flávio da Costa Higa*

André Araújo Molina**

RESUMO

O artigo tem por objeto de investigação a extensão e os limites das “ações afirmativas”, taxonomia empregada para designar medidas temporárias com o objetivo de reduzir desigualdades historicamente acumuladas, garantir igualdade de oportunidades e compensar perdas provocadas pela discriminação por fatores odiosos. A partir da exploração empírica do “caso Magazine Luiza” – processo seletivo exclusivamente dirigido aos trabalhadores negros –, questiona a constitucionalidade de tal medida. Os fundamentos em prol das “ações positivas” monopolizadas por determinado grupo vulnerável são testados sob o prisma jurídico, epistêmico, deontológico e de razoabilidade/proporcionalidade, dentro do escopo de aferição de sua juridicidade. Assumido o pressuposto de que medidas compensatórias são legítimas, o texto instila dúvidas sobre o acerto das “cotas” de 100% – mediante escrutínio de suas premissas, conclusões, métodos e paradigmas estruturais –, a fim de concluir que o remédio que cura é o mesmo que mata, a depender da dose ministrada.

PALAVRAS-CHAVE

Ações afirmativas – Discriminação – Direito do Trabalho - Constitucionalidade

Na Divina Comédia, conta-se que ao atravessarem a porta do Inferno, Dante e Virgílio leram a epígrafe de seu frontispício, que assim dizia: “*lasciate ogni speranza voi ch'entrate*”,¹ impondo aos ingressantes a renúncia à esperança, porquanto a realidade inclemente não lhes permitiria tergiversar acerca do infausto destino.

A alegoria contada na peregrinação dos poetas é mimetizada – nos dias atuais – por qualquer cidadão não negro dentre os 13,8% de desempregados brasileiros² a postular uma vaga de *trainee* da Magalu: “abandone todas as suas esperanças antes mesmo de tentar!

* Juiz do Trabalho e Doutor em Direito pela USP.

** Juiz do Trabalho, Professor e Doutor em Direito pela PUC-SP, com estágio de pós-doutorado na USP.

¹ EMILIANI-GIUDICI, Paolo. *Dante - La Divina Commedia*. Firenze: Societa editrice fiorentina, 1845, p. 213.

² Fonte: <<https://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 8 out.2020.

Seu destino foi selado pela quantidade de melanina em sua pele”. Sob o louvável propósito de “trazer mais diversidade racial para os cargos de liderança da companhia”,³ a rede varejista lançou uma campanha de recrutamento exclusivamente dirigido aos negros, proscovendo – *de antemão* – todas as demais cores.⁴

É impossível ignorar o quanto é trôpega a marcha civilizatória por uma sociedade que reduza desigualdades e promova o bem de todos (CF, 3º, III e IV). Até a edificação do postulado segundo o qual “*tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits*”,⁵ sociedades democráticas como a norte-americana tiveram uma Suprema Corte a cancelar a ideia de que negros não estavam protegidos pela Constituição e jamais poderiam se tornar cidadãos (*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857))⁶ e a declarar a constitucionalidade da segregação racial em locais públicos, sob a doutrina do “*separate but equal*” (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)).⁷ No Brasil, “a escravidão foi uma tragédia humanitária de proporções gigantescas”, uma “história de domínio e opressão de um grupo de seres humanos pelo outro, de muita dor e injustiça”.⁸

Diante dessa enorme dívida histórica com os afrodescendentes, soa mesmo antipático lançar questionamentos sobre um processo seletivo desse jaez, notadamente num contexto social polarizado em que muitos possuem convicções tão arraigadas que são absolutamente refratários ao diálogo construtivo. Conquanto o maniqueísmo fundamentalista não propicie um cenário auspicioso, a manifestação do pensamento deve resistir, sob a admoestação de Sófocles:⁹ “não carregues em ti só uma morada da verdade: o que tu dizes, nada mais que isso. Quem julga deter saber exclusivo, possuir língua e mente estranhas aos demais, nesse, se o abres, verás o vazio. [...]. Do nauta que firma resolutamente o pé e não arreda um passo, o barco vira e a viagem termina com o casco ao vento”.

A contratação de trabalhadores tendo a cor como critério excludente de todos os demais candidatos é desafiada por um obstáculo constitucional, qual seja o inciso XXX, do art. 7º da CF, cujo teor é o seguinte:

³ Fonte: <<https://www.infomoney.com.br>>. Acesso em: 8 out.2020.

⁴ Fonte: <<https://carreiras.magazineluiza.com.br>>. Acesso em: 8 out.2020.

⁵ FRANÇA. *La Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948). *Article 1^{er}*.

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*.

⁷ Idem.

⁸ GOMES. Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 34.

⁹ SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016, p. 51.

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.

Ao esmiuçar a regra, a Lei nº 9.029/1995 reafirma ser “proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, [...] por motivo de [...] cor” (Art. 1º). As Convenções 111 (Art. 1.1 “a”)¹⁰ e 117 (Art. 14. 1. “b”)¹¹ da OIT igualmente censuram tais atos.

Nos limites normativos destacados, é necessário – no mínimo – discutir a constitucionalidade da exclusão de todas as demais cores de uma oferta de emprego, haja vista a Suprema Corte afirmar que o “nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da CF, qualquer discriminação decorrente – além, evidentemente, da nacionalidade – de sexo, idade, cor ou estado civil” (STF, *RE 161.243*, 2ª T, DJ de 19-12-1997).

O primeiro impulso de justificação da medida adotada é o recurso à ideia de isonomia (CF, 5º, *caput*) enquanto fator de distinção positiva, pois é correta a ideia de ARISTÓTELES segundo a qual “a igualdade parece ser a base do direito, e o é efetivamente, mas unicamente para os iguais e não para todos. A desigualdade também o é, mas apenas para os desiguais”.¹² RUI BARBOSA refinou o conceito ao explicar que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.¹³

A questão é que a medida não promove “condições de igualdade de acesso”, mas sim exclusão peremptória de não-negros. Ela é flagrantemente desproporcional, na medida em que falha ao sopesar possibilidades as jurídicas,¹⁴ impondo – aos demais membros

¹⁰ “Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão (SUÍÇA. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Convenção nº 111).

¹¹ Art. XIV — 1. Um dos fins da política social será o de suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, em matéria de: [...] b) admissões aos empregos, tanto públicos quanto privados (SUÍÇA. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Convenção nº 117).

¹² ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 7 out. 2020.

¹³ RUI BARBOSA. *Oração aos Moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116-120.

da geração atual – o pagamento, à vista, do débito multissecular que a sociedade contraiu com os afrodescendentes, e à custa de sua cidadania. O indivíduo alijado da chance de ser admitido em um emprego não poderá desfrutar dos demais benefícios do art. 7º da CF, tendo, assim, usurpadas as possibilidades de afirmar a sua dignidade por meio do trabalho.

Malgrado a tentativa de justificação pela isonomia, podem-se empregar conceitos de textura mais dúctil, como os da dignidade humana, solidariedade, redução de desigualdades, proteção de grupos vulneráveis etc., para construir um discurso de legitimação. Não se questiona, por óbvio, que “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988” (STF, *RMS 26.071*, 1ª T., DJ de 01-02-2008).

Igualmente veraz a premissa de que as ações afirmativas promovem “a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária” (STF, *Pet 3.388*, Plenário, DJE de 1º.7.2010). A Suprema Corte brasileira, a propósito, já declarou – em duas ocasiões – a constitucionalidade de tais ações, fundadas “na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira” (STF, *ADC 41*, Pleno, DJe 7.5.2019) e endereçadas a “grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares” (STF, *ADPF 186*, DJe 20.10.2014).

Há, entretanto, duas falhas no processo seletivo do Magalu: **I.** Conforme alhures mencionado, a oferta de empregos exclusivamente ao público negro aniquila o direito fundamental ao trabalho (e todos que dele dependam) de não-negros (CF, 6º) e, **II.** A providência não protege (as) “minorias”, antes pelo contrário, elege uma (única) “minorias de ocasião” em detrimento de todas as demais. O monopólio de promessas de emprego aos negros esquece que indígenas não podem ser discriminados em relação a outros trabalhadores (Lei n. 6.001/1973, 14), menoscaba o dever de a sociedade assegurar, com absoluta prioridade, aos idosos, o direito ao trabalho (Lei n. 10.741/2003, 3º e 26), e despreza idêntica obrigação em relação às pessoas com deficiência (Lei n. 13.146/2015, 4º, 8º e 34).

Deontologicamente, também pode-se testar a validade das regras especiais do certame de acordo com o imperativo categórico, assim proposto por KANT: “age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal. [...] Qualquer

máxima que não seja assim qualificada é contrária à moral”.¹⁵ Assim, se boa é a proposta, ela deveria (poderia) ser universalizada, de modo que todos os postos de trabalho, tanto no serviço público quanto no privado, passem a ser – doravante – privativos de negros, até atingir o fim colimado. Todavia, se a generalização da política de contratação exclusivista soar exagerada, é possível concluir que é socialmente indesejável a reserva de 100% das vagas de emprego para negros e, se ela não é interessante como um todo, também não é adequada nos limites de uma determinada empresa ou para um certame específico.

A falha não está no fomento à contratação de indivíduos pertencentes aos grupos vulneráveis – diretriz consentânea com os escopos constitucionais. O defeito reside em destinar-lhes todas as vagas, uma vez que a diferença entre o remédio e o veneno está na dose – *Dosis sola facit venenum* –, conforme sentenciado por Paracelso. É esse o ponto nevrálgico. Consoante escólio de HEGEL, a alteração na quantidade (no caso, de um percentual “X” para o de 100%) implicará mudança na qualidade:¹⁶ de distinção positiva e desejável (ação afirmativa) para a violação do direito fundamental ao trabalho de todos os demais cidadãos, a ponto de transmudar seu *status* e demandar resposta jurídica distinta.

Ações afirmativas são constitucionais – aprioristicamente –, pois mitigam desigualdades. A Constituição argentina incumbe o Congresso de “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato*” (Art. 75, item 23).¹⁷ Na Índia, o mesmo dispositivo que estabelece a igualdade, ressalva que nada nele obsta o estabelecimento de provisões especiais em favor de minorias de castas e tribos (Art. 15 (3)). Na África do Sul, a Lei Maior afirma que “*to promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken*” (Art. 9º, (2)).¹⁸ A Itália, na cláusula que assegura igualdade e dignidade social paritária, outorga à República o dever de “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini [...] e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*” (Art. 3º).¹⁹ Poder-se-ia acrescentar a

¹⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003, p. 67-68.

¹⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em compêndio (1830)*. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1, p. 214.

¹⁷ ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Ley nº 24.430/1994.

¹⁸ ÁFRICA DO SUL. *The Constitution of the Republic of South Africa (1996)*.

¹⁹ ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana (1948)*.

Constituição da Espanha (Art. 9.2),²⁰ o Código do Trabalho de Portugal (Art. 27)²¹ e tantos outros diplomas, todos a ratificar tanto a legalidade quanto a tendência civilizatória de adoção de distinções positivas.

Porém, o excesso quantitativo/percentual contamina tais programas, porquanto não passam no teste de proporcionalidade em sentido estrito.²² *In medio stat virtus*. Distribuir todas as vagas aos negros fará aumentar a tensão racial, porque os demais serão oficialmente preteridos em função da cor, e promoverá ilegítima discriminação aos não-negros (índios, asiáticos, refugiados, ciganos, apátridas, idosos, pessoas com deficiência etc.), como se em nossa sociedade já não abundassem expressões de ódio, preconceito e discriminação.

A Suprema Corte norte-americana, em *United Steelworkers v. Weber* 443 U.S. 193 (1979), considerou que o Título VII do *Civil Rights Act – 1964* não impedia os empregadores de favorecerem mulheres e minorias. Um dos argumentos em prol da ação afirmativa foi justamente o de ela – além de temporária – não atrapalhar direitos dos brancos, porque eles representariam metade dos selecionados. Em sua decisão, Justice Brennan consignou que “*the plan does not unnecessarily trammel the interests of the white employees [...]. Nor does the plan create an absolute bar to the advancement of white employees; half of those trained in the program will be white. Moreover, the plan is a temporary measure*”.²³

Na mesma trilha, **o guia de ações afirmativas da *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*** – agência federal dos EUA que administra e aplica as leis contra a discriminação no local de trabalho – **desaprova e reputa desarrazoadas as restrições desnecessárias à força de trabalho como um todo, como aquelas que criam barreiras absolutas aos que não pertençam ao grupo minoritário contemplado.**²⁴

²⁰ “Artículo 9. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” (ESPAÑA. Constitución española de 1978)

²¹ “Artigo 27.º Medida de acção positiva. Para os efeitos deste Código, não se considera discriminação a medida legislativa de duração limitada que beneficia certo grupo, desfavorecido em função de factor de discriminação, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos na lei ou corrigir situação de desigualdade que persista na vida social.” (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro)

²² MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013.

²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*.

²⁴ “CM-607 *Affirmative Action*. 607.15 *Unapproved Plans: Reasonable Action*. (a) *General Standards*; (5) *An affirmative action plan must avoid unnecessary restrictions on opportunities for the workforce as a whole*. (e) *Unreasonable Actions - (2) Plans that create an absolute bar to the employment or advancement of persons not covered by the affirmative action plan (e.g., a training program that admits women and minorities only)*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. *Equal Employment Opportunity Commission*)

Não há, pois, equidade – ora empregada na acepção de razoabilidade – no modelo de contratação examinado. “A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes”.²⁵ O tributo a determinado grupo minoritário em detrção dos demais não é senão a erosão do Estado de Direito e a bancarrota do projeto de sociedade “*democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidade humana, en el trabajo y la solidaridade de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”.²⁶

Como sentenciou Mandela ao sair da prisão, desejo um lugar “onde as pessoas vivam em harmonia, com oportunidades iguais. É um ideal pelo qual desejo viver e atingir. Mas se for preciso, é um ideal pelo qual estou disposto a morrer”. Portanto, as políticas de cotas, ações afirmativas e outras ferramentas de equalização de desigualdades devem ser mantidas e/ou ampliadas, superando mazelas sociais, mas sem que se transformem, pelo excesso, em fontes de exclusão. Afinal, bem advertiu Martin Luther King que “*we may have all come on different ships, but we're in the same boat now*”. Se o mundo não for para todos, também não será para ninguém.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

²⁶ COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia 1991*. Artículo 1.

**A QUESTÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES
LABORAIS**

Francisco das C. Lima Filho¹

Paulo Henrique Costa Lima²

Heitor Oliveira Barbosa³

Gustavo Oliveira Barbosa⁴

"Ninguém nasce odiando o outro pela cor de sua pele, ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar as pessoas precisam aprender, e se elas aprendem a odiar, podem ser ensinadas a amar" (Nelson Mandela).

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de discriminação; 2.1 Formas de discriminação; 2.2 Discriminação racial; 3. Discriminação no âmbito das relações de trabalho; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

No Brasil o racismo não existe à toa. É estrutural e tem raízes especialmente num passado de escravidão negra que durou mais de trezentos anos.

De acordo com o pensamento de [Silvio Luiz de Almeida](#)⁵, "o racismo não é um ato ou um conjunto de atos, tampouco pode ser resumido a um fenômeno restrito às práticas

¹ Desembargador do Trabalho do TRT da 24ª Região. Diretor Executivo da Escola Judicial de 24ª Região (2019/2020). Mestre e doutor em Direito Social para UCLM (Espanha).

² Advogado Trabalhista em Brasília - DF

³ Advogado Trabalhista em Dourados - MS

⁴ Acadêmico de Direito da UFGD - Dourados - MS

⁵ ALMEIDA, Silvio. [Racismo Estrutural](#). São Paulo: Pólen Livros, 2019, p. 46.

institucionais; é, antes e sobretudo, um processo histórico e político em que as condições de subalternidade ou de privilégio de sujeitos racializados, é estruturalmente reproduzida e que considerar o racismo como parte da estrutura não exime a responsabilidade das pessoas em combater o racismo”, à medida que:

pensar o racismo como parte da estrutura não retira a responsabilidade individual sobre a prática de condutas racistas e não é um alibi para racistas. Pelo contrário: entender que o racismo é estrutural, e não um ato isolado de um indivíduo ou de um grupo, nos torna ainda mais responsável pelo combate ao racismo e aos racistas⁶.

De fato, para se constatar esse fenômeno no Brasil, basta pensar que temos um passado de escravidão negra de mais de trezentos anos – é necessário repetir – e que fomos o último país do continente americano a abolir a escravidão, o que apenas ocorreu em 1888.

Há cerca de cento e trinta anos, os negros eram considerados coisas de venda no comércio, traficados e mantidos em condições subumanas de trabalho, sem remuneração, e debaixo da chibata e do açoite.

Desgraçadamente, o Brasil foi o maior território escravagista do hemisfério ocidental por três séculos e mais. Sozinho recebeu, quase cinco milhões de africanos cativos, 40% do total de doze milhões e meio embarcados na África para a América⁷.

⁶ Como lembra Angela Devis: “*não basta não ser racista, é necessário ser antirracista*”. Disponível em: <https://br.pinterest.com/pin/42995371433842518>>. Acesso em 4.10.2020.

⁷ GOMES, Lauretino. **Escravidão**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 24.

Esse trágico passado histórico deixou arraigado na sociedade brasileira um racismo estrutural, que, infelizmente ainda permeia as relações sociais e de poder e, que, agora tem se mostrado com mais frequência e força⁸, na discriminação dos negros quanto ao acesso à vários direitos como educação, saúde, trabalho e especialmente no tratamento que alguns desinformados, inclusive agentes do Poder Público e também no setor privado, têm dado às pessoas negras, violando um dos mais fundamentais direitos humanos: o direito de ter direitos⁹ e de ser tratado com igual respeito e a consideração devida, qualquer que seja a origem, a cor da pele, a orientação sexual, ou qualquer outra característica pessoal, como tem sido demonstrado, quase que diariamente pelo noticiário da mídia, a evidenciar que o preconceito, que leva à discriminação racial ainda continua sendo uma realidade em muitos lugares do mundo, inclusive no Brasil, que tem todo um passado escravagista e, portanto, de discriminação do negro, o que levou Laurentino Gomes¹⁰, no Livro **ESCRAVIDÃO**, a propor um desafio para aqueles de ascendência branca e europeia, inclusive e principalmente para nós brasileiros, qual seja, o de romper com uma relação contraditória, marcada por duas atitudes extremas: *de um lado, o mais cru preconceito racial; de outro, a celebração ufanista e irreal das heranças*

⁸ Basta lembrar daquele episódios ocorridos em São Paulo e no Rio de Janeiro em que pessoas foram covardemente agredidas por agentes do Estado e por particulares apenas em razão da cor negra e ainda aquela de uma senhora, mais recentemente que chamou um negro de macaco chimpanzé e tantos outros, o que evidencia a necessidade de se discutir esse tema e conscientizar a sociedade da necessidade de respeitar o semelhante qualquer que sejam suas escolhas ou cor, origem ou outras características de que são providas. Afinal, a vida de negros e todos os seres humanos conta e conta muito.

⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo-Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 332.

¹⁰ GOMES, Laurentino. **Ob. cit.**, p. 21.

africanas, como nos festejos de carnaval, sem todavia, reconhecer que os responsáveis por elas - os negros e seus descendentes - nunca tiveram e continuam não tendo - dizemos nós - o mesmo tratamento e as mesmas oportunidades usufruídas por brasileiros de outras origens. E para se constatar essa realidade, são suficientes as imagens que, cotidianamente, são exibidas pelo noticiário e os vergonhosos números de assassinatos de negros que, entre nós, em dez anos, cresceu 12.5%, especialmente entre os homens jovens como recentemente divulgado pelo Atlas de Violência, e os percentuais de pessoas contaminadas pela Covid-19 nas periferias das cidades, especialmente aquelas de médio e grande porte¹¹.

E não raro, esse tratamento assimétrico e discriminatório, vale repetir, parte de agentes do Poder Público, o que é mais lamentável ainda, o mesmo se podendo afirmar quanto às pessoas que têm orientação sexual diversa do padrão dominante na sociedade, em que pese recente decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal criminalizando a homofobia, no julgamento da do ADO 26/DF.

É esse o objeto de apreciação do presente artigo que foi inspirado em manifestação deste articulista na abertura de evento da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 24^a Região a respeito da matéria, mas que tem como

¹¹ Dados do boletim epidemiológico da Prefeitura de São Paulo, por exemplo, datado de 30 de abril de 2020, apontam que o risco de morte de negros por covid-19 é 62% maior em relação aos brancos. No caso dos pardos, esse risco é 23% maior e isso teria uma justificção, segundo especialistas, que são as questões socioeconômicas, como saneamento básico precário, insegurança alimentar e dificuldade de acesso à assistência médica que são fatores que aumentam o risco de adoecer e morrer (<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020>). Essa é uma realidade de muitas capitais de cidades medias e grandes e que a pandemia revelou e que sempre existiu mas que não se via ou não se queria ver, o que demonstra que as condições sociais são sempre mais precárias entre as pessoas negras, desgraçadamente.

único objetivo contribuir para discussão do tema da discriminação do negro especificamente no campo das relações de trabalho que, a par de relevante para que se possa almejar que a igualdade possa ser uma realidade na vida de milhares de pessoas negras que são discriminadas tanto em processos de admissão para o emprego como durante a execução do contrato de trabalho, quando empregadas, e que têm seus direitos negados apenas em razão da cor da pele como se ainda vivêssemos nos séculos XVII, ou XVIII ou XXIX.

Passou da hora de se romper com esse inadmissível ciclo de violência, de preconceito e de discriminação do negro, que tanta dor e sofrimento tem causado à essas pessoas, é isso que se propõe no presente artigo.

2. Conceito de discriminação

Doutrinariamente se pode afirmar que *discriminação é a conduta pela qual se nega à uma ou várias pessoas tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada*¹².

Pode ter várias causas, mas de um modo geral é originária de um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em razão de determinadas características pessoais, reveladas externamente que identificam um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos, como a cor, a raça, o gênero, a orientação sexual, a nacionalidade, o estado civil, a riqueza, a etnia, entre outras.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Mauricio Godinho. *Proteção contra discriminação na relação de emprego*. In: **Discriminação**. Márcio Túlio Viana et al (Coord.). São Paulo: LTr, 2000, p. 99.

Nessa perspectiva, a discriminação constitui a diferenciação de tratamento sem que haja motivos lógicos para tanto, como decorrência de algum tipo de preconceito em face de determinado atributo pessoal do indivíduo discriminado, como gênero, orientação sexual, cor, etnia, doença, entre outras.

Nesse sentido, a discriminação é considerada como toda diferenciação ou distinção realizada pelo legislador, por qualquer outra autoridade pública em atos concretos ou por particulares, que se mostre contrária à ética elementar ou a um processo normal de análise intelectual, ou seja, que não tenha uma justificação razoável¹³, ou nas palavras de Ermida Uriarte¹⁴, "discriminar significa distinguir, excluir com o fim de anular ou restringir o gozo e o exercício em igualdade de condições de direitos e liberdades fundamentais". E por isso mesmo, existe todo um arcabouço legal interno e internacional, que interdita e às vezes criminaliza as condutas discriminatórias, entre elas aquela em razão da cor ou da origem racial, mas que, infelizmente, parece não ter até o momento produzido os efeitos almejados, pois continuamos a

¹³ Para NEITZSCHE a ânsia de igualdade pode se expressar tanto pelo desejo de rebaixar os outros até seu próprio nível (diminuindo, segregando, derrubando) como pelo desejo de subir juntamente com os outros (reconhecendo, ajudando, alegrando-se com seu êxito). NEITZSCHE, Friedriche. **Humano demasiado humano**. São Paulo: TRD. De Paulo César de Souza, 2011, p. 182

¹⁴ ERMIDA URIATE, Oscar. *Protección, igualdad, libertad y no discriminación*. In: **Revista de Derecho Laboral**. Montivideu: n. 241, ene./marc.2011, p. 14.

assistir episódios de racismo e de violência racial, publicas a privadas, aí incluídas as relações laborais tanto nos processos de admissão de trabalhadores negros, como no curso do contrato de trabalho, nas promoções, no valor dos salários, no processo do insidioso assédio discriminatório em razão da cor ou da origem racial, especialmente contra a mulher negra, na violência psíquica e mesmo física desses trabalhadores sendo o assédio tanto moral como sexual contra a mulher negra uma realidade que não tem como ser negada e que precisa ser fortemente combatido.

2.1 Formas de discriminação

Quanto à forma de discriminar, tem-se entendido que existem duas: a *direta* e a *indireta*.

Há *discriminação direta* quando uma pessoa é tratada de maneira menos favorável que outra em situação análoga por razão de origem racial ou étnica, religião ou convicções, incapacidade, idade, gênero, orientação sexual ou outro elemento ou característica pessoal.

A *discriminação direta* encontra-se diretamente vinculada à diferença de trato, de consideração ou de tratamento, sem a presença de uma circunstância ou situação objetiva que a justifique ou explique, lesionando a dignidade da pessoa e seus direitos humanos garantidos ou, em outras palavras, quando uma pessoa seja, haja sido ou possa ser tratada de maneira menos favorável que outra em situação análoga por algum motivo que não possa ser legitimamente

justificado como acontece com os negros que, em regra, são tratados de forma menos favorável que os brancos apenas porque são negros e não raro assassinados de forma brutal pelo mero fato de serem negros.

A *discriminação indireta* ocorre quando uma disposição legal regulamentar, uma cláusula contratual ou convencional, um ponto individual ou uma decisão unilateral, aparentemente neutras podem ocasionar uma desvantagem particular a uma pessoa em relação a outras por razão de origem racial ou étnica, religião, convicções, incapacidade, idade, gênero, orientação sexual ou outro elemento, sempre que objetivamente não respondam a uma finalidade legítima e que os meios para a consecução dessa finalidade não sejam adequados e necessários.

Como se vê, *o conceito de discriminação indireta se vincula à teoria do impacto ou efeito adverso, à medida em que a conduta ou ato não aparece como discriminatório, mas na prática contém essa intenção*¹⁵.

O que caracteriza a discriminação indireta é o mecanismo por meio do qual se alcança o resultado e não a conduta em si, que muitas vezes aparentemente se mostra

¹⁵ No Brasil há doutrina entendendo que há pelo menos dois modos de discriminar. Pode-se discriminar ferindo regras, mas também com as próprias regras. (VIANA, Marcio Túlio. *Os Dois Modos de Discriminar: Velhos e Novos Enfoques*. In: **Discriminação**. VIANA, Márcio Túlio et al. (Coord.). São Paulo: LTr, 2010, p. 143-149). No nosso entender, a primeira hipótese se trata da discriminação direta e a segunda, da discriminação indireta.

neutra, mas que tem capacidade de prejudicar sensivelmente muito mais um coletivo discriminado do que o resto daqueles que são tomados em consideração.

Há ainda outra forma de classificar a discriminação: a discriminação positiva e a discriminação negativa.

A discriminação negativa, devido a características distingue um grupo ou certos segmentos, como os negros, os homossexuais e outros de forma prejudicial e excludente em razão de certas características, origem ou opções constituindo a verdadeira e vedada forma de discriminar.

Na discriminação positiva ou ação afirmativa, a ação diferenciada tem por objetivo compensar certas minorias ou grupos historicamente estigmatizados e que sofreram discriminação em razão de dadas características ou origem, como a cor, um tratamento preferencial no acesso ou distribuição de certos bens, recursos ou serviços visando melhorar, e, portanto, compensar as condições de desigualdade que sofreram no passado como, por exemplo, as quotas nas universidades para estudantes negros e nos concursos públicos com relação deficientes.

Pela chamada discriminação positiva se procura criar mecanismos de desestímulo a discriminação e de promoção da igualdade material em favor de segmentos ou grupos historicamente desfavorecidos como recentemente ocorreu uma grande empresa de móveis e eletro domésticos e que foi objeto

de muita celeuma e é objeto de dos artigos da Revista. Logo, esse tipo de medidas afirmativas estão ligadas ao campo de lutas por cidadania e de igualdade material de direitos, que respeitem as diferenças e reparem efeitos negativos provocados por exclusão e, por isso mesmo, se caracterizam por serem medidas temporárias, que favoreçam a reversão de um quadro histórico de discriminação e exclusão.

Quanto à dimensão, necessário lembrar que o princípio vedatório da discriminação contém duas grandes regras:

a) *é um mandato de igualdade* que se coloca, sobretudo ante à lei e que tem como destinatário principal, se não exclusivo, os poderes públicos em suas distintas manifestações legislativas, judicial e executiva;

b) a segunda regra *consiste na proibição de discriminações que tenham uma projeção mais ampla sob a perspectiva de seus destinatários*, pois também afetam os sujeitos privados e as organizações sociais, porém limitando seus efeitos a determinados fatores ou circunstâncias, especificamente aqueles que têm maiores possibilidades de causar diferenças de tratamento e que, ao mesmo tempo - e por isso -, são dignos de maior tutela ou como dizem os espanhóis, de uma tutela reforçada¹⁶.

¹⁶ Vide, por exemplo, o contido nos arts. 14 e 53 da Constituição espanhola de 1978 e 17 do Estatuto dos Trabalhadores.

Esses fatores são aqueles ligados ao nascimento, à raça, à cor, ao gênero, à orientação sexual, à religião, à opinião, embora essa relação seja apenas exemplificativa.

Os negros são vítimas históricas tanto da discriminação direta, a escravidão é uma prova disso, como da indireta que se manifesta em comportamentos, às vezes aparentemente neutros, mas que no campo da realidade contêm práticas discriminatórias, como nos processos de admissão no emprego e uma vez empregado, no tratamento que costumam receber em matéria de salários, promoções, sendo potencialmente, as maiores vítimas de processos de assédio moral, inclusive dos próprios colegas de trabalho, surgindo dessa realidade, a necessidade de que existam mecanismos legais para interditar essas condutas e práticas discriminatórias e criar condições de oportunidades para os negros, em igualdade com os brancos possam conquistar direitos e espaços de poder que historicamente lhes têm sido negados, como por exemplo, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) que cria mecanismos de inserção do negro no processo da cidadania, inclusive, na cidadania laboral, e as Leis de quotas nas universidades, entre outras, mas que dependem de políticas públicas concretas e eficazes que não fiquem apenas "*no papel*".

2.2 Discriminação Racial

Quanto à discriminação racial, que constitui uma das mais insidiosas e cruéis formas de discriminar o ser humano, baseada na cor ou na origem racial, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), estabelece, no art. 1º, Parágrafo único que para efeitos da aludida Lei considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais.

De seu turno, a Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, conceitua no art. 1º a discriminação racial como *"toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública"*.

Existem duas formas de discriminação racial: a *direta* que se revela em comportamentos, atitudes, como xingamentos, alcunhas, piadas e outras formas de expressão a respeito de determinada pessoa em razão da cor ou da origem racial e, portanto, mais fácil de identificação, e a *indireta*, com maior dificuldade de ser identificada, que se expressa em comportamentos e atos racistas mascarados, implícitos e aparentemente neutros, mas que na verdade têm cunho racial discriminatório.

Tanto uma como a outra, devem ser combatidas, pois ambas excluem *as pessoas em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica*, do processo de cidadania, inclusive no mundo do trabalho.

3. Discriminação no âmbito das relações de trabalho

O Direito tem como principal função regular a vida em sociedade atuando de duas formas: positivamente quando produz regras que imputam vantagens ou direitos em favor de seus titulares, e negativamente por meio de normas que possam inviabilizar práticas ou condutas agressoras ao patrimônio material e moral dos indivíduos.

No conjunto das regras de caráter negativo, "*talvez as mais significativas sejam as dirigidas ao combate à discriminação no contexto social*"¹⁷. Daí a importância de se discutir o problema da discriminação do negro no campo das relações laborais.

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Ob. cit.*, p. 108-117.

No âmbito específico das relações laborais, existe a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, incorporada ao ordenamento jurídico nacional e, portanto, com dignidade de norma constitucional, à medida que trata dos direitos humanos do trabalhador de não ser discriminado em face da cor ou origem étnico-racial, independentemente da posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que empresta às convenções internacionais sobre direitos humanos não aprovadas pelo quórum qualificado previsto no § 5º do art. 5º da Carta da República, o estado de norma supra legal.

De acordo com a aludida Normativa Internacional:

Art. 1. 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

No âmbito interno e visando dá cumprimento prático às promessas da Constituição de 1988, de que não será

tolerada a discriminação de qualquer tipo (art. 3º, inciso IV), foi editada a Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes do preconceito de raça ou cor, e em 13 de maio de 1997 foi aprovada a Lei 9.459/97 estabelecendo a punição dos crimes resultantes de discriminação ou do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou precedência nacional, alterando assim, a Lei 7.716/89 e ampliando o objeto de proteção contra discriminação, que inicialmente estava restrito ao combate dos atos resultantes de preconceito de raça ou cor.

Tudo não obstante, ainda não se conseguiu alcançar o necessário e desejado efeito prático porque o preconceito e a discriminação racial, como antes se afirmou, é estrutural e encontra-se arraigado na cultura brasileira como se tem testemunhado nos últimos meses com sucessivos atos de violência contra os negros, inclusive vindos do próprio Estado, nascendo dessa triste realidade, por vezes negada, a grande dificuldade de aplicação prática das normas internas e internacionais de interdição da discriminação racial, especialmente no campo das relações laborais em que ela costuma ser praticada de forma mascarada, implícita, o que não raro, impede aqueles que dela são vítimas, demonstrar terem sido discriminados em razão da cor ou da origem racial.

Como lembra Otávio Brito Lopes¹⁸, "a discriminação no trabalho em razão do gênero, a discriminação racial é outro vírus que infecta o tecido social, e a cada dia que passa, vai merecendo das autoridades mundiais maior cuidado".

Para ele, "o trabalho em regime de cooperação entre a OIT e diversos órgãos governamentais brasileiros (Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho, Ministério da Justiça), no combate às práticas discriminatórias no emprego leva à constatação de várias formas de discriminação no trabalho", à medida que: a) os negros e as mulheres negras em especial têm o acesso dificultado a certos trabalhos que impliquem contato com o público, como caixa de banco, garçom, garçonete, relações públicas, mas também aos cargos de chefia; b) os salários pagos aos negros costumam ser inferiores aos percebem seus colegas não negros, com a mesma qualificação profissional; c) costumam ser preteridos nas promoções no emprego, especialmente aquelas pelo critério do merecimento, e quase sempre, sem nenhuma justificativa razoável; c) não raro são discriminados, veladamente, nos processos de admissão pelo mero fato de serem negros, isso sem se falar que para alguns, o fato de ser negro ou ter origem racial negra, é

¹⁸ LOPES BRITO, Otávio. A Questão da Discriminação no Trabalho, Rev. Virtual Casa Civil, v. 2, n. 17, outubro 2000. Disponível em: <https://www.revista_virtual_da_casa_civil>. Acesso em 23.9.2020.

potencialmente incapaz ou mesmo para os mais radicais, propenso a cometer crime¹⁹.

¹⁹ Na pesquisa "*Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas e suas Ações Afirmativas 2010*" (ETHOS, 2010) se revelou que, nos cargos de direção, o número de brancos é 94,7%, apesar da maioria da população ser negra (Censo 2010). De acordo com o IPEA, nas seis principais regiões metropolitanas do Brasil, entre agosto de 2004 e agosto de 2010, a taxa de desemprego dos 20% mais pobres (renda per capita mensal inferior a US\$ 100) saltou de 20,7% para 26,27%. O Instituto Ethos (ETHOS, 2010) confirmou que a discriminação racial, e a baixa qualificação profissional, estão na base do desemprego crônico. Quase 80% dos desempregados pertence a famílias de baixa renda e são, na maioria, negros (IPEA), o que penso agora foi mostrado com mais autenticidade, com a pandemia da Covid-19. De acordo com o professor da Faculdade de Economia da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Fernando Salgueiro Perobelli, a questão da vulnerabilidade econômica está diretamente relacionada à renda familiar ou renda individual, e se amplia quando considerados raça e gênero. Para ele, se pode "afirmar que a vulnerabilidade econômica dos indivíduos de menor renda é maior neste momento, uma vez que sua capacidade de poupança é menor e para algumas classes de renda essa capacidade é inexistente. Em outras palavras, tais indivíduos, em sua imensa maioria, não tinham recursos poupados que poderiam ajudá-los a diminuir as perdas que estão ocorrendo por diminuição da atividade econômica". Disponível em: <<https://www2.ufjf.br/noticias/2020/06/02>>. Acesso em 23.09.2020. Por isso, penso eu, a grande maioria dessas pessoas, têm como única fonte de subsistência, no momento, o auxílio emergencial do Governo que, além de ter sido reduzido o valor e não beneficiando a todos que em razão da pandemia se viram privado do meio de sustento, termina em dezembro de 2020 e se não for renovado, deixará essas pessoas sem nenhum meio de subsistência. Aliás, chamava atenção Boaventura Sousa Santos, no início da pandemia para esse tipo de emergência mostrando quais os segmentos sociais seriam mais gravemente atingidos pelos efeitos da pandemia dando especial ênfase às mulheres das periferias que, em regra, são responsáveis se não pelo sustento da família, contribuem para auxiliar na renda familiar, muitas trabalhadoras domésticas, autônomas ou sem contrato formal de trabalho (SOUSA SANTOS, Boaventura. **A Cruel Pedagogia do Virus**. Coimbra: Almedina, 2020, Capítulo 3).

Tudo isso, evidencia que mesmo sendo negados, o preconceito e a discriminação racial encontram-se arraigados na sociedade brasileira que deles precisa se libertar urgentemente embora nesse campo tenhamos expressivos avanços, não podemos negar que ainda falta muito para que os negros tenham uma cidadania plena.

Felizmente o Judiciário, nomeadamente o Judiciário Trabalhista, tem se mostrado sensível à questão da discriminação racial no âmbito da relação de emprego e de trabalho.

Perante o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, por exemplo, temos várias decisões a respeito da discriminação racial do trabalhador, podendo ser citada, a título de exemplo, aquela proferida em processo originário da 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS, na qual se reconheceu que o trabalhador foi discriminado em razão da cor, nos seguintes termos:

ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTELECÇÃO DO ART. 114 DA CARTA DE 1988 – Em que pese o entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete à Justiça Comum estadual processar e julgar ações indenizatórias propostas com o intuito de reparar danos decorrentes de agressões verbais promovidas no ambiente de trabalho, quando estas são imputadas à autoria de colega com o qual não há relação de subordinação, se a agressão foi levada a cabo no seio e em razão da relação de trabalho, a lide continua a ter como causa de pedir, embora remota, a relação laboral sem a qual não agressão teria

ocorrido. Portanto, inserida na hipótese constante do inciso I do art. 114 da Carta da República. **2. INJÚRIA RACIAL. ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL DISCRIMINATÓRIO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR EM SOLIDARIEDADE COM O AGRESSOR** - Atos de agressão e discriminação com conotação racista advindos de colega de trabalho agride de forma inadmissível a dignidade humana do trabalhador, caracterizando a figura do assédio moral horizontal discriminatório que, como variante do assédio psicológico, é caracterizado por conduta não desejada no ambiente laboral ou em conexão com o trabalho, vinculada a qualquer circunstância pessoal de origem, raça, orientação sexual, idade, compleição física entre outras, com o propósito ou efeito de criar um entorno intimidatório, hostil, discriminatório ou degradante, provocando lesão a direitos inerentes à dignidade humana. Se, mesmo tendo plena ciência da conduta do empregado, o empregador se omite em adotar medidas preventivas ou de punição do agressor, deve ser responsabilizado em solidariedade com este pelos danos sofridos pela vítima. Intelecção do previsto nas normas constantes dos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso X, da Carta de 1988, e 186 e 932, inciso III, do Código Civil, devendo a indenização ser arbitrada tomando-se em consideração o critério de proporcionalidade que leve em consideração a gravidade da conduta e da lesão e eventual contribuição da vítima, de forma a que, pedagogicamente, sirva de exemplo e estímulo a inibir prática de novos ilícitos. Recurso parcialmente provido (Proc. 0024442-33.2014.5.24.0006-RO, Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho²⁰).

²⁰ *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*. Campo Grande - MS: 2016.

Vale citar, ainda, exemplificativamente, as seguintes decisões do Tribunal Superior do Trabalho a respeito do tema da discriminação nas relações:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPREGADA VÍTIMA DE TRATAMENTO PEJORATIVO DIFERENCIADO EM RAZÃO DA COR DA PELE. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) PARA R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). O Regional, apesar de adotar o entendimento de que a reclamante sofreu injúria racial em seu ambiente de trabalho, reduziu a indenização por danos morais arbitrada na sentença para a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A reclamante entende que esse valor não é suficiente para reparar o dano moral por ela sofrido e, por isso, pugna pela reforma da decisão recorrida, com vistas a aumentar a quantia ali fixada. No caso, é indene de dúvidas que a reclamante foi vítima de tratamento pejorativo diferenciado em razão da cor da pele, e que a reclamada, mesmo sabedora dessa situação, "não atuou eficazmente na solução do impasse, uma vez que os fatos relatados ocorreram com frequência, sendo certo que cabe à empresa resguardar o respeito dos direitos da personalidade dos seus empregados". Ficou expressamente consignado, na decisão recorrida, que "(...) as testemunhas da reclamante são uníssonas no sentido de que a mesma também era constantemente chamada de "neguinha" pela funcionária Bete, e em que pese tal fato não tenha sido reconhecido pelas testemunhas da ré, é presumível que os mesmos efetivamente ocorreram, considerando que a funcionária Bete teve idêntico comportamento em relação a uma outra colega, sendo classificada por todos como de temperamento forte". Desse modo, ante a gravidade do fato ocorrido nas dependências da reclamada e levando-se em consideração que as atitudes tomadas pela empregadora não foram aptas a impedir a reiteração dessa conduta

antijurídica, entende-se que, de fato, o valor da indenização por danos morais arbitrado pelo Regional deve ser elevado. Nesse contexto, em atenção ao princípio da proporcionalidade, à extensão do dano, à culpa e ao aporte financeiro da reclamada - pessoa jurídica -, bem como à necessidade de que o valor fixado a título de indenização por danos morais atenda à sua função suasória e preventiva, capaz de convencer o ofensor a não reiterar sua conduta ilícita, verifica-se que o arbitramento do quantum indenizatório, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), consubstanciando-se em valor módico, o que afronta ao artigo 944 do Código Civil. Assim, ora se arbitra o valor de R\$ 20.000,00 para a indenização cabível à reclamante. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 65500-25.2011.5.17.0003 Data de Julgamento: 09/09/2015, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015).

Essa preocupação também existe em outros Tribunais Regionais do Trabalho, como se vê da seguinte decisão do TRT da 3ª Região:

EMENTA: DANO MORAL. OFENSA VERBAL. RACISMO. A conduta do empregador que permitiu fosse a reclamante alvo de apelidos com conteúdo racista ("negona" e "macaca") revelam evidente intenção de depreciar a empregada por motivo racial, de modo a violar os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição da República. A manifestação depreciativa, inclusive, ofende a dignidade e a honra subjetiva da trabalhadora, circunstância bastante para configurar o dano moral. O C. TST já se manifestou sobre o tema, reconhecendo o dano moral em caso semelhante ao apreciar o processo RR - 101100-94.2001.5.04.0561 Julgamento: 10/08/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Publicação: DJ 26/08/2005. (TRT da

3.^a Região; Processo: 0000775-13.2010.5.03.0145 RO; Data de Publicação: 24/05/2011; Disponibilização: 23/05/2011, DEJT p 131; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Alice Monteiro de Barros; Revisor: Paulo Roberto de Castro).

Como se vê, a Justiça do Trabalho está atenta para o problema da discriminação racial no campo das relações laborais, tendo demonstrando o total repúdio sobre essa forma da discriminar o trabalhador e que deve servir de alerta para empresários e empregadores que ainda têm esse tipo de condenável comportamento para que mudem de postura e passem a tratar seus empregados com o devido respeito e a consideração devida independentemente da cor ou da origem étnico-racial, pois todos são dignos de respeito e como disse Martin Luther King, as pessoas não devem ser julgadas pela cor da pele ou por suas escolhas ou opções sexuais - dizemos nós -, mas pelo seu caráter e qualidades e capacidades morais e profissionais.

4. Conclusão

O presente artigo longe de pretender esgotar o tema da discriminação nas relações de trabalho em razão da cor ou da origem étnico-racial do trabalhador, pretendeu apenas trazer à discussão e à reflexão um tema que passou a ser debatido pela sociedade não apenas no Brasil, mas praticamente em todos os países democráticos, a partir da morte do norte-americano George Floyd que terminou despertando uma certa consciência quanto a gravidade desse tipo de discriminação, mas e ao mesmo tempo, tem revelado um sentimento racista de parte de alguns que ainda acham, equivocadamente, que existem pessoas superiores e inferiores em razão da cor, como tem sido mostrado pela mídia quase todos os dias revelando casos de violência racial aqui e alhures e mesmo assassinatos como

ocorreu com cidadão João Alberto em Porto Alegre, a evidenciar a necessidade do fortalecimento dos movimentos pela igualdade racial, pois não se justifica que em pleno século XXI ainda existam racistas entre nós.

Por isso, parece acertado o alerta de Boaventura Souza Santos²¹ no sentido de que:

Temos no direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

E tratar o trabalhador de forma discriminatória, negando-lhe direitos apenas em razão da cor ou da origem racial, além de constituir uma conduta tipificada na Lei Penal, é uma forma insidiosa e cruel de negar a essa pessoa a sua própria dignidade enquanto ser humano portador de direitos.

Foi isso o que pretendemos com este modesto artigo: fazer compreender que todos, com suas diferenças e afinidades, têm o direito de ser tratados com o mesmo respeito e a consideração devida, para que não sejam inferiorizados e com isso se evite alimentar e reproduzir a violência. Afinal, *"Ninguém nasce odiando o outro pela cor de sua pele, ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar as pessoas precisam aprender, e se elas aprendem a odiar, podem ser ensinadas a amar"* (Nelson Mandela²²).

²¹ Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTEzNTEsNw>>. Acesso em 23.9.2020.

²² Da autobiografia *"O longo caminho para a liberdade"*, 1994). 4.

É pois, preciso aprender e ensinar a amar nossos semelhantes independentemente da cor ou da origem ou de qualquer outra diferença que eles possam ter.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo-Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;
- ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen Livros, 2019;
- DANTAS SILVA, Jacegurara. **O Ministério Público e a Violência contra a Mulher. Do Fator Gênero ao Étnico-Racial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Proteção contra discriminação na relação de emprego*. In: Discriminação. Márcio Túlio Viana et al (Coord.). São Paulo: LTr, 2000;
- ERMIDA URIATE, Oscar. *Protección, igualdad, libertad y no discriminación*. In: Revista de Derecho Laboral. Montivideu: n. 241, ene./marc.2011;
- GOMES, Lauretino. **Escravidão**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019;
- LOPES BRITO, Otávio. A Questão da Discriminação no Trabalho, *Rev. Virtual Casa Civil*, v. 2, n. 17, outubro 2000. Disponível em: <<https://wwwrevistavirtualdacasacivil>>;
- NEITZSCHE, Friedriche. **Humano demasiado humano**. São Paulo: TRD. De Paulo César de Souza, 2011;
- SOUSA SANTOS, Boaventura. **A Cruel Pedagogia do Virus**. Coimbra: Almedina, 2020;
- VIANA, Marcio Túlio. *Os Dois Modos de Discriminar: Velhos e Novos Enfoques*. In: Discriminação. VIANA, Márcio Túlio et al. (Coord.). São Paulo: LTr, 2010.

SITIOS

<<https://www2.ufjf.br/noticias/2020/06/02>>.

<<https://noticias.uol.com.br/ultimas>>

<<https://br.pinterest.com/pin/42995371433842518>>;

<<noticias/agencia-estado/2020>>.

TEORIA GERAL DOS SISTEMAS E DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CORRELAÇÃO. SISTEMA SÓCIO-CULTURAL. CRESCIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E INSTITUIÇÕES EFICAZES: QUINTA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA.

Déa Marisa Brandão Cubel Yuleⁱ

Sou porque nós somos (Ubuntu).

“Ubuntu não significa que uma pessoa não se preocupe com o seu progresso pessoal. A questão é: o meu progresso pessoal está ao serviço do progresso da minha comunidade? Isso é o mais importante na vida. Esse uma pessoa conseguir viver assim, terá atingido algo muito importante e admirável”ⁱⁱ

Nelson Mandela

Palavras-chave: Teoria Geral dos Sistemas. Discriminação. Pessoa com Deficiência. Correlação. Instituições eficazes. Quinta onda de acesso à Justiça.

1. O que há de correlação entre a teoria geral dos sistemas e a discriminação.

Pela teoria geral dos sistemas, trazido por Ludwig Von Bertalanffy, todos os sistemas, para se manter e evoluir, precisam de foco em cada um de seus integrantes e equilíbrio. Então, se o sistema está em desordem, há uma tendência do próprio sistema em se proteger, em se organizar, para alcançar esse equilíbrio essencial para sua sustentabilidadeⁱⁱⁱ.

Veja que o sistema, dentre eles inclui-se a sociedade, é um conjunto de elementos ou de partes organizados que se inter-relacionam, com interdependência e se destinam ao cumprimento de uma finalidade, um propósito. O sistema é composto por vários integrantes, partes, e o que o torna especial é justamente a inter-relação entre seus membros.

Assim, dentre as propriedades elementares do sistema, está a totalidade ou não somatividade, onde o sistema não é considerado como a soma de suas partes. O todo é mais do que isso^{iv}. O sistema são as partes em inter-relação.

Somos, em verdade, como ocorre em todos os sistemas, interdependentes e inter-relacionados e essa inter-relação é essencial para o equilíbrio da sociedade. Todas as pessoas são elementos integrantes desse sistema e, por isso, podem e devem colaborar para evolução da sociedade.

Como sabiamente sintetiza a língua Zulu, em uma única palavra, UBUNTU!, a significar: “Eu sou porque nós somos” ou, como mencionado pela jornalista e filósofa Lia Diskin “Eu só existo porque nós existimos”, exprimindo, assim, a consciência da relação entre o indivíduo e a comunidade^v.

O ubuntu, enquanto filosofia, explica a educadora sul-africana Danele Swanson, “não coloca o indivíduo no centro de uma concepção do ser humano(...) A pessoa só é humana por meio de sua pertença a um coletivo humano; a humanidade de uma pessoa é definida por meio de sua humanidade para com os outros”^{vi}.

Segundo Maria Montessori, ao tratar da evolução, cada ser traz a sua contribuição para a evolução e progresso da vida, sendo que todos os seres estão unidos e nenhum é independente e nem pode deixar de colaborar. Dentro desse dever de colaboração, todos os seres devem colaborar para melhorar a vida. Todos, até mesmo o ser humano, devem colaborar para manter o equilíbrio da vida. Os seres humanos devem procurar melhorar as relações entre si, porque são seres inteligentes. Desenvolveram sua inteligência, mas devem desenvolver também a sua consciência^{vii}.

Por isso, a inteligência inata às pessoas não é o suficiente, como menciona Montessori, sendo essencial: a consciência.

Aliás, a importância de despertar essa consciência social em relação às pessoas com deficiência tem previsão expressa na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 8, e se dá por meio de adoção de medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: o reconhecimento social de suas habilidades, méritos, capacidades e contribuição à sociedade, ao mercado de trabalho e ao local de trabalho; respeito por seus direitos, por sua dignidade; combate a estereótipos, a preconceitos^{viii}.

As condutas dos membros da nossa sociedade pela igualdade e não discriminação vieram antes das normas garantidoras dos direitos humanos da pessoa com deficiência ou essas normas vieram antes de condutas inclusivas e não discriminatórias?

Muitas vezes diversas condutas não estão desenvolvidas em nossa sociedade, justamente porque não estão na consciência do coletivo. Para isso, a norma é criada. Para mudar as condutas que não conduzem ao equilíbrio da sociedade e não permitem a sua evolução.

Segundo Ludwig Von Bertalanffy, ao tratar das atrocidades humanas, sob a ótica do estado de democracia, educação universal e abundância geral, “os acontecimentos parecem implicar mais do que unicamente as decisões e ações individuais, sendo determinados mais por *sistemas* socioculturais, quer sejam preconceitos, ideologias, grupos de pressão, tendências sociais, crescimento e declínio de civilizações ou seja lá o que for”^{ix}.

A prática discriminatória, portanto, não é fruto do indivíduo, de alguns, de pessoas determinadas. Ela decorre do sistema sócio-cultural^x. Por isso, a necessidade de trabalhar a consciência coletiva e a modificação da cultura.

Estamos em uma sociedade onde foram vivenciados séculos e séculos de segregação, de exclusão, de pensamentos desordenados. Uma sociedade que não desenvolveu a cultura, a consciência, da inclusão e acessibilidade à pessoa com deficiência.

Como afirmou a ministra Rosa Weber (em seu voto da ADI 5357 - pela improcedência da ação), em seu entendimento,

“muitas das mazelas que hoje estamos enfrentando, e de que a nossa sociedade tem se ressentido, no sentido de intolerância, de ódio, de competição, de desrespeito, de sentimento de superioridade – como diz o Ministro Fachin, um legítimo estrangeiro diante de nós-, talvez deitem raízes no fato de nós, a nossa geração, não ter tido a oportunidade, quem sabe, de participar da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, em que valorizada a diversidade, em que as diferenças sejam vistas como inerentes a todos os seres humanos, a tornar a deficiência um mero detalhe na nossa humanidade”^{xi}

O filósofo John Locke, descrito como a primeira mente moderna, já dizia que “todos os seres humanos têm potencial para desenvolver-se e a representação de seus direitos e liberdades é o único propósito legítimo do governo”^{xii}.

Vieram, portanto, as normas internacionais e nacionais, bem como as políticas de inclusão, com o propósito de transformar o sistema sócio-cultural, e, com isso, proteger

os direitos e liberdades da pessoa com deficiência e garantias de igualdade e de não discriminação (ações afirmativas).

No Plano internacional, vigora a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - ratificada pelo Brasil com equivalência de EC em 2008 - e a Agenda 2030 da ONU, onde ficou estabelecido, junto com outras Nações que a integram, objetivos para promoção de um crescimento econômico inclusivo e sustentável, a promoção de sociedades inclusivas, proporcionando o acesso à justiça para todos e construindo instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

No plano nacional, a concretização da dignidade da pessoa com deficiência é fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV, da CRFB) e não existe dignidade onde não há garantia de igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência. Importante ressaltar que a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência também é norma interna, já que ratificada com equivalência de Emenda Constitucional. Esse é o status da Convenção no plano nacional: Constitucional.

Temos também a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015) que estabelece que a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de livre escolha e aceitação, em um ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (art. 34), sendo finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho (art. 35).

Essas normas são essenciais para impor condutas e comportamentos à sociedade, até que evolua, desenvolva e incorpore na consciência coletiva da cultura inclusiva, acessível e não discriminatória, trazendo, assim, o equilíbrio e harmonia do sistema social.

A mudança do sistema sócio-cultural torna-se necessária para a subsistência e evolução da sociedade, para o seu crescimento sustentável, conforme os propósitos da Agenda 2030 da ONU. Aliás, como mencionou o filósofo americano Leon Megginson, ao interpretar a ideia central do livro “a origem das espécies”, de Charles Darwin, não é a espécie mais forte que sobrevive, nem a mais inteligente, mas a que melhor se adapta às mudanças^{xiii}.

2. DEFICIÊNCIA. CONCEITO EM EVOLUÇÃO. BARREIRAS. ASPECTOS LEGAIS.

Para tratarmos da pessoa com deficiência e da inclusão ou discriminação, precisamos conceituar deficiência, a fim de contextualizar o tema em discussão.

Deficiência, de acordo com a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, “é um conceito em evolução e resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”^{xiv}.

Veja que são justamente as barreiras, os obstáculos que impedem o pleno exercício da cidadania pela pessoa com deficiência, em condições de igualdade com os demais.

Quando falamos em discriminação, estamos falando, em especial, em barreiras atitudinais, que podem ser conceituadas como “atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas”^{xv} e que se conecta à ideia de consciência social que já tratamos nesse artigo.

Na seara laboral, está proibida a discriminação “baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho”^{xvi}.

3. DISCRIMINAÇÃO. TIPIFICAÇÃO. CRIMINALIZAÇÃO.

A não-discriminação constitui um dos princípios da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência^{xvii}.

A discriminação por motivo de deficiência “significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, **inclusive de adaptação razoável**”^{xviii} (destacamos).

A adaptação razoável, por sua vez, consiste nas modificações e ajustes necessários e adequados “que não carreguem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer,

em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Ao Estado, por sua vez, por força da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, incumbe proibir qualquer prática discriminatória baseada na deficiência e garantir a efetiva proteção legal contra a discriminação da pessoa com deficiência por qualquer motivo, além de adotar todas as medidas apropriadas para garantir que essa adaptação razoável seja oferecida, para promover a igualdade e eliminar a discriminação,^{xix}.

Essa adaptação razoável deve ser garantida, inclusive, no ambiente de trabalho^{xx}.

Conforme esclarece Ricardo Tadeu, razoável significa adaptação qualitativamente eficaz e proporcional, ou seja, não é preciso demolir um prédio, basta fazer uma rampa de acesso, por exemplo^{xxi}.

Em nossa legislação, a discriminação da pessoa com deficiência é tipificada como crime. Assim, aquele que praticar, induzir ou mesmo incitar discriminação de pessoa, em razão de sua deficiência, incorrerá em crime tipificado no art. 88, da Lei 13.146/2015, cuja pena é de reclusão, de 01 a 03 anos, e multa, acrescida de 1/3 se a vítima estiver sob cuidado e responsabilidade do agente.

A recusa de adaptação, ou seja, da remoção das barreiras sociais (urbanísticas, arquitetônicas, atitudinais, tecnológicas, nos transportes, na comunicação e na informação) caracteriza atitude discriminatória tipificada como crime.

Sobre o tema, questão extremamente relevante é trazida pelo Desembargador Ricardo Tadeu, pessoa que atuou na ONU, juntamente com a delegação brasileira, para a redação da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, inserida no ordenamento pátrio como Emenda Constitucional, que faz um alerta:

Os poderes constituídos do Brasil ainda não entenderam bem o alcance da nova ordem constitucional. As empresas que não cumprem a cota alegam apenas que fizeram todo o possível para contratar as pessoas com deficiência e todo o possível são matérias jornalísticas fazendo a convocação dessas pessoas para as vagas, bem como argumentam que não há pessoas com deficiência capacitadas para a vaga.

Esses argumentos têm sido acolhidos pela jurisprudência que vem ganhando corpo nos Tribunais e no TST e os autos de infração são anulados por essa jurisprudência da Justiça do Trabalho.

Todavia, a empresa que impugna judicialmente auto de infração não tem demonstrado que se adaptou e isso seria ônus dela, de que não só convocou, mas efetivamente criou vagas acessíveis, deu oportunidade de promoção à pessoa com deficiência.

Esse entendimento, crescente no âmbito dos Tribunais, sem enfrentar a questão do ônus da prova de que foram ofertadas vagas acessíveis, pode ser revertido, porque a SDI-TST ainda não se pronunciou sobre o tema. Não é a pessoa com deficiência que é o problema. A ideia de incapacidade que recaía sobre a pessoa com deficiência está superada. O conceito meramente médico, corporal e estrutural está superado. Hoje, o fator social é parte do conceito atual de deficiência e é fundamental que a sociedade, então, remova suas barreiras^{xxii}.

4. INCLUSÃO COMO FATOR DE CRESCIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E INSTITUIÇÕES EFICAZES.

Dentre os objetivos traçado pelo Brasil, signatário da Agenda 2030 da ONU^{xxiii}, estão o objetivo 8, de “Promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”, e o objetivo 16, de “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”^{xxiv}.

Não existe sustentabilidade e não há crescimento econômico sustentável, se não for inclusivo e se as instituições públicas e privadas não forem eficazes, responsáveis e inclusivas.

4.1. INSTITUIÇÕES PRIVADAS.

A Lei Federal nº 8.213/91, em seu artigo 93, garante o emprego à pessoa com deficiência no mundo do trabalho. Intitulada Lei de Cotas, ela obriga empresas com mais de 100 funcionários a reservarem de 2 a 5% das vagas de seu quadro de efetivos para as pessoas com deficiência^{xxv}.

Empregar não é incluir, mas apenas o primeiro passo para a inclusão. A inclusão só ocorrerá no emprego quando a pessoa com deficiência não enfrentar barreiras que impeçam o exercício da sua profissão, onde não haja barreiras atitudinais que fomentem a discriminação.

Quando empregamos, mas não incluímos, estamos garantindo à pessoa com deficiência apenas a coexistência com os demais no ambiente de trabalho. Coexistir não é sinônimo de conviver. A coexistência é garantida pelo mero acesso ao emprego, já a convivência é garantida apenas pela inclusão e somente a inclusão é garantia do crescimento econômico sustentável.

Como mencionou Leandro Karnal, “grupo de pessoas são pedras sendo limadas e roladas pelo exercício da convivência. A diferença, os ritmos distintos, a busca de consensos ou de diálogos, os enfrentamentos: tudo se constitui em escola vital”^{xxvi}.

É a convivência com a diferença que gera o crescimento pessoal, social, cultural, econômico e garante a criação de um mundo sustentável. É na diversidade que crescemos, que conseguimos enxergar o mundo sob outras perspectivas que não apenas a nossa.

Conviver com a diferença tem uma característica binária. Como mencionou o Min Fachin, relator da ADI 5357:

”A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Explico: essa situação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade – de pessoas, credos, ideologias etc. – é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência (...)”^{xxvii}.

Exemplificamos, aqui, a situação de uma indústria automobilística brasileira que, verificando que grande parte das pessoas com deficiência não estão capacitadas para o mercado de trabalho por falta de oportunidades, compreendeu que, para garantir o direito de emprego da pessoa com deficiência, era necessário não apenas oferecer uma vaga de emprego, mas também incluir esse cidadão com deficiência no ambiente de trabalho.

Assim, referida indústria passou a trabalhar em três frentes: 1. Mapeamento das atividades (quais deficiências se enquadrariam mais às posições e funções existentes da fábrica); 2. Busca de parceiros para capacitar e formar pessoas com deficiência; 3. Preparar os demais

funcionários para receber os novos colegas e trabalhar o processo de inclusão dentro dos variados grupos existentes na empresa^{xxviii}.

Paralelamente a isso, a empresa passou por adaptações estruturas de acessibilidade. Hoje a empresa, considerando a adoção da lei de cotas no programa jovem aprendiz com deficiência, ultrapassa a meta de 5%.

Outro exemplo de empreendedorismo com acessibilidade é de uma panificadora brasileira que redundou no recebimento do Prêmio da ONU: Reconhecimento Global “Boas práticas de Empregabilidade para Trabalhadores com Deficiência”. Segundo um dos fundadores da padaria, “(...) o que a princípio era apenas um problema a ser resolvido diante da legislação trabalhista do Brasil, se transformou numa oportunidade para aperfeiçoamento da qualidade (...). O comprometimento das pessoas com deficiência com o trabalho e o modo como enfrentam a discriminação, violência, estigma e exclusão são verdadeiros exemplos que contagiam os colegas”^{xxix}.

4.2. INSTITUIÇÕES PÚBLICAS. PODER PÚBLICO. Quinta Onda de Acesso à Justiça. Uma Proposição à reflexão da comunidade científica.

Como mencionado, a promoção de Acesso à Justiça para todos e a construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, integram o objetivo 16 da agenda 2030 da ONU para o crescimento sustentável.

Dentre as ideias conceituais de Acesso à Justiça, podemos citar as três grandes ondas de transformação delineadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth que podem ser sintetizadas: na assistência judiciária gratuita ao hipossuficiente (primeira onda); na criação de mecanismos processuais para representar os interesses difusos (segunda onda), e um outro enfoque de acesso à Justiça, com uma série de modificações nas estruturas judiciais e abertura do Judiciário a outras formas de solução de litígios, por meio de novos mecanismos judiciais e extrajudiciais (terceira onda)^{xxx}.

Kim Economides^{xxxi} propõe o estudo que denominou quarta onda de acesso à justiça, pautada em uma formação jurídico-acadêmica focada em novos desafios, tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico.^{xxxii}

Proponho aqui uma reflexão sobre a existência de uma nova onda de Acesso à Justiça. Uma transformação do direito processual no mundo, que se apresenta como uma nova

ideia conceitual de Acesso à Justiça, que intitulo “**o acesso acessível**”, porque acesso e acessível não são sinônimos^{xxxiii}. Acesso é apenas o caminho à Justiça e acessível é a qualidade desse caminho, é a facilidade de se ter acesso à Justiça pela pessoa com deficiência, por meio da quebra das barreiras.

Não há como se falar em Acesso à Justiça, se a Justiça não for acessível à pessoa com deficiência.

Essa transformação surge, inicialmente e de maneira global, nos sistemas jurídicos internacionais e nacional e no direito processual, com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Referida Convenção tratou expressamente do Acesso à Justiça da pessoa com deficiência, em seu artigo 13, itens 1 e 2:

1.Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

2.A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário. (grifei)

No Brasil, essa nova onda conceitual para o Acesso à Justiça, garantidora da acessibilidade à pessoa com deficiência, veio com a aprovação da Convenção Internacional pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição (Emenda

Constitucional) e sua promulgação por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009^{xxxiv}.

Depois disso, uma grande transformação normativa aconteceu, já em 2015, quando foi editada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência – (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015)^{xxxv}.

Esse Estatuto foi mais além da Convenção Internacional, dedicando o título I do livro II (parte Especial) para tratar do Acesso à Justiça e ali, então, de forma clara e expressa tratou não só da garantia de acesso aos jurisdicionados, mas também da garantia da acessibilidade, por meio de adaptações e recursos de tecnologia assistiva disponíveis, também aos advogados, defensores públicos, magistrados ou membro do Ministério Público^{xxxvi}.

Esse estatuto estabeleceu, ainda, o atendimento prioritário na tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que a pessoa com deficiência for parte ou interessada.^{xxxvii}

Importante normativo de garantia de Acesso à Justiça também foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Trata-se da Resolução CNJ 230, de 22 de julho de 2016^{xxxviii}, cuja finalidade é a de orientar a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares em relação às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (promulgada por meio do Decreto nº 6.949/2009) e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Por meio dessa Resolução, foi determinado a cada Tribunal brasileiro a instituição de Comissão permanente de Acessibilidade e inclusão para atuação direcionada à promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência^{xxxix}.

Em Sessão de Julgamento, datada de 25/10/2019, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) aprovou a “Política Nacional Judiciária para inclusão e acessibilidade da pessoa com deficiência no trabalho e para uma Justiça Inclusiva”.

Inegável, portanto, estarmos diante de uma nova onda de transformação conceitual de Acesso à Justiça, onde para a garantia desse direito mostra-se imprescindível que “esse acesso seja acessível”, sem barreiras que impeçam os usuários e operadores do Direito com deficiência o exercício de direitos e atuação profissional, com plena autonomia, no âmbito do Poder Judiciário.

ⁱ Juíza do Trabalho Presidente Substituta da Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão do TRT da 24ª Região. Coordenadora do Cejusc. Coordenadora da Pós-Graduação de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Ematra e Insted. Mestranda em Sistemas de Resolução de Conflitos pela UNLZ (Argentina).

ⁱⁱ Disponível em: <https://www.mundoubuntu.com.br/sobre/curiosidades-do-ubuntu/63-origem-da-palavra-ubuntu> Acesso em: 23/10/2020.

ⁱⁱⁱ GOMES, Beltrão Loren et al. As Origens do Pensamento Sistêmico: Das partes para o Todo. Disponível em: https://www.academia.edu/19176722/As_Origens_do_Pensamento_Sist%C3%AAmico_Das_Partес_para_o_Todo_The_Origins_of_the_Systemic_Thinking_From_the_parts_to_the_whole?auto=download&email_work_card=download-paper e file:///C:/Users/dea_c/AppData/Local/Temp/As_Origens_do_Pensamento_Sistemico_Das_P.pdf Acesso em 22/10/20.

^{iv} Bertalanffy, Ludwig von, 1901-1972. Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010, pág.28.

^v DOMINGUES, Joelza Ester. “Ubuntu”, o que a África tem a nos ensinar. Disponível em: <https://ensinarhistoriajoelza.com.br/ubuntu-o-que-a-africa-tem-a-nos-ensinar/> Acesso em 22/10/2020.

^{vi} DOMINGUES, Joelza Ester. “Ubuntu”, o que a África tem a nos ensinar. Disponível em: <https://ensinarhistoriajoelza.com.br/ubuntu-o-que-a-africa-tem-a-nos-ensinar/> Acesso em 22/10/2020.

^{vii} ALMEIDA, Talita. História 2 Espaço, Tempo, Natureza e Cultura. Rio de Janeiro: Presence Editora, 2006.

^{viii} Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Artigo 3, alínea “b”. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 22/10/20.

^{ix} Bertalanffy, Ludwig von, 1901-1972. Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010, pág.27.

^x Bertalanffy, Ludwig von, 1901-1972. Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010, pág. 27.

^{xi} Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310709378&ext=.pdf> Acesso em: 22/10/20.

^{xii} MAGEE, Edgar bryan. História da Filosofia. Tradutor Marcos Bagno. São Paulo: Edições Loyola, 2013, pág.109.

^{xiii} Disponível em: https://www.goodreads.com/author/show/230707.Leon_C_Megginson e <https://www.pensador.com/frase/Njg3NDM/> Acessos em 21/10/20.

^{xiv} Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 19/10/20.

^{xv} Lei 13.146, de 06 de julho de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: Estatuto da Pessoa com Deficiência). Artigo 3º, IV, “e.”

^{xvi} Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Artigo 27, 1, “a”. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 22/10/20.

^{xvii} Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Artigo 3, alínea “b”. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 22/10/20.

^{xviii} Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Art. 2. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 22/10/20.

^{xix} Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Art. 5. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 22/10/20.

^{xx} Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Artigo 27. 1. Alínea “i”. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 22/10/20.

^{xxi} Palestra do Desembargador Ricardo Tadeu (TRT09). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-roj8dVqiNQ> (evento da EJUD-TRT24, em parceria com a Comissão Permanente de Inclusão e Acessibilidade do TRT 24: “5 anos da Lei Brasileira de Inclusão e Desafios para sua efetivação. Impactos em tempos de Pandemia. Acesso em 23/10/20.

^{xxii} Palestra do Desembargador Ricardo Tadeu (TRT09). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-roj8dVqiNQ> (evento da EJUD-TRT24, em parceria com a Comissão Permanente de Inclusão e Acessibilidade do TRT 24: “5 anos da Lei Brasileira de Inclusão e Desafios para sua efetivação. Impactos em tempos de Pandemia. Acesso em 23/10/20. Essa temática também foi tratada no evento do TST: “Inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, no contexto de pandemia por Covid-19, transmitido ao vivo pelo: [youtube.com/tst](https://www.youtube.com/watch?v=-roj8dVqiNQ), no dia 29 de setembro, tendo por palestrantes: Ministro Claudio Brandão, Desembargador Ricardo Tadeu e Juíza do Trabalho Déa Yule.

^{xxiii} Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em 18/08/2020.

^{xxiv} Disponível em: <https://brasil.un.org/> Acesso em: 22/10/20.

^{xxv} http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em 23/10/20.

^{xxvi} KARNAL, Leandro. “O Dilema do Porco-espinho”. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018, pág.54.

^{xxvii} <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310709378&ext=.pdf> Acesso em: 22/10/20.

^{xxviii} Disponível em: <https://exame.com/carreira/muito-alem-das-cotas/> Acesso em 22/10/20.

^{xxix} Disponível em: <https://odedaquestao.com.br/porque-a-padaria-real-e-exemplo-de-bom-trabalho-para-inclusao-de-deficiente/> e <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2018/12/03/rede-de-padarias-de-sorocaba-conquista-premio-da-onu-por-inclusao-social.ghtml> Acesso em 22/10/20.

^{xxx} CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

^{xxxi} Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In PANDOLFI, Dulce et al (org.). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

^{xxxii} ORSINI, Adriana. Artigo: “Educação para o Acesso à Justiça: A transformação dos paradigmas de solução de conflitos”. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1779/1692> Acesso em: 18 ago.2020.

^{xxxiii} **Acesso** é o substantivo masculino com origem no latim *accessus* e que pode significar **ingresso, caminho** ou o **ato de chegar ou de se aproximar**.

Acessível é um adjetivo, com etimologia no latim *accessibilis*, e que pode significar: a que se consegue ter acesso com facilidade; que se consegue realizar ou fazer; alcançável; que se pode compreender com facilidade; inteligível; Que admite aproximação; sociável ou comunicativo.

Disponível em: <https://www.significados.com.br/acesso/> Acesso em 18 ago.2020.

^{xxxiv} O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 18 ago.2020.

^{xxxv} Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 18 ago.2020.

^{xxxvi} Artigo 80. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 18 ago.2020.

^{xxxvii} Art. 9º, VII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 18 ago.2020.

^{xxxviii} Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2301> Acesso em 18 ago.2020.

^{xxxix} Art. 10. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2301> Acesso em 18 ago. 2020.

A AGENDA 2030 À LUZ DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E AS MEDIDAS IMPLEMENTADAS VISANDO À IGUALDADE DE GÊNERO

AGENDA 2030 IN THE LIGHT OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND THE IMPLEMENTED MEASURES AIMING AT GENDER EQUALITY

Daniela Rocha Rodrigues Peruca

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) de Mato Grosso do Sul. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

Roberta Seben

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Pontifícia Católica de São Paulo, Especialista em Direito Processual e do Trabalho pela Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, Servidora Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

RESUMO: Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) elaborados pelos Estados Membros da ONU surgem como um novo catálogo de ações que buscam concretizar os direitos humanos de todos. Visando implementá-los no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça editou diversos atos normativos e por meio da Portaria nº 133/2018 instituiu o Comitê Institucional destinado a integrar as metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos ODS. Nesse contexto, a presente pesquisa tem por escopo trazer o arcabouço histórico da Agenda 2030 e sua incorporação nas metas do Poder Judiciário. Ainda, buscar-se-á lançar luzes no sentido de verificar quais as medidas até então adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro para a concretização dos objetivos que buscam erradicar a desigualdade de gênero. A metodologia utilizada será documental, exploratória, bibliográfica e dedutiva, apresentando as informações analisadas no sítio do Conselho Nacional de Justiça a respeito da temática e as implementações realizadas.

PALAVRA CHAVE: Igualdade de gênero; Agenda 2030; Poder Judiciário; Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT: The Sustainable Development Goals (SDGs) developed by UN Member States emerge as a new catalog of actions that seek to realize the human rights of all. In order to implement them in the Brazilian Judiciary, the National Council of Justice issued several normative acts and, through Ordinance No. 133/2018, instituted the Institutional Committee aimed to integrate the goals of the Judicial branch with the goals and indicators of the SDGs. In this context, this research aims to bring the historical outline of Agenda 2030 and its incorporation into the goals of the Judiciary. Still, it will seek to shed light in order to verify which measures have been adopted by the Brazilian Judiciary to achieve the

objectives that seek to eradicate gender inequality. The methodology used will be documentary, exploratory, bibliographic and deductive, presenting the information analyzed on the website of the National Council of Justice regarding the theme and the implemented implementations.

KEYWORD: Gender equality; Agenda 2030; Judicial Branch; National Council of Justice.

INTRODUÇÃO

A Agenda 2030 ao estabelecer os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e as 169 metas ampliou o espectro de direitos humanos ao equilibrar, em um único instrumento, as dimensões econômica, social e ambiental.

Frise-se que a Agenda 2030 tem como objetivo combater as desigualdades e a discriminação (CAMPELLO, 2020), é o que se extrai dos objetivos de combate à discriminação (ODS 5) e àquele destinado ao combate à desigualdade (ODS 10).

Com o intuito de implementação da Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução n. 296/2019 na qual criou a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030, que dentre as competências, detém a coordenação do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS, atividades, projetos e eventos relacionados à temática.

Destaca-se que o LIODS, possui a incumbência, dentre outras, de mapear os programas e projetos desenvolvidos dentro do Poder Judiciário, ligado à pauta global da Agenda 2030; incentivar pesquisas, artigos e estudos sobre os ODS; abrir espaço para a participação cidadã na concepção de projetos inovadores que contribuam para a efetividade da Agenda 2030.

A participação cidadã consolidará a democratização na prestação jurisdicional e a construção conjunta de medidas e ações visando a efetiva implementação da Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário.

Acresça-se que o CNJ editou a Resolução n. 255/2018 que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, ou seja, um avanço na direção para implementação à meta 5.5 da Agenda 2030 no que concerne “garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública”.

Com essa perspectiva de um Poder Judiciário mais democrático e inclusivo, abordar-se-á, nesse artigo, o contexto histórico da Agenda 2030 e sua integração à meta do Judiciário Brasileiro e, por fim, as medidas adotadas visando a participação efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão (meta 5.5 – ODS 5 - Agenda 2030).

Para atingir os fins esperados, a metodologia utilizada será documental e exploratória, utilizando-se o método dedutivo, com caráter bibliográfico e documental, colhendo as informações obtidas pelo sítio do Conselho Nacional de Justiça no qual aborda o histórico e conceito da Agenda 2030; a sua relação com os direitos humanos e institucionalização no âmbito do Poder Judiciário; o conjunto de leis e atos normativos relacionados a Agenda 2030; os órgãos relacionados – Comitê Interinstitucional, Comissão e Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS e a Meta 9 do Poder Judiciário.

Posteriormente, será abordada a importância do Poder Judiciário, em todas as suas esferas e graus, como meio de implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 que trata sobre a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas para o efetivo e almejado desenvolvimento sustentável.

1 HISTÓRICO DA AGENDA 2030 NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

1.1 O QUE É A AGENDA 2030

Segundo informações obtidas no sítio do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2000, os Estados-membros estabeleceram 8 (oito) metas do milênio, com o apoio de 191 nações, que ficaram conhecidas como Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), envolvendo: 1. Acabar com a fome e a miséria; 2. Oferecer educação básica de qualidade para todos; 3. Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde das gestantes; 6. Combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente e 8. Estabelecer parcerias para o desenvolvimento.

Decorridos 15 (quinze) anos da elaboração das ODMs, em setembro de 2015, representantes dos 193 Estados-membros da ONU se reuniram em Nova York e adotaram o documento “Transformando o nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” comprometendo-se a tomar medidas transformadoras para promover o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos, elaborando Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que deverão orientar as políticas nacionais e atividades

de cooperação internacional nos próximos quinze anos, sucedendo e atualizando os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM).

A Agenda 2030, como ficou conhecido os ODM, é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade com o intuito de fortalecer a paz universal que indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas para erradicar a pobreza e promover a vida digna para que todos os países adotem de acordo com suas próprias prioridades e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, envolvendo diversas temáticas, tais como:



Sarlet (2020, p. 81) ao discorrer sobre a Agenda 2030, afirma que “os Objetivos e metas estimularão a ação para os **próximos 15 anos** em áreas de importância crucial para a humanidade e para o Planeta: **pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria**”. (Grifos no original)

Portanto, o grande desafio será compatibilizar as três dimensões, ou eixos, **social, econômico e ambiental** para que consigam dialogar entre si de forma equilibrada.

1.2 QUAL A RELAÇÃO DA AGENDA 2030 COM DIREITOS HUMANOS

Um grande desafio enfrentado pelo mundo atualmente não é mais reconhecer a necessidade de fundamentar os direitos do homem, mas sim encontrar formas eficientes de protegê-los, sendo os Direitos Humanos um tema global e multidisciplinar que busca desenvolver uma consciência cada vez maior da necessidade de buscar mecanismos que erradiquem a pobreza e a violência com a busca pela paz, de forma equânime e com respeito, principalmente, à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana não apenas unifica, como centraliza todo o sistema normativo, assumindo prioridade, já que o ser humano deve ser o centro de toda conduta normativa e orientar o constitucionalismo contemporâneo na esfera local e global.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em seu preâmbulo, já reconhece a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, tendo o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultados em diversas barbaridades “que ultrajaram a consciência da Humanidade”, proclamando tal declaração:

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade (...) se esforce, através do ensino e da educação, promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Com o intuito de regulamentar tais direitos, foram elaborados, entre outros, dois importantes pactos em 1966, sendo eles: a) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, norma programática, e b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de aplicação obrigatória por todos os Estados membros que o ratificou que são instrumentos relevantes para a proteção dos Direitos Humanos, direitos estes que se encontra em estado evolutivo e em constante construção e afirmação global (processo dinamogênico dos direitos humanos¹).

Diversos direitos, considerados humanos, foram protegidos, dentre eles, os direitos civis e políticos que visam a tutela da liberdade, aos direitos sociais, econômicos e culturais que protegem a igualdade, a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, à biotecnologia, a bioética, a biogenética, as tecnologias de informação, ao ciberespaço e a inteligência artificial que estão intrinsecamente interligada com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU.

Entretanto, foi reconhecido que a efetividade de tais direitos vai além do campo jurídico, mas também no campo das políticas públicas que devem ser construídos e

¹ Conforme menciona Silveira; Rocasolano (2010), a realidade do direito a ser preservado é imprevisível e dinâmica, além de responder às necessidades humanas, sob pena de produzir um vácuo entre as realidades e a norma, privando-a de conteúdo e proteção as pretensões jurídicas a que tem direito os cidadãos. A realidade é mutável e, com ela, o direito também pode variar e as mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade, ou seja, a sua dinamogênese.

fortalecidos entre o Estado e a participação de todos os órgãos públicos e privados, o que vem sendo feito pelo Poder Judiciário.

1.3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA AGENDA 2030 NO PODER JUDICIÁRIO

No dia 25 de setembro de 2018, o Presidente a época do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, recebeu a Conselheira Maria Tereza Uille Gomes para lhe apresentar a ideia de incluir o tema da Agenda 2030 no Poder Judiciário como medida inovadora e em harmonia com as diretrizes de seu discurso de posse e, por meio da Portaria n. 133 de 28 de setembro de 2018, foi instituído o Comitê Interinstitucional destinado a avaliar a integração das metas do Poder Judiciário às metas e indicadores dos ODS, a Agenda 2030, e elaborar relatório de trabalho com apoio de todos os Tribunais do País, cuja composição se encontra na Portaria n. CNJ 148/2018.

No dia 3 de dezembro de 2018, em Foz do Iguaçu, em seu discurso de abertura do XII Encontro Nacional do Poder Judiciário, o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Dias Toffoli, destacou a importância de incluir no planejamento do Poder Judiciário para 2020, as metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, mostrando, neste encontro, de que forma os Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário, os Centros de Inteligência e os ODS formavam uma Rede de Inovação do Poder Judiciário.

No dia 9 de janeiro de 2019, no Laboratório de Inovação da Justiça Federal de São Paulo (TRF 3), em caráter experimental, iniciou o primeiro Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS (LIODS) realizados no ano de 2019 e capitaneados pelo Conselho Nacional de Justiça e em 7 de maio de 2019 foi apresentado, no final da sessão Plenária do CNJ, o 1º Relatório produzido pelo Comitê Interinstitucional da Agenda 2030.

No I Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário, realizado nos dias 19 e 20 de agosto de 2019 em Curitiba-PR, o Presidente Dias Toffoli assinou o Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e no Ministério Público e a Portaria n. 119/2019, que criou o Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS.

Neste primeiro encontro foi também assinado o Provimento n. 85, pelo Ministro Humberto Martins, para a adoção dos ODS pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial, lançada a revista do encontro apresentando as boas práticas dos Tribunais relacionadas à Agenda 2030, bem como a instituição por quatro tribunais de atos de criação de novos Laboratórios de Inovação e Inteligência, sendo eles:

a) **Portaria TRT09 SGP n. 15, de 19 de agosto de 2019** – Institui o Laboratório de Inovação do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

b) **Decreto Judiciário TJPR n. 497/2019** – Institui a Gestão de Inovação e cria o Programa de Gestão e Inovação e o Laboratório de Inovação no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

c) **Portaria JFPR n. 1162, de 19 de Agosto de 2019** – Institui o Laboratório de Inovação da Justiça Federal do Paraná e nomeia os servidores laboratoristas.

d) **Portaria TRE-PR n. 676/2019** – Institui o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) no âmbito da Justiça Eleitoral do Paraná e dá outras providências.

Nos encontros preparatórios para o XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário o tema da Agenda 2030 foi objeto de apresentação e discussão e construção de conceitos inovadores e, no dia 19 de setembro de 2019, o Plenário do CNJ publicou a Resolução CNJ n. 296/2019 na qual criou a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 com a competência de acompanhamento, proposição de estudos e políticas judiciárias, monitoramento e coordenação de LIODS relacionados aos ODS.

Durante o XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, realizado em Maceió nos dias 25 e 26 de novembro de 2019, foi aprovada a Meta Nacional 9 do Poder Judiciário com o intuito de integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário realizando ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltados aos 17 ODS instituídos pela Agenda 2030, sendo válida para os seguintes seguimentos da justiça: STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados, sendo um dos primeiros Poder Judiciário no mundo a implementar as ODS em seu cotidiano².

No dia 18 de fevereiro de 2020 foi inaugurado o Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS (LIODS) do Conselho Nacional de Justiça e foi entregue o 2º Relatório do Comitê Interinstitucional do Poder Judiciário, tendo o portal do Conselho Nacional de Justiça a finalidade de apresentar os trabalhos desenvolvidos pelo CNJ por meio do Comitê Interinstitucional, da Comissão Permanente da Agenda 2030, do LIODS CNJ, da Rede de Inovação e Inteligência, e da equipe do gabinete da Coordenação da Agenda 2030, a fim de

² Em quatro oportunidades no decorrer do ano de 2019 o tema da Agenda 2030 foi apresentado em outros países como experiência inovadora no Poder Judiciário Mundial, sendo eles: **Evento 1:** Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre DESARROLLO SOSTENIBLE; **Evento 2:** Revisão Periódica Universal e a Agenda 2030 – PANAMÁ; **Evento 3:** Program – Law, Justice and Development Week 2019 – Banco Mundial e **Evento 4:** Program – Law, Justice and Development Week 2019.

somar esforços para atingir a Meta Nacional 9 e integrar a Agenda 2030 ao plano estratégico do Poder Judiciário, por meio de Planos de Ação, colocando o jurisdicionado como foco principal dos serviços prestados pela Justiça em busca da solução pacífica de controvérsias.

Vê-se que a institucionalização da Agenda 2030 no Poder Judiciário se seguiu de vários atos normativos, que são aperfeiçoados e expandidos a cada ano, com intuito de melhorar as ações e abarcar todas as unidades judiciárias da federação.

1.4 LEIS E ATOS NORMATIVOS NO PODER JUDICIÁRIO

Diversas foram as leis e portarias estabelecidas no âmbito do Poder Judiciário regulamentando a Comissão, o Comitê, o LIODS dentre elas:

a) **Portaria nº 133 de 28.9.2018** que institui o Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030;

b) **Portaria nº 148 de 20.11.2018** que designa membros do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030;

c) **Portaria nº 72 de 9.5.2019** que Prorroga as atividades do Comitê Interinstitucional destinado a realizar estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030, instituído pela Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018;

d) **Provimento nº 85 de 19.8.2019** que dispõe sobre a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial;

e) **Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público** instituído em 19.8.2019;

f) **Portaria n. 119 de 21.8.2019** que institui o **Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS)** e dá outras providências;

g) **Acordo de Cooperação Técnica n. 27/2019**, publicado em 23.8.2019, que dispõe sobre a colaboração para a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento

Sustentável, Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, nas atividades desenvolvidas pelo Sistema de Justiça, em especial o Objetivo 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), que visa promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;

h) **Portaria nº 124 de 3.9.2019** que designa os membros para o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS do Conselho Nacional de Justiça;

i) **Resolução nº 296 de 19.9.2019** que cria e revoga Comissões Permanentes no âmbito do Conselho Nacional de Justiça;

j) **Resolução nº 55 de 19.3.2020** que altera os artigos 2º e 3º da Portaria nº 133, de de 28 de setembro de 2018, que institui o Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030;

Destaca-se, dentre os instrumentos normativos supra alinhavados, o Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público e a Portaria CNJ n. 124/2019 que instituiu o LIODS, uma vez que se abre o espaço de participação de outros órgãos, bem como a participação cidadã na concepção de projetos inovadores no Poder Judiciário que contribuam para a efetividade da Agenda 2030.

1.5 COMITÊ INTERINSTITUCIONAL

O Comitê Interinstitucional, criado por meio da Portaria n. 133 de 28.9.2018, se destina a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – Agenda 2030, tendo como atribuições (atualizadas pela Portaria n. 55 de 19.3.2020):

Art. 3º Compete ao Comitê:

I – Fazer a interlocução das demandas do Poder Judiciário com os órgãos e atores que contribuem para o plano de ação da Agenda 2030, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil faz parte, de acordo com o Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945;
II – Elaborar relatórios estatísticos semestrais de dados, metas e indicadores do Poder Judiciário relacionados à Agenda 2030 que integrarão a publicação Justiça em Números e servirão de subsídios para a mensagem anual do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do CNJ;

- III – Manter repositório das pesquisas acadêmicas e judiciárias relacionadas à Agenda 2030;
- IV – Elaborar relatório das dificuldades encontradas na obtenção de dados estatísticos desagregados referentes às metas e indicadores da Agenda 2030 à Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e Agenda 2030;
- V – Acompanhar o processo de integração da Agenda 2030 no Poder Judiciário;
- VI – Acompanhar as pesquisas relacionadas aos mecanismos que ampliem a transparência de dados do Poder Judiciário, facilitando consulta e pesquisa por usuários;
- VII – Contribuir com a organização anual dos Encontros Ibero-Americanos da Agenda 2030 no Poder Judiciário; e
- VIII – Contribuir com os trabalhos do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) e propor temas de interesse relacionados a Agenda 2030.

Em seu relatório preliminar denominado 1º Relatório do Comitê Interinstitucional foi destacado a importância do tema no âmbito do Poder Judiciário. Consta neste relatório, dentre outros apontamentos, a estratégia nacional do Poder Judiciário e os ODS e as iniciativas para a criação de Laboratórios de Inovação e Centros de Inteligência no âmbito do Poder Judiciário, com destaque para a criação do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (LIODS), no CNJ, que representa a união desses três pilares – Inovação, Inteligência e ODS – por meio da Portaria CNJ n. 119/2019.

Com a prorrogação dos trabalhos do Comitê, definida pela Portaria nº 72 de 9.5.2019, foi produzido o 2º Relatório que destacou iniciativas já consolidadas e encaminhadas para as proposições iniciais.

Extrai-se do 2º relatório, como medidas importantes já adotadas, visando a implementação dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), dentre outras, a integração da Agenda 2030 à Meta 9 do Poder Judiciário; a criação de indicadores para cada ODS, desenvolvidos com base na classe e assunto processual, que viabilizam o conhecimento da participação do Poder Judiciário no escopo da Agenda, permitindo o avanço para definição de metas e indicadores mais específicos; a criação, por meio da Resolução n. 296/2019, da Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030.

Pontua-se que a criação de indicadores para cada ODS, é uma iniciativa muito importante, uma vez que possibilitará que o Poder Judiciário tenha conhecimento das metas implementadas e das ações necessárias para se atingir outras e/ou aprimorá-las.

1.6 COMISSÃO DA AGENDA 2030 NO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça atua por meio de Comissões, temporárias ou permanentes, motivo pelo qual o Plenário do CNJ aprovou em 19.9.2019 a Resolução nº 296, que criou, entre outras comissões permanentes, a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2020, dispondo, em seu artigo 14 a competência desta comissão.

Art. 14. À Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 compete:

- I – acompanhar a atuação do Comitê Interinstitucional destinado a apresentar estudos e proposta de integração de metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável;
- II – propor estudos sobre temas abordados na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, observadas as diretrizes da Estratégica Nacional do Poder Judiciário;
- III – propor políticas judiciárias voltadas à promoção do desenvolvimento sustentável;
- IV – representar o CNJ no processo de diálogo com entes federativos e sociedade civil para a implantação da Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário;
- V – monitorar as ações relacionadas à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no âmbito do Poder Judiciário; e
- VI – coordenar o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS, atividades, projetos e eventos relacionados à temática dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Nota-se, portanto, que a Comissão é o órgão que faz a interface do Poder Judiciário com as demais instituições dos entes federativos, sociedade civil e Comitê Interinstitucional quando se refere a Agenda 2030.

1.7 LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO, INTELIGÊNCIA E ODS

O Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS, foi instituído pela Portaria n. 119/2019 e, é um programa que une o conhecimento institucional, a inovação e a cooperação, sendo um espaço administrativo e horizontal de diálogo e articulação de políticas públicas entre o Poder Judiciário, os entes federativos e a sociedade civil, com o objetivo de alcançar a paz, a justiça e a eficiência institucional, assim como prescreve o ODS nº 16.

Este programa tem por intuito institucionalizar o uso da inovação e da inteligência, promovendo o desenvolvimento de alianças estratégicas e projetos de cooperação, envolvendo especialistas de todos os setores com o objetivo de trabalhar a Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário, contribuindo com o Plano Estratégico do Poder Judiciário e com a melhoria das políticas públicas.

O espaço oportuniza a participação, favorece o diálogo e a análise conjunta de demandas repetitivas ou com grande repercussão social, analisando dados, inclusive o custo econômico do processo, permitindo a construção de soluções estratégicas e a ampliação da transparência na atuação do Poder Judiciário, garantindo acesso à Justiça por intermédio de instituições mais eficazes, responsáveis e transparentes, todas alinhadas ao almejado desenvolvimento sustentável.

Mesmo antes da instituição formal destes Laboratórios, alguns foram realizados durante o ano de 2019 considerando temas relevantes do Poder Judiciário, entre os quais, destacam-se a ODS 17 nas execuções fiscais, a ODS 3 em relação a medicamentos, a ODS 5 e 16 quanto ao feminicídio, além das ODS 6, 7, 11, 12, 13, 14 e 15 em relação à sustentabilidade.

Os painéis desenvolvidos por este programa estão relacionados:

a) **Painel Migrantes e Refugiados** que relaciona assuntos associados aos crimes de trabalho escravo e tráfico internacional e interno de pessoas vinculado ao ODS 10 – Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;

b) **Painel de casos novos por Assunto e ODS no Poder Judiciário** que realiza o cruzamento do quantitativos de novos casos indexados por ODS levantados pelo Relatório Justiça em números;

c) **Painel com a relação dos Indicadores do ODS 16 e casos novos de 2018** o qual realiza a indexação de casos novos levantados pelo Relatório Justiça em Números de 2018 com metas e indicadores do ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes;

d) **Painel com relação de normativos e boas práticas produzidas no Poder Judiciário a respeito de ODS** que realiza indexação de normativos e boas prática publicados no âmbito do Poder Judiciário com os ODS da Agenda 2030;

e) **Painel com processos da classe Tribunal do Júri e de assuntos relacionados a Crimes Contra a Vida** no qual realiza a indexação de processos retirados da Replicação Nacional de Processos do CNJ com assuntos da TPU, exemplificando o trabalho realizado em relação a ODS 5 sobre igualdade de gênero no qual menciona em gráficos o quantitativo de processos relativos a homicídios por assunto até 2018.

No tocante ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 que trata sobre a igualdade de gênero, em especial, a meta 5.5 que busca garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública será abordado com mais vagar no capítulo 2.

1.8 META 9 DO PODER JUDICIÁRIO

As metas nacionais do Poder Judiciário representam o compromisso dos tribunais brasileiros com o aperfeiçoamento jurisdicional, buscando proporcionar à sociedade um serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade.

Uma das metas instituídas pelo Poder Judiciário no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário foi a “META 9 – INTEGRAR A AGENDA 2030 AO PODER JUDICIÁRIO”, realizando ações de prevenção ou desjudicialização³ de litígios voltadas aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), da Agenda 2030, sendo o Poder Judiciário Brasileiro o precursor, no mundo, da institucionalização da Agenda 2030 em seu Planejamento Estratégico, celebrando o Pacto pela implementação dos ODS da Agenda 2030 no Poder Judiciário com a Organização das Nações Unidas em 2019.

Atenta a este cenário, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 85/2019 incentivando a aplicação da Agenda 2030 igualmente pelas Corregedorias Estaduais e pelo Serviço Extrajudicial.

A Meta 9, adotada pelo STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados, consiste em integrar a Agenda 2030 no Poder Judiciário e, para tanto, o tribunal deve realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltados aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

Para desenvolver a meta, o tribunal deve, primeiramente, escolher um dos 17 ODS; posteriormente, selecionar, por meio de consulta na sua base de dados, um dos três assuntos, relacionados na Tabela Processual (TPU), mais demandados no tribunal, relativos àquele ODS e, ao final, elaborar um Plano de Ação, no modelo 5W2H⁴, para viabilizar o alcance da meta proposta para aquele assunto.

³ A desjudicialização é entendida como a redução do acervo de processos relacionados ao assunto específico da Tabela Processual (TPU) selecionado, vinculado a um dos ODS escolhido.

⁴ Sendo que “5W” significa: 1. *What* o que será feito (Nome da Ação); 2. *Why* por que será feito (Objetivos); 3. *Where* onde será feito (unidade judiciária, departamento); 4. *When* quando será feito (cronograma); 5. *Who* por quem será feito (responsável) e os “2H” significam: 1. *How* Como será feito (metodologia), maneira que pretende alcançar os objetivos; 2. *How much* Quanto vai custar (Recursos, custos e quantidade).



Os tribunais contam com o apoio das Comissões de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento e de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 na elaboração dos Planos de Ação que farão o acompanhamento dos resultados das ações planejadas.

Importante salientar que a meta será considerada cumprida se, até o final do ano, o tribunal elaborar e encaminhar o plano de ação para o assunto mais demandado correlacionado ao ODS (50% da meta) e executá-lo (50% da meta).

2 O PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA ODS 5 – A IGUALDADE DE GÊNERO E EMPODERAMENTO DE TODAS AS MULHERES E MENINAS

A Agenda 2030 da ONU surge como um novo catálogo de ações que os Estados signatários se comprometeram em implementar no espaço temporal de 15 anos e, dentre os diversos objetivos, foi estipulado o dever de “promover sociedades pacíficas e inclusivas para

o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ODS nº16).

Com este propósito, o Conselho Nacional de Justiça, como mencionado no capítulo antecedente, implementou no âmbito do Poder Judiciário estratégias e programas, com órgãos especializados, com o intuito de inclusão da Agenda 2030 para obter o almejado desenvolvimento sustentável.

Dentre os objetivos pactuados pelos Estados Membros, destaca-se o Objetivo nº 5 da Agenda 2030, que visa a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas.

No que concerne as metas específicas estabelecidas no ODS 5, tem-se o item 5.5, o qual elenca “garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública”.

Visando a implementação da meta 5.5, o CNJ editou a Resolução n. 255/2018 que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, determinando-se às suas unidades e ramos:

Todos os ramos e unidades do Poder Judiciário deverão adotar medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais⁵.

Emerge que a Resolução n. 255/2018 determina a adoção de medidas de empoderamento das mulheres, incentivando-as para que ocupem maior espaço dentro da administração a qual pertencam.

É cediço que os Tribunais (Superiores ou Regionais) são administrados praticamente por homens, são poucos os que possuem mulheres na condição de Presidente e, segundo pesquisa realizada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), via a Comissão AJUFE Mulheres (YOSHIDA; HELD, 2019), que resultou na Nota Técnica n. 1/2017, diversos são os motivos para esta baixa representatividade feminina no âmbito do Poder Judiciário (Justiça Comum Federal), dentre eles: a) dupla jornada; b) dificuldade em serem acompanhadas por esposos/companheiros quando tem a necessidade de mudança de local de trabalho; c) maior afetação da vida pessoal da mulher no exercício da magistratura quando comparada à dos colegas homens (ruptura da unidade familiar e distância da família).

⁵ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n255-04-09-2018-presidencia.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

Voltando-se o olhar para os Tribunais, a Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário com maior representatividade de magistradas. Segundo o Diagnóstico de Participação Feminina no Poder Judiciário, publicado em 2019, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Justiça do Trabalho, a atuação das magistradas vem aumentando desde 1988, quando a participação feminina era de 37,3%. Durante os últimos dois anos as mulheres representaram 49,4% dos juízes em atividade e, em 2018, superou a metade do quadro, atingindo 50,5% quando avaliados somente os magistrados ativos⁶.

Consta, ainda, do Diagnóstico de Participação Feminina no Poder Judiciário, em relação a ocupação de cargos, que em média, as mulheres ocuparam de 33% a 49% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos. Já em relação à ocupação de cargos de Juízes Substitutos, a ocupação por mulheres é a maioria, aproximando-se de 52,7%⁷:

A Justiça do Trabalho (50,5%) e a Justiça Estadual (37,4%) são as com maiores percentuais de mulheres na magistratura em atividade. Por outro lado, nos Tribunais Superiores (19,6%) e na Justiça Militar Estadual (3,7%) estão os menores índices de participação feminina.

[...]

As magistradas ocuparam, em média, de 21% a 30% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, enquanto que a ocupação feminina nos cargos de Juiz Substituto aproximou-se de 41,9%. Quando comparados os segmentos de justiça, observa-se que na Justiça do Trabalho está o maior percentual de participação feminina nos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, com média de ocupação nas faixas de 33% a 49%. Por outro lado, na Justiça Militar Estadual não há participação feminina na ocupação desses cargos.

Vê-se que na Justiça Militar Estadual, não há participação feminina na ocupação de cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, o que denota uma invisibilização da mulher no espaço de administração e decisão e, por via de consequência uma naturalização da desigualdade.

Portanto, o grupo de trabalho, previsto no art. 3º da Resolução n. 255/2018, terá um papel primordial na capacitação e diálogo com a instituição, visando dar concretude à Agenda 2030 da ONU.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de promover a implantação da meta 5.5 da Agenda 2030, firmou parceria com a ONU Mulheres, aderindo ao Movimento ElesPorElas (#HeForShe), que tem por ação o envolvimento dos homens em programas

⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-da-participacao-feminina-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 16 out. 2020.

⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-da-participacao-feminina-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 16 out. 2020.

voltados à equidade de gênero e a identificação de fatores que contribuam para a participação efetiva das mulheres em postos de poder e de tomada de decisões.⁸

Também, por meio da Instrução Normativa STJ/GP n. 16, de 8 de outubro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, regulamenta o Programa de Participação Feminina, denominado Programa Equilibra STJ, tendo como objetivos (art. 2º):

I - assegurar o equilíbrio de oportunidades entre homens e mulheres nas unidades do Tribunal; II – propor políticas de valorização da mulher; III – prevenir ocorrências de assédio, violência ou discriminação da mulher; IV – incentivar a participação feminina no ambiente institucional; V – promover ações de educação e conscientização sobre o tema⁹.

No âmbito da Justiça do Trabalho, há inúmeros instrumentos de implementação de o Programa de Participação Feminina no Poder Judiciário, cita-se, por exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região que editou a Portaria TRT/GP n. 41/2019, que cria o Grupo de Trabalho para elaboração de estudos destinados ao cumprimento da Resolução CNJ n. 255/2018.

Dentre as competências previstas na Portaria TRT/GP n. 41/2019, tem-se a promoção de ações de capacitação e treinamento para o desenvolvimento de liderança e representatividade feminina e, sugestões de diretrizes e estratégias para a promoção da equidade de gênero e desenvolvimento de lideranças inclusivas¹⁰.

Logo, o Poder Judiciário, por intermédio dos Tribunais, sinaliza a adoção de medidas que visam incentivar a participação feminina no ambiente institucional e extinguir ou, ao menos, reduzir a desigualdade de gênero almejada pelas Nações Unidas.

Todavia, há que se observar se efetivamente a participação feminina ocupa espaço nos atos decisórios da administração e os meios adequados para a inserção do sexo feminino reduzindo sua desigualdade, ainda que necessário tratamento diferenciado, para que se possa atingir a equidade de gênero preconizada na Agenda 2030 da ONU.

CONCLUSÃO

⁸ Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-28_19-53_STJ-e-ONU-Mulheres-assinam-memorando-de-entendimento-para-promover-igualdade-de-genero.aspx. Acesso em: 16 out. 2020.

⁹ Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16131&seq_documento=26903310&data_pesquisa=13/10/2020&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento. Acesso em: 16 out. 2020.

¹⁰ Disponível em: <http://www.trt24.jus.br/web/guest/politica-de-genero?inheritRedirect=true>. Acesso em: 17 out. 2020.

O Poder Judiciário brasileiro ao integrar em suas metas a Agenda 2030 proporciona a interlocução entre os demais órgãos e os atores sociais na direção de a implementação aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

É cediço que essa integração significa o início de uma construção de ações e medidas universais visando à concretude dos objetivos de desenvolvimento sustentável até 2030.

Nesse viés, o Conselho Nacional de Justiça disponibilizou em seu site um ícone específico de acesso à Agenda 2030 no Poder Judiciário, no qual encontra-se o histórico da Agenda 2030; leis e atos normativos; comitê interinstitucional; comissão da Agenda 2030; LIODS CNJ, dentre outras informações que foram mencionadas no desenvolvimento do artigo com o intuito de fornecer informações a comunidade.

Também os Tribunais das unidades federativas, a partir da Portaria CNJ n. 133/2018, que instituiu o Comitê Institucional destinado a integrar as metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos ODS, vêm adotando ações que tutelam de forma mais abrangente os direitos humanos.

Dentre os objetivos tutelados, destaca-se o ODS 5 da Agenda 2030, que visa a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, especialmente no que concerne a meta 5.5 (garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública).

A meta 5. 5 encontra-se delineada na Resolução CNJ n. 255/2018 que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, que foi acolhida pelos Tribunais das unidades federativas.

Todavia, a igualdade de gênero e participação das mulheres no Poder Judiciário, ultrapassa a questão quantitativa, uma vez que a garantia de participação será efetivamente plena quando elas ocuparem igualitariamente o espaço de atos decisórios da administração.

Por isso, a inclusão da Agenda 2030 nas metas do Poder Judiciário sinaliza como uma importante ferramenta para que se possa construir ações e medidas, visando à erradicação toda e qualquer forma de discriminação e, por via de consequência, implementando-se, a efetiva igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Agenda 2030 no Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/>. Acesso em: 18 out. 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 255**, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-255-04-09-2018-presidencia.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Objetivos de Desenvolvimento sustentável (ODS)**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>. Acesso em: 18 out. 2020

BRASIL. Portal Brasil. **Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em: 18 out. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Instrução Normativa STJ/GP n. 16**, de 8 de outubro de 2020. Regulamenta o Programa de Participação Feminina. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16131&seq_documento=26903310&data_pesquisa=13/10/2020&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. **Portaria TRT/GP n. 41/2019**. Cria Grupo de Trabalho para elaboração de estudos destinados ao cumprimento da Resolução CNJ 255/2018, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.trt24.jus.br/web/guest/politica-de-genero?inheritRedirect=true>. Acesso em: 17 out. 2020.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Direitos Humanos e a Agenda 2030: Uma mudança de paradigma em direção a um modelo mais equilibrado para o desenvolvimento sustentável. In: **Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030** [recurso eletrônico] coordenação: Livia Gaigher Bósio Campello. 1 ed. São Paulo: IDHG, 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 18 out. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e funções.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira; HELD, Thaisa Maira Rodrigues. Paridade de gênero na magistratura: um imperativo da democracia *in* **Revista CNJ**, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 82-91, jul./dez.2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/download/77/26/>. Acesso em: 11 out. 2020.

A SIMPLIFICAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA COMO FATOR DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO E INCLUSÃO SOCIAL

Resumo

A vida em sociedade não pode prescindir do Direito para regular a conduta de seus integrantes. Para que o Direito assim possa atuar é necessário que haja democratização da linguagem jurídica, que ainda hoje é inacessível para a maior parte da população. Faz-se necessário que as leis sejam redigidas de forma a serem inteligíveis aos seus destinatários e também que os operadores do Direito, no curso dos processos judiciais, se valham de linguagem compreensível para os jurisdicionados. A simplificação da linguagem jurídica deve ocorrer sem comprometimento da linguagem técnica, inerente à Ciência do Direito, preservando-se a harmonia entre a precisão terminológica e o bom uso da língua portuguesa. Facilitar a compreensão da linguagem jurídica é um ato de inclusão social e democratização do Direito.

Palavras chave: linguagem, democratização, inclusão, simplificação.

Abstract

Life in society can't do without Law to regulate it's integrants behaviour. In order for the Law to act, the juridic language, which is currently inaccessible to most of the population, must be democratized. It is necessary that the laws are drafted in such a way as to be intelligible to their addressees and also that the operators of the Law, in the course of the judicial processes, use language that is understandable to those in jurisdiction. The simplification of the language must occur without compromising the technical language, inherent in the Science of Law, preserving the harmony between terminological precision and the good use of the Portuguese language. Facilitating the understanding of legal language is an act of social inclusion and democratization of the law.

Keywords: language, democratization, inclusion, simplification.

1 Introdução

A comunicação, embora aptidão nata do ser humano, nem sempre é feita de modo a permitir a compreensão desejada. Ela é feita por meio do uso da linguagem (oral ou escrita) ou de formas não verbais (olhar, expressão facial, linguagem corporal, gestos, posturas, etc.), sendo a linguagem a forma mais adotada para a comunicação entre os seres humanos. Por essa razão, o conteúdo que se deseja comunicar deve ser, tanto quanto possível, acessível para a maior parte dos destinatários.

Em oposição a esta premissa, tem-se a comunicação escrita na área do Direito, que parece investir no distanciamento também por meio da linguagem, uma vez que ainda utiliza palavras pouco conhecidas, muitas em desuso e, até mesmo, arcaicas ou estrangeiras, alimentando a persistente barreira entre o cidadão comum e o Poder Judiciário.

Pretende-se com o presente artigo demonstrar a necessidade de simplificação da linguagem jurídica para que as pessoas possam melhor conhecer seus direitos, acessar o Judiciário para assegurá-los e, efetivamente, compreender o que ocorre no curso de um processo judicial.

Não será feita incursão pela história da linguagem, comum ou jurídica. O objetivo é apenas demonstrar que é possível, e desejável, a democratização da linguagem jurídica, sem se distanciar da norma culta ou implicar perda da técnica e precisão, necessárias e tão caras ao Direito. Será demonstrado que a maioria dos aplicadores do Direito (juízes, desembargadores e ministros) está ciente da necessidade da simplificação proposta e com ela concorda, conforme apurado em pesquisa promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), publicada em 1998.

Serão analisados os seguintes questionamentos: As leis podem ser redigidas de modo mais inteligível para as pessoas, permitindo-lhes conhecer os seus direitos e acessar o Judiciário para assegurá-los? Em que medida a linguagem jurídica utilizada pelos operadores do Direito, no curso do processo, seja ela escrita ou verbal, permite real comunicação entre os envolvidos, compreensão do que está em discussão e do que lhes é perguntado ou decidido? É possível manter a técnica e a precisão terminológica necessárias para salvaguardar a segurança jurídica, mesmo utilizando uma linguagem mais compreensível para a maioria das pessoas?

2 Simplificação da Linguagem Jurídica – da redação das leis à democratização do acesso ao Judiciário

Como regra, o homem não vive só, mas em sociedade, onde busca desenvolver as suas potencialidades e faculdades. “O homem é, por sua natureza, um animal político. Aquele que, por natureza, não possui estado, é superior ou mesmo inferior ao homem, quer dizer: ou é um deus ou mesmo um animal.”¹.

É inerente ao convívio social a existência de conflitos entre as pessoas, fazendo-se necessária a sua solução para assegurar o bem comum. Existem vários meios para regular a conduta dos membros na sociedade, dentre os quais se podem destacar a moral, a religião, as regras de trato social e o Direito.

Hoje cada instrumento de controle social conta com faixa própria de atuação, mas nem sempre foi assim. Segundo Paulo Nader (2007)²:

O mundo primitivo não distinguiu as diversas espécies de ordenamentos sociais. O Direito absorvia questões afetas ao plano da consciência, própria da moral e da religião, e assuntos não pertinentes à disciplina e equilíbrio da sociedade, identificados hoje por usos sociais.

Ao propósito deste trabalho interessa analisar apenas a faixa de atuação do Direito, que é de regradar as condutas sociais, disciplinando os fatos sociais relevantes para assegurar às pessoas conviver em sociedade, atuando nos casos de situações (potencialmente) conflituosas. Sociedade que sem o Direito “não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.”³.

Como instrumento limitador das atividades das pessoas em seu convívio social, o Direito precisa ser por elas conhecido, para que saibam o que é permitido e o que é proibido. A forma encontrada para se exigir a obrigatoriedade de observância das leis é a sua publicação. Nesse sentido estabelece o art. 3º da Lei

1 ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 36.

2 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31

3 DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**, São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960, p. 17

de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Não se pode presumir que, ao ser publicada, a lei se torne por todos conhecida, já que nem mesmo entre os operadores do Direito isso ocorre. Mas, sim, que ninguém pode alegar ignorá-la para impedir os seus efeitos:

O ato da publicação visa apenas neutralizar a ignorância, sem contudo eliminá-la. Neutralizar a ignorância, ensina-nos Tércio Sampaio Ferra Jr., é “fazer com que ela não seja levada em conta, não obstante possa existir”. A publicação tornará a norma conhecida, obrigatória e apta a produzir efeitos jurídicos concretos, imunizando a autoridade contra a desagregação que a ignorância possa lhe trazer, pois uma autoridade ignorada é como se não existisse. Esse é o real sentido do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei, que repele a *exceptio ignorantiae juris*⁴.

Impossível imaginar como seria a vida em sociedade se a obrigatoriedade de observância das leis dependesse de seu efetivo conhecimento por parte dos destinatários. Por isso, em nome do interesse social, a lei publicada se torna obrigatória, independentemente de terem os destinatários pleno conhecimento do seu conteúdo.

Admitindo-se, para a continuidade do raciocínio aqui desenvolvido, que os destinatários tiveram acesso à lei publicada, pode-se afirmar que compreenderam integralmente o seu conteúdo? Tudo aquilo que lemos e compreendemos, em regra, não é esquecido. Mas quando não conseguimos entender o que está escrito, dificilmente há o registro mental – e conseqüente obediência aos ditames prescritos. Portanto, para que as leis efetivamente sejam cumpridas pelas pessoas, é necessário que estejam redigidas de forma simples, objetiva, direta e com vocabulário conhecido e inteligível para a população a que se destina.

Não se discute aqui a dificuldade de se expressar a vontade do legislador quando da redação das leis, até porque, muitas vezes os textos são produto de acordos partidários, que geram redação fragmentada para atender interesses que antecederam a sua aprovação. As leis, como obra humana que são, natural que haja

4 DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 85. Veja-se aqui um exemplo do uso de expressão latina, dificultando o entendimento para quem é leigo em Direito, *exceptio ignorantiae juris*, no lugar de *exceção da ignorância da lei* (em livre tradução).

imperfeições, má utilização das palavras, não correspondência entre a vontade do legislador e o que resultou escrito.

Na busca pela uniformização da técnica legislativa e redação mais compreensível, a Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998 (alterada pela Lei Complementar 107, de 26 de abril de 2001) estabelece vários princípios e regras para elaboração, alteração e consolidação das leis. De especial relevo o seu art. 11 ao prever que “as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica”:

Art. 11 As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
- b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
- c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
- d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
- e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
- f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;
- g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes. (...)

É preciso lembrar que a norma jurídica tem como uma de suas características a generalidade, ou seja, obriga a todos que estejam na mesma situação jurídica. Por tal razão, deve ser inteligível para as pessoas de todas as camadas sociais. Devem ser observados, na forma do artigo acima transcrito, fatores que certamente contribuem para a universalização da linguagem jurídica, como o uso de palavras ou

expressões em seu sentido comum; uso de frases curtas e concisão; orações na ordem direta, sem preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; afastamento de abusos de caráter estilístico e escolha de termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional.

É certo que as leis estão sujeitas a diferentes interpretações (e isto torna o Direito fascinante), não significando que precisam ser dificultadas em virtude da linguagem adotada. Quanto mais claras, objetivas, diretas forem as leis, menos controvérsias existirão em torno delas. Em 2005, após pesquisa realizada pelo Ibope ter revelado que a população brasileira tem dificuldades em compreender os termos jurídicos utilizados pelos operadores do direito, a Associação dos Magistrados Brasileiros lançou a *Campanha pela Simplificação da Linguagem Jurídica*. A campanha gerou polêmicas e os resultados não foram, à época, significativos, mas inegável a sua importância para provocar a discussão sobre o tema.

Não se pode atribuir à linguagem jurídica o ônus de único empecilho do acesso à Justiça. Dentre vários outros podem ser mencionados os custos do processo, a estrutura do Judiciário deficitária quanto às condições de trabalho, número insuficiente de juízes e servidores, excesso de burocracia e de formalismo, entre tantos outros dificultadores.

No entanto, como produto de construção sócio-cultural, necessário à efetivação do acesso à Justiça (não se exige o que não se conhece), a linguagem deveria estar ao alcance de todos. A linguagem jurídica inacessível, além de resultar no desconhecimento dos direitos e dos meios para a sua reivindicação, também dificulta o entendimento da tramitação de um processo, gerando descrença e distanciamento da população em relação ao Poder Judiciário. Facilitar a compreensão da linguagem jurídica é um ato de inclusão, “até porque, como linguagem é poder, esconder a verdade por meio de expressões desconhecidas da média da sociedade significa robustecer, ainda mais, uma das facetas do multifacetado fenômeno da exclusão social⁵”.

O Brasil, como estado democrático de direito, assegura aos cidadãos o direito à tutela jurisdicional, ao prever no art. 5º da Constituição Federal:

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RODRIGUES, Luiz. Pequeno ensaio sobre a função da linguagem e o fenômeno jurídico. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, n. 240, 15 jan.2007, p. 47.

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, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)

Aliando-se a essa previsão os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do devido processo legal, tem-se o direito de acesso à Justiça.

Se o Direito existe para a resolução de conflitos sociais, deve ser conhecido e interpretado pelas pessoas, possibilitando-as o acesso ao Judiciário sempre que se sentirem lesadas ou na iminência de o serem. Para tanto é necessário que a linguagem utilizada seja compreensível por seus destinatários, indistintamente.

3 Linguagem Jurídica e Processo

É da tradição do Direito a distinção. Modernamente essa distinção é auferida por títulos acadêmicos e atuação profissional; antes não. Advogados e juízes eram considerados doutores e o rebuscamento linguístico era a forma que encontravam de corresponder à distinção do doutor e, também, de se distanciarem dos menos letrados. Esse distanciamento, enfatizado pela linguagem rebuscada, era inerente à imagem do advogado e do juiz, considerados doutores, depois de simples bacharelado (raro, porque de difícil acesso, mas simples). Certamente eram doutores no conhecimento da legislação, na capacidade de interpretá-la e, principalmente, em aplicar todo o seu conhecimento para o bem da sociedade, do cidadão ou do cliente.

Percebe-se que lenta e naturalmente a linguagem jurídica tem-se modernizado, em igual medida à concepção do Direito como ciência. E o doutor (advogado ou juiz) não é mais o que detém diploma de bacharel em Direito (doutor é titulação acadêmica). Pode-se dizer que ocorre atualmente uma inversão, porque os operadores do Direito, com linguagem rebuscada, fiéis ao *juridiquês*, normalmente não têm ouvintes, nem leitores, porque os tempos são outros.

Nesse sentido, há que se valorizar o trabalho realizado em 2005 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Pode-se constatar não só que a linguagem rebuscada ainda persiste no ambiente jurídico, mas, principalmente, que

a maioria dos operadores do Direito entende que a modernização da comunicação se impõe e já não faz mais sentido utilizar a linguagem como instrumento de segregação, isolamento entre bacharéis e iletrados⁶.

É necessário que a simplificação da linguagem jurídica ocorra além da criação da lei. Se a linguagem jurídica atua como fator que dificulta o conhecimento dos direitos por parte da população e, por consequência, seu acesso ao Poder Judiciário para reivindicá-los, não é diferente em processos já em andamento. Os operadores do direito utilizam a mesma linguagem inacessível, desde a petição inicial até a decisão final, passando pela coleta de provas, notadamente oral (em audiências).

O uso do *juridiquês*⁷, assim considerado o uso de linguagem rebuscada, cheia de arcaísmo (uso de palavras e expressões obsoletas) e latinismo (uso de palavras e expressões em Latim), dificulta (ou torna inacessível) à população em geral o entendimento do que se passa dentro do processo. Não se desconhece que cada ciência dispõe de terminologia própria, com vistas a dotar o enunciado de precisão e certeza. No entanto, é possível atingir esse propósito, escolhendo palavras de mais fácil compreensão, zelando pelo seu significado.

Vista por alguns como demonstração de sabedoria e erudição, a utilização de expressões arcaicas e de latinismo torna o texto truncado e incompreensível para grande parte dos leitores. Apenas à guisa de exemplos, tomem-se as seguintes expressões, costumeiramente encontradas nos processos: *parquet* (ao se referir ao Ministério Público), peça vestibular, peça preambular, peça exordial (petição inicial); preparo (pagamento das custas da ação ou do recurso), alvazir de piso (juiz de primeira instância), aresto doméstico (ao se referir a uma jurisprudência do tribunal local); autarquia ancilar (INSS), caderno indiciário (inquérito policial); cártula chéquica (folha de cheque); consorte virago (esposa); digesto obreiro (Consolidação das Leis do Trabalho); ergástulo público (cadeia); exordial increpatória (denúncia – primeira peça do processo criminal); repositório adjetivo (Código de Processo – civil ou penal). Como exemplos do latinismo, tem-se *ad judicium* (procuração válida

6 Na construção dos três últimos parágrafos houve colaboração de Maria das Graças Silva, licenciada em Letras, revisora deste artigo.

7 “O ‘juridiquês’ não é só uma questão de vocabulário rebuscado ou técnico. É um vocabulário técnico permeado por outras características de linguagem com o uso exagerado de adjetivos e de inversão da ordem das frases, que são sempre muito longas; são falas prolixas que causam essa sensação de distanciamento”. (Por que juízes, desembargadores e advogados falam tão difícil). Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2018/01/24/por-que-ju%C3%Adzes-desembargadores-e-advogados-falam-t%C3%A3o-dif%C3%Adcil>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

apenas para o juízo); *data venia* (com a devida licença para discordar); *mutatis mutandis* (mudado o que deve ser mudado); *pacta sunt servanda* (os acordos devem ser cumpridos); *nullum crimen sine lege* (não há crime algum sem lei), *jus est ars boni et aequi* (o direito é arte do bom e do eqüitativo); *de cujus* (o falecido), *ex officio* (em função, em decorrência) *ab initio* (desde o início, a partir do início), *erga omnes* (para com todos, em relação a todos, de caráter geral), *in loco* (no próprio local), *ex vi* (por efeito, em decorrência da força), *status quo* (no estado em que se acha uma questão), *sine die* (sem data estabelecida, sem dia definido), *sine qua non* (obrigatória), *sub judice* (à espera de julgamento) .

Como se verifica pelas expressões sinônimas colocadas entre parênteses, mesmo sem comprometer a precisão terminológica, é possível escrever de forma compreensível, substituindo o habitual uso do Latim.

OITICICA (1959)⁸, no final da década de 1950, já demonstrava preocupação com uma escrita mais clara, contundente, de fácil assimilação

Todo exagero produz geralmente o contrário do fim previsto. Assim as palavras servem para tornar as idéias perceptíveis, mas somente até certo ponto. Amontoadas além da justa conta escurecem sempre as idéias a comunicar. Missão do estilo e encargo do juízo é parar na risca exata, pois cada palavra demasiada é contraproducente. Voltaire disse, a propósito: “o adjetivo é inimigo do substantivo”. Mas, na verdade, muitos escritores buscam esconder na superabundância das palavras a pobreza das idéias. Evitem-se, conseqüentemente, toda a prolixidade e todo o encrustamento de notículas insignificantes que não pagam a pena de ser lidas. Devemos economizar o tempo, os esforços e a paciência do leitor. (...) Recorrer a muitas palavras para exprimir poucas idéias é sinal infalível de mediocridade. O do cérebro eminente, ao contrário, é concentrar muitas idéias em poucas palavras (Schopenhauer).

Em alguns ramos do Judiciário, em que é permitida a atuação das partes sem estarem acompanhadas por advogado (a exemplo da Justiça do Trabalho), mais facilmente se verifica essa situação. Desde o primeiro contato da parte com o Judiciário, ao ser atendido pelo servidor que lavra o termo inicial, contendo os pedidos, esta parte muitas vezes não consegue compreender os questionamentos que lhe são endereçados. A parte ré, ao receber cópia da petição inicial para se defender, em geral não consegue entender o que está sendo postulado, por se deparar com expressões absolutamente diferentes das que são

⁸ OITICICA, José. **Manual de estilo**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959, 8. ed, p. 39-40.

utilizadas no seu sentido comum. Em audiência, as partes acompanham a conversa entre juiz e advogados, recheada de expressões que lhes parecem alienígenas. As testemunhas não compreendem o que lhes é perguntado e, muitas vezes, de forma inocente, e com base na errônea interpretação causada pela linguagem inacessível, respondem algo que compromete a prova de quem lhes indicou.

O professor José Barcelos de Souza (2005) ilustra uma situação em que a testemunha teve dificuldades em entender o que lhe foi perguntado, em virtude da palavra utilizada pelo advogado:

Desejando que a testemunha informasse se o tiro foi dado durante a luta da vítima com o réu, o advogado perguntou assim: “O tiro foi antes, no meio ou depois da refrega?”. A testemunha engolia em seco, mostrava-se inibida, ficou vermelha, mas não respondia. Indagada se entendera a pergunta, e instada (opa!) a responder, explicou: “Não foi antes nem depois; foi entre a refrega e o umbigo”⁹.

Não teria sido muito mais simples se tivessem sido utilizadas as palavras *briga* ou *confronto*, no lugar de *refrega*? Permitiria a compreensão da testemunha, que responderia de forma a esclarecer os fatos – objetivo de sua oitiva.

A simplificação da linguagem, portanto, se faz ainda mais necessária quando o processo já está em andamento, de forma a permitir que haja a postulação adequada, a defesa específica, a coleta de provas eficiente e a sentença baseada em atos processuais que foram praticados com a perfeita compreensão das partes.

Nesse sentir, relevante analisar interessante proposição endereçada aos magistrados brasileiros na pesquisa **QUEM SOMOS. A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS**, disponibilizada no site da AMB (www.amb.com.br), cujo objetivo foi:

Traçar um quadro amplo da magistratura, da sua relação com o Direito e com o sistema de justiça, da sua rotina profissional e condições de trabalho, a fim de contribuir para o aprimoramento institucional do Poder Judiciário, para o enfrentamento dos problemas que afetam o desempenho do juiz e para o melhor atendimento à sociedade¹⁰.

Desenvolvida em 2018 pelos sociólogos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos, da Pontifícia Universidade

9 SOUZA, José Barcelos de. (2005). **Linguagem jurídica**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/12908/linguagem-juridica>>. Acesso em: 23 jul.2020.

10 AMB, **Quem somos**. A Magistratura que queremos, Nov. 2018. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf>. Acesso 31 jul. 2020.

Católica do Rio de Janeiro, em parceria com a AMB, o trabalho resultou no catálogo concluído em novembro de 2018. Dentre os vários e relevantes questionamentos endereçados aos magistrados brasileiros um deles se relaciona ao uso da linguagem pelos juízes durante as audiências: *É desejável que se faça uso de uma linguagem acessível durante as audiências e sessões, de modo a que todos os presentes compreendam o que está sendo discutido*. Responderam à enquete 2.763 juízes de primeiro grau em atividade; 347 juízes de segundo grau em atividade; 399 juízes e desembargadores inativos e 20 ministros de tribunais superiores. Para melhor visualização dos resultados, a seguir são transcritas as tabelas, tal como constam no catálogo mencionado.

Questão 21: As proposições abaixo se referem ao ambiente de trabalho dos(as) magistrados(as). Assinale seu grau de concordância com cada uma delas

É desejável que se faça uso de uma linguagem acessível durante as audiências e sessões, de modo a que todos os presentes compreendam o que está sendo discutido

Tabela 21.1 – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	18 0,7%	0 0,0%	0 0,0%	0 0,0%	18 0,7%
Discorda pouco	42 1,7%	3 1,6%	2 1,6%	1 6,7%	48 1,7%
Concorda pouco	249 10,2%	26 13,6%	12 9,4%	0 0,0%	287 10,4%
Concorda muito	2121 87,3%	162 84,8%	113 89,0%	14 93,3%	2410 87,2%
Total	2430 100,0%	191 100,0%	127 100,0%	15 100,0%	2763 100,0%

Tabela 21.2 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	3 1,0%	0 0,0%	0 0,0%	0 0,0%	3 0,9%
Discorda pouco	7 2,4%	1 6,7%	0 0,0%	0 0,0%	8 2,3%
Concorda pouco	47 16,1%	7 46,7%	3 8,8%	1 16,7%	58 16,7%
Concorda muito	235 80,5%	7 46,7%	31 91,2%	5 83,3%	278 80,1%
Total	292 100,0%	15 100,0%	34 100,0%	6 100,0%	347 100,0%

Tabela 21.3 – JUÍZES E DESEMBARGADORES INATIVOS

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	2 0,6%	0 0,0%	0 0,0%	0 0,0%	2 0,5%
Discorda pouco	4 1,2%	0 0,0%	2 4,4%	0 0,0%	6 1,5%
Concorda pouco	33 10,0%	1 5,6%	2 4,4%	3 42,9%	39 9,8%
Concorda muito	290 88,1%	17 94,4%	41 91,1%	4 57,1%	352 88,2%
Total	329 100,0%	18 100,0%	45 100,0%	7 100,0%	399 100,0%

O resultado da pesquisa comprova a preocupação dos juízes com a simplificação da linguagem utilizada nas audiências, de forma que possam todos que dela participam efetivamente compreender o que está sendo discutido. As partes, no processo, não desejam apenas obter sucesso em sua pretensão ou defesa, querem entender o que foi decidido, pois somente assim conseguem *sentir* a justiça da decisão ou mesmo dela discordar. Observe-se que *concordaram muito* com a proposição 87,2% dos juízes de primeiro grau em atividades, 80,1% do juízes de segundo grau em atividade, 88,2% dos juízes e desembargadores inativos e 85% dos ministros de tribunais superiores.

A simplificação da linguagem jurídica, repita-se, não resulta necessariamente em perda da técnica ou em imprecisão terminológica, desde que haja harmonização entre o termos técnicos e o bom uso da língua portuguesa. Não se busca eliminar a utilização de termos que tragam ao enunciado precisão e certeza, até mesmo porque são requisitos necessários para salvaguardar a segurança jurídica. Apenas

se recomenda sejam adotadas, quando possível, palavras com mesmo significado, porém, mais conhecidas da maioria das pessoas.

Não pode o Direito em situação nenhuma abrir mão da norma culta, ao lado da linguagem técnica. Para se tornar amplamente acessível, a linguagem do Direito não tem que se tornar coloquial.

É certo que, como ciência, o Direito tem linguagem própria, mas é necessário que ela também seja instrumento de comunicação.

A linguagem só existe como realização social. Se um determinado texto não passa de um amontoado de termos técnicos e misturados a um vasto juridiquês, regado a rebuscamentos, o cidadão, que é o outro na ponte do diálogo, não existe, e desse modo a linguagem perde a razão de ser. Ao se escolher um vocabulário obsoleto e estereotipado para compor um texto jurídico, há uma correspondência com mecanismos de conservação, inclusive das desigualdades sociais que uma ordenação institucional sustenta, e levando-se em conta toda a discussão sobre participação democrática e cidadã, conclui-se que a linguagem jurídica – rebuscada, obsoleta, impregnada de arcaísmos e latinismos – não contempla os ideais constitucionais de igualdade e democracia, impactando, em grande medida, o acesso à Justiça¹¹.

Vários órgãos do Poder Judiciário e entidades de classe, sensíveis à necessidade de simplificação da linguagem jurídica, lançaram campanhas que nem sempre despertaram a merecida atenção. Algumas iniciativas podem ser citadas, como se segue.

Em 2005 a AMB lançou a *Campanha de Simplificação da Linguagem Jurídica*, cuja ideia central era a de que *ninguém valoriza o que não conhece*. Apontava para a necessidade de uma *reeducação linguística* nos tribunais e nas faculdades de Direito, na busca por uma linguagem clara, direta e objetiva. A entidade via a linguagem jurídica como um desafio a ser enfrentado pelo Poder Judiciário para que pudesse se aproximar dos cidadãos. Ao escrever sobre o lançamento na *Tribuna do Direito*, o desembargador Rodrigo Collaço, então presidente da Associação de Magistrados Brasileiros, deu exemplo do juridiquês que se buscava combater:

11 MAIA, Jeissiany Batista; SILVA, Eduardo Alves da; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Impactos da (in)compreensão da linguagem forense e os desafios do acesso à justiça. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Unijuí, Ano XXVII, n. 50, jul./dez. 2018. ISSN 2176-6622 Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>>. Acesso em 26 jul. 2020.

O vetusto vernáculo manejado no âmbito dos excelsos pretórios, inaugurado a partir da peça ab ovo, contaminando as súplicas do petítório, não repercute na cognoscência dos freqüentadores do átrio forense. (...) Hodiernamente, no mesmo diapasão, elencam-se os empreendimentos in iudicium specialis, curiosamente primando pelo rebuscamento, ao revés do perseguido em sua prima gênese. (...) Portanto, o hercúleo despendimento de esforços para o desaforamento do “juridiquês” deve contemplar igualmente a Magistratura, o ínclito Parquet, os doutos patronos das partes, os corpos discentes e docentes do Magistério das ciências jurídicas.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dentro do programa conhecido como *Conhecendo o Judiciário*, publicou a cartilha *O TJ Responde*¹², com o objetivo de “tornar a linguagem jurídica mais acessível para aproximar o Poder Judiciário do cidadão”. Buscou-se permitir melhor entendimento da linguagem jurídica, *traduzindo vocábulos* e termos comumente utilizados no meio jurídico.

Com o lema *Justiça Fácil*, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba instituiu em sua página eletrônica um mecanismo que consistia em uma caixa, contendo várias expressões utilizadas nas movimentações processuais, quando consultadas por meio eletrônico. Para cada expressão foram disponibilizados vários significados, permitindo melhor compreensão do usuário, que, muitas vezes, ao consultar o andamento de seu processo, não conseguia entender as expressões exibidas¹³.

Outras iniciativas, do Poder Judiciário, que podem ser mencionadas são a criação de veículos próprios de comunicação, a exemplo das Rádio e TV Justiça, assim como os boletins de notícias nos sites dos tribunais, que divulgam as principais decisões proferidas. Por meio da Rádio e TV Justiça é possível acompanhar julgamentos em tempo real, o que encurta a distância entre o cidadão e o Poder Judiciário. Se ainda não é possível ao público em geral apreender a linguagem utilizada nos julgamentos, geralmente após as sessões, ou em seus intervalos, são apresentados análise e comentários, realizados por profissionais da área jurídica, no mesmo canal, *traduzindo* o direito para o cidadão comum. Os boletins, por seu turno, transmitem as notícias jurídicas de forma adequada e correta, com linguagem acessível, mostrando-se ao alcance do jurisdicionado leigo, e também para os profissionais do Direito, como fonte de pesquisa confiável.

12 Disponível em:

<<https://www.tjmg.jus.br/data/files/C1/42/15/52/5D43B510F6A902B5480808A8/TJ%20RESPONDE.pdf>>. Acesso em 31 jul. 2020.

13 Na data em que este artigo está sendo redigido (31/07/2020) o mecanismo não se encontra mais em funcionamento, pelo que se infere em consulta realizada no site do Tribunal, sendo feita a menção à campanha para exemplificar tentativas institucionais em prol da acessibilidade ao Poder Judiciário por meio da simplificação da linguagem jurídica.

Interessante mencionar projeto de lei apresentado no ano de 2006, pela então deputada Maria do Rosário (PT), propondo alteração do art. 458 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹⁴, de molde a tornar a sentença compreensível por todos:

Art. 458.....

IV — a reprodução do dispositivo da sentença em linguagem coloquial, sem a utilização de termos exclusivos da Linguagem técnico-jurídica e acrescida das considerações que a autoridade Judicial entender necessárias, de modo que a prestação jurisdicional possa ser plenamente compreendida por qualquer pessoa do povo.

§ 1º A utilização de expressões ou textos em língua estrangeira deve ser sempre acompanhada da respectiva tradução em língua portuguesa, dispensada apenas quando se trate de texto ou expressão já integrados à técnica jurídica.

Nem todos, entretanto, são favoráveis à simplificação da linguagem jurídica. Interessante artigo foi escrito por Bias Arrudão (2005)¹⁵. Nele foram expressas opiniões de profissionais favoráveis e contrários à campanha então lançada pela AMB, em favor da simplificação da linguagem jurídica, como se segue.

A professora da Universidade Paulista de Sorocaba (Unip), Héli de Santos Campos, se posicionou de forma favorável:

Sou professora de linguagem jurídica há sete anos e durante todo esse tempo tenho mostrado aos meus alunos aquilo que é técnico, preciso, exato e aquilo que é desnecessário, supérfluo, arcaico, rebuscado, que não traz nenhuma contribuição ao texto em si. No começo, tudo era muito polêmico. Hoje, com essa campanha, vejo que muitos juristas estão repensando o fato de a língua ser um código social vivo, que sofre alterações e que não pode parar no tempo.

Afirma a professora que apresenta aos seus alunos textos rebuscados e prolixos, discute-os e apresenta-lhes “*sinônimos, palavras que transmitem o mesmo significado, porém de modo mais acessível a eles e ao cidadão comum, que não pertence à área do Direito*”. Para atingir esse objetivo “*parágrafos são eliminados,*

14 O PL chegou a ser aprovado pela Câmara em 2010, por meio de um substitutivo do então deputado José Genoíno (PT-SP). Mas foi arquivado quando chegou ao Senado, em dezembro de 2010, porque a Casa havia acabado de aprovar o projeto de novo Código de Processo Civil (que se encontrava para análise dos deputados).

Fonte: Agência Senado

15 ARRUDÃO, Bias. Veja o debate sobre a rebelião contra o idioma forense. *Pompa e circunstância. Revista Consultor Jurídico*. 16 nov. 2005 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-nov-16/idioma_forense_encontra_resistencia_junto_populacao>, Acesso em 23 jul. 2020

repetições desnecessárias dão lugar à ênfase, mas com palavras mais fáceis. O texto fica enxuto, sem que seu sentido seja prejudicado e sem que os termos técnicos sejam deixados de lado”.

Márcio Chaer, jornalista e diretor de redação da Revista Consultor Jurídico, argumenta que o perigo da simplificação da linguagem é exceder na dose:

Não é desejável que conceitos jurídicos construídos e aperfeiçoados ao longo de séculos sejam simplificados, como faz a imprensa quando noticia que o STF mandou a CPI do Mensalão obedecer ao princípio que desobriga o cidadão a não se incriminar. A tradução de que ‘a Justiça autorizou o acusado a mentir’ é uma atrocidade”, diz. “Pode ter facilitado a compreensão, mas além de trair o sentido original do conceito, enganou o cidadão. Teria sido melhor que ele ficasse na ignorância! Não é preciso dizer que essa simplificação grosseira em nada contribuiu para melhorar a imagem do Judiciário junto à sociedade.^{16”}.

A simplificação almejada não pode comprometer a linguagem própria, inerente à Ciência do Direito, como já mencionado anteriormente. Como explanado pela professora Héliide, “os termos técnicos têm de ser mantidos, pois têm significados próprios, singulares. Já os termos rebuscados, os arcaísmos, podem ser substituídos por palavras mais simples sem prejuízo do significado do texto.”

Simplicidade e tecnicismo não se excluem. Tome-se como exemplo a referência à peça processual que dá início ao processo: petição inicial. Expressão facilmente compreensível pela maioria das pessoas e absolutamente técnica, muitas vezes, é referida de forma rebuscada pelas partes, como: peça-ovo, peça incoativa, peça increptória, peça vestibular, petição de intróito, prologal, exordial.

A linguagem jurídica rebuscada ainda é exigida em muitos cursos de Direito pelo Brasil agora. Ainda há o mito de que *falar difícil* é inerente aos operadores do Direito. De forma jocosa Bias Arrudão, no artigo mencionado, apresenta a seguinte situação hipoteticamente ocorrida em sala de aula:

Um professor perguntou a um de seus alunos do curso de Direito:

“Sr. Paulo, se o Sr. quiser dar a Epaminondas uma laranja, o que deverá dizer?”

O estudante respondeu: “Aqui está, Epaminondas, uma laranja para você”.

16 Margarida Lages explora de forma interessante a comunicação entre Judiciário e a imprensa no artigo “Os desafios da linguagem jurídica para uma comunicação eficiente” (Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.55, n.85, p.169-208, jan./jun.2012), analisando como simplificar a linguagem jurídica sem desvirtuá-la.

O professor gritou, furioso: “Não! Não! Pense como um operador do Direito!” O estudante respondeu: “OK. Então eu diria: ‘Eu, por meio desta, dou e concedo a você, Epaminondas de tal, CPF e RG números tais, e somente a você, a propriedade plena e exclusiva, inclusive benefícios futuros, direitos, reivindicações e outras vindicações, títulos, obrigações e vantagens no que concerne à fruta denominada laranja em questão, juntamente com sua casca, sumo, polpa e sementes, transferindo-lhe todos os direitos e vantagens necessários para espremer, morder, cortar, congelar, triturar, descascar com a utilização de quaisquer objetos e de outra forma comer, tomar ou de qualquer forma ingerir a referida laranja, ou cedê-la com ou sem casca, sumo, polpa ou sementes, e qualquer decisão contrária, passada ou futura, em qualquer petição, ou petições, ou em instrumentos de qualquer natureza ou tipo ficam assim sem nenhum efeito no mundo cívico e jurídico, valendo este ato entre as partes, seus herdeiros e sucessores, em caráter irrevogável e irretratável, declarando Paulo que o aceita em todos os seus termos e conhece perfeitamente o sabor da laranja, não se aplicando ao caso o disposto no Código do Consumidor”.

E o professor então comenta: “Melhorou bastante, mas o Sr. não deve ser tão conciso...”

Exemplifica o multicitado artigo, ainda, com dois textos jurídicos autênticos, como é possível transmitir a mesma ideia de formas absolutamente diferentes. Os textos foram apresentados na versão original, em *juridiquês* e depois simplificados, respectivamente pela professora Héli de Santos Campos e pelo advogado Sabatini Giampietro Netto:

— *V. Ex^a, data maxima vênia, não adentrou às entranhas meritórias doutrinárias e jurisprudenciais acopladas na inicial, que caracterizam, hialinamente, o dano sofrido.*

— *V. Ex^a não observou devidamente a doutrina e a jurisprudência citadas na inicial, que caracterizam, claramente, o dano sofrido.*

— *Com espia no referido precedente, plenamente afincado, de modo consuetudinário, por entendimento turmário iterativo e remansoso, e com amplo supedâneo na Carta Política, que não preceitua garantia ao contencioso nem absoluta nem ilimitada, padecendo ao revés dos temperamentos constritores limados pela dicção do legislador infraconstitucional, resulta de meridiana clareza, tornando despicienda maior peroração, que o apelo a este Pretório se compadece do imperioso*

prequestionamento da matéria abojada na insurgência, tal entendido como expressamente abordada no Acórdão guerreado, sem o que estéril se mostrará a irresignação, inviabilizada ab ovo por carecer de pressuposto essencial ao desabrochar da operação cognitiva.

— Um recurso, para ser recebido pelos tribunais superiores, deve abordar matéria explicitamente tocada pelo tribunal inferior ao julgar a causa. Isso não ocorrendo, será pura e simplesmente rejeitado, sem exame do mérito da questão.

Talvez não seja possível a todos entenderem os textos *simplificados*, mas certamente são bem mais acessíveis que os textos recheados de *juridiquês*.

Decorridos quinze anos da campanha pela simplificação da linguagem jurídica, empreendida em 2005, a AMB encomendou nova pesquisa, **Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro**¹⁷, à Fundação Getúlio Vargas (FGV), coordenada pelo presidente do Conselho Científico do Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe). Publicada em dezembro de 2019 (o estudo foi realizado entre agosto de 2018 e dezembro de 2019), apurou-se que 87% das pessoas ouvidas (em um universo de 2.000 entrevistados) ainda consideravam *a linguagem jurídica pouco compreensível*.

Se a finalidade da palavra, seja ela escrita ou verbal, é a transmissão de ideias, que ela possa ser lida/ouvida e *compreendida* pelas pessoas, como disse José Ricardo Alvarez Vianna¹⁸:

Em suma, foi-se o tempo que escrever difícil causava boa impressão. Hoje, boa impressão causa quem se faz compreendido. O que não é fácil. Exige constante aprimoramento técnico, dedicação, paciência, método e leitura. Boa Leitura. Afinal, escrever é uma arte e "simplificar é preciso!" Como disse Lord Henry Wotton, na obra "*The picture of Dorian Gray*" (O Retrato de Dorian Gray), de Oscar Wilde: "*Our proverbs want rewriting. They were made in winter, and it is summer now*" ("Nossos provérbios querem ser reescritos. Eles foram feitos no inverno e nós estamos no verão").

17 AMB, FGV, IPESPE. **Estudo da imagem do judiciário brasileiro** - Sumário executivo. Dez. 2019, p. 28. Disponível em:

<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

18 VIANA, José Ricardo Alvarez. **Simplificação da linguagem jurídica**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11230/simplificacao-da-linguagem-juridica>>. Acesso em: 27 jul 2020.

É necessário reconhecer que a modernização da linguagem já existe de forma incipiente no mundo jurídico, mas ainda há um longo caminho a percorrer para superar a barreira linguística que torna o Poder Judiciário inalcançável para o cidadão. Espera-se que a norma culta seja o padrão linguístico na área jurídica, a começar pela formação acadêmica.

Como exemplo da preocupação com a formação do profissional em Direito, destaca-se a iniciativa da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, que implantou o Exame de Proficiência em Língua Portuguesa, aplicado a alunos do sexto ou sétimo período.

O exame, de natureza comunicativa, busca aferir a capacidade de uso da língua em situações formais de comunicação. Evidentemente, o conhecimento das regras de funcionamento da língua na modalidade culta escrita (ou seja, da gramática normativa) é importante na construção de um texto bem elaborado, portanto esse domínio também será levado em conta na avaliação do desempenho do aluno. Entretanto, com base em uma visão de linguagem como ação conjunta de participantes para fazer algo (com um propósito social), considerando língua e cultura como indissociáveis, o conceito que fundamenta o exame consiste no uso adequado da língua para desempenhar ações no contexto acadêmico e profissional. Nesse caso, a prática da linguagem tem de levar em conta as condições de produção, o propósito e o(s) interlocutor(es) envolvido(s) na interação com o texto escrito.¹⁹.

Louvável iniciativa da PUC-RS no sentido de preparar os futuros profissionais para a função social do Direito. É certo que outras faculdades de Direito tem optado por este modelo, mas a utilização da norma culta (eliminação do *juridiquês*) deveria ser padrão, a ser praticado por todas as instituições de ensino superior.

4 Considerações finais

Para que os homens possam viver em sociedade, com segurança e justiça, faz-se necessária a atuação do Direito, que se adapta e se renova sempre para acompanhar a evolução dos fatos sociais. Tal ocorre por meio das normas jurídicas, em que os homens devem pautar os seus comportamentos.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.pucrs.br/humanidades/exames-de-proficiencia/>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Torna-se difícil para qualquer pessoa submeter-se às normas jurídicas se não as conhece, principalmente se não as compreende. Para que o cidadão possa conhecer e reivindicar/defender os direitos regulados pelas normas jurídicas, é preciso que estejam redigidas de forma compreensível. A linguagem, escrita ou não, é o meio mais utilizado para a comunicação dos seres humanos. Pode ser instrumento que agrega as pessoas, mas também pode afastá-las, segregá-las.

Em nada contribui o Direito que adormece na letra fria da lei, que as pessoas não conseguem acessar porque a linguagem adotada está muito além da sua compreensão, estranha à realidade do cidadão.

Do mesmo modo, o processo, instrumento de pacificação social, muitas vezes assim não atua, porque as partes não conseguem entender o que se discute ou mesmo os termos da sentença proferida. Por isso a necessidade de se democratizar o acesso à linguagem jurídica. Legisladores e operadores do Direito devem cuidar para que as normas, peças e atos processuais sejam produzidos em linguagem direta, com palavras de uso comum, sem excesso de expressões arcaicas ou latinas, evitando rebuscamento.

Mais do que simplificar a linguagem, o Direito deve se esforçar por torná-la clara, compreensível. Talvez o simples seja percebido como coloquial e essa não deveria ser a identidade da linguagem jurídica, que deve descer do ultrapassado (pedante, jurássico) pedestal até o nível da norma culta da Língua Portuguesa, sem com isso achincalhar-se, adotando o coloquial do iletrado. Nesse sentido são louváveis as iniciativas de alguns órgãos do Judiciário e entidades de classes, notadamente AMB, que há alguns anos se empenham em sensibilizar seus membros para desenvolver a acessibilidade da linguagem, como forma de legitimar e democratizar o Direito.

5 Referências bibliográficas

AMB, FGV, IPESPE. **Estudo da imagem do judiciário brasileiro** - Sumário executivo. Dez. 2019, p. 28. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf>.

AMB, **Quem somos**. A Magistratura que queremos, Nov. 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARRUDÃO, Bias. Veja o debate sobre a rebelião contra o idioma forense. *Pompa e circunstância*. **Revista Consultor Jurídico**. 16 nov. 2005.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2005-nov-16/idioma_forense_encontra_resistencia_=_junto_populacao>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao alcance de todos**: noções básicas de juridiquês. 1 ed. Brasília: Ediouro, 2005.

CHARLEAUX, João Paulo. Por que juízes, desembargadores e advogados falam tão difícil. **Nexojornal**. Disponível em:

<<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2018/01/24/Por-que-ju%C3%AAdes-desembargadores-e-advogados-falam-t%C3%A3o-dif%C3%Adcil>>.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**, São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960.

LAGES, Margarida. Os desafios da linguagem jurídica para uma comunicação eficiente. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.55, n.85, jan./jun.2012.

MAIA, Jeissiany Batista; SILVA, Eduardo Alves da; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Impactos da (in)compreensão da linguagem forense e os desafios do acesso à justiça. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Unijuí, Ano XXVII, n. 50, jul./dez. 2018. ISSN 2176-6622 Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>>.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OITICICA, José. **Manual de estilo**. 8. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959.

PUC-RS. **Exames de Proficiência**. Disponível em:

<<http://www.pucrs.br/humanidades/exames-de-proficiencia/>>.

SOUZA, José Barcelos de. (2005). **Linguagem jurídica**. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/12908/linguagem-juridica>>.

VIANA, José Ricardo Alvarez. **Simplificação da linguagem jurídica**. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/11230/simplificacao-da-linguagem-juridica>>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RODRIGUES, Luiz. Pequeno ensaio sobre a função da linguagem e o fenômeno jurídico. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI, n.240, 15.01.07.

AÇÕES AFIRMATIVAS E RACISMO ESTRUTURAL: A LEGALIDADE DE ANÚNCIOS DE EMPREGOS DIRIGIDOS EXCLUSIVAMENTE A PESSOAS AUTODECLARADAS NEGRAS

Igor Sousa Gonçalves¹

Mestrando em Direito – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista CAPES. Pesquisador vinculado ao Programa de Ensino, Pesquisa e Extensão – RECAJ/ UFMG.

RESUMO

Este artigo propõe uma releitura do Direito do Trabalho, buscando demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro respalda o combate ao racismo estrutural. Como marco teórico desta pesquisa, destaca-se a compreensão de que o racismo é sempre estrutural – ainda que se manifeste de forma individual ou institucional. Para tanto, adotou-se como estratégia metodológica o estudo de caso do Processo Seletivo de Trainee exclusivamente para negros realizado pela empresa Magazine Luiza (2020/2021). Discutiu-se, assim, a legalidade deste tipo de ação afirmativa no âmbito das relações privadas, concluindo-se que a legislação nacional não só admite, como recomenda esse tipo de ação empresarial.

Palavras-chave: Racismo estrutural; Ações Afirmativas; Igualdade; Empresas e Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

A normatização internacional traz um conceito aberto de discriminação como qualquer conduta tendente a negar ao trabalhador, em face de critério injustamente desqualificante, a igualdade de oportunidade com os demais (art. 1º, b, da Convenção 111, da OIT), conceito este acolhido no art. 1º da Lei 9.029/95. O seu combate é, outrossim, reconhecido como obrigação fundamental dos Estados (Declaração de Princípios e Direitos

Fundamentais no Trabalho de 1998 item 2, “d”); Convenções 100 e 111, além da recomendação 111 da OIT).

No que tange à discriminação racial, esta remonta a utilização secular da mão de obra negra escrava e a construção histórica que atribui ao negro o estereótipo da inferioridade. Nesse diapasão, assume especial importância a legislação internacional sobre o tema: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1966 e a própria Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância de 2013 – esta, ainda não ratificada pelo Brasil, mas que pode ser considerada como fonte integrativa do Direito do Trabalho, nos termos do art. 8º da CLT.

Na legislação doméstica, ressalte-se os artigos 3º; 5º; 461 e 373-A da CLT, o Estatuto da Igualdade Racial, que exige a implementação de políticas públicas para inclusão da população negra no mercado de trabalho, a Lei 7716/89 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, na esteira dos artigos 5º, caput, XLI, XLII da Constituição Federal.

Com efeito, este artigo buscará demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro respalda o combate à discriminação estrutural – distribuição desigual de benefícios, oportunidades ou recursos entre distintos grupos raciais – de tal forma que se propõe uma releitura do direito do trabalho a partir do reconhecimento de que este não pode perder de vista os conceitos de raça e racismo, que determinaram e continuam ditando a constituição política e econômica das sociedades contemporâneas¹.

Nesse sentido, adotou-se como marco teórico nesse artigo o pressuposto de que o racismo é sempre estrutural – ainda que se manifeste de forma individual ou institucional, conceitos que serão abordados neste artigo. Para tanto, adotou-se como estratégia metodológica o estudo de caso do Processo Seletivo de Trainee exclusivamente para negros realizado pela empresa Magazine Luiza (2020/2021). Discutiu-se, assim, a legalidade deste tipo de ação afirmativa no âmbito das relações privadas, tendo como ponto de partida o conceito de racismo estrutural.

¹ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 19.

2. DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL E O IMPACTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Declaração da UNESCO sobre Raça e os Preconceitos Raciais de 1978 reconhece que “todos os povos do mundo estão dotados das mesmas faculdades que lhes permitem alcançar a plenitude do desenvolvimento intelectual, técnico, social, econômico, cultural e político.” Outrossim, a própria Declaração ressalta que eventuais diferenças entre os povos “são explicadas totalmente por fatores geográficos, históricos, políticos, sociais e culturais” e não podem servir de pretexto para hierarquização das nações e dos povos.²

Não obstante a impossibilidade de invocação da superioridade ou inferioridade intrínseca de grupos raciais, é possível, sim, se falar em raça, que se apresenta como fator político importante utilizado para naturalizar as desigualdades. Nesse diapasão, o conceito de raça é extraído a partir de dois registros básicos e que se complementam: o traço biológico, em que a identidade racial é atribuída a algum traço físico, como a cor de pele; e o traço étnico-cultural; que diz respeito à língua, região-geográfica e cultura.³ O “ser branco” e o “ser negro” são, portanto, construções sociais que decorrem de privilégios ou privações sociais, econômicas ou políticas.

Nesse sentido, o racismo é entendido como “uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens para certos grupos”.⁴ Diferente do preconceito, que é um julgamento prévio que se faz das pessoas e opera no âmbito da

² UNESCO. Declaração da UNESCO sobre a Raça e os Preconceitos Raciais. Paris, 1978. Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho/ Edson Beas Rodrigues Jr., organizador. –, 4ª ed. Ampl. – São Paulo, LTr, 2019.

³ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 24.

⁴ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural?. Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 25.

subjetividade e no plano íntimo e da discriminação – externalização do preconceito – e que pode se operar de forma direta ou indireta.

A discriminação direta é aquela em que há real intenção de discriminar - ainda que de forma oculta. A discriminação pode ser, ainda, indireta, decorrendo de critérios aparentemente neutros, mas que, na prática, acarretam desvantagem para grupos ou pessoas (art. 2º da Convenção Interamericana contra a discriminação racial e outras formas correlatas de intolerância - 2013). Não é necessário aqui a presença do elemento subjetivo - dispensando a intencionalidade. É inspirada na teoria do impacto desproporcional (*Disparate Impact Doctrine*)⁵ e está incluída no conceito aberto de discriminação consignado no art. 1, b) da Convenção 111 da OIT.

Voltando ao conceito de racismo, este pode ser analisado sob o ponto de vista individual, institucional ou estrutural. Sob a perspectiva individual, o racismo é visto como uma patologia atribuído a grupos isolados. Sob o ponto de vista institucional parte-se da ideia de que da forma como as instituições são postas, privilegia-se brancos em detrimento de negros. A exemplificar, cita-se a exigência de “boa aparência”, na prática, atrelada a características estéticas de pessoa brancas. Por sua vez, a perspectiva estrutural do racismo decorre da compreensão de que os comportamentos individuais e os processos institucionais são consequências de estruturas sociais, econômicas e políticas de dominação.⁶

O racismo nas instituições, com efeito, nada mais é do que uma materialização do racismo na sociedade. Por sua vez, as próprias manifestações isoladas e perversas de racismo são também “derivados de uma sociedade cujo racismo é a regra, e não a exceção”.⁷

⁵ Na seara juslaboral, destaca-se o precedente "Griggs vs Duke Power Co", julgado pela Suprema Corte em 1971, em que se questionou prática promocional em empresa que realizava testes de inteligência, que desconsiderava as desiguais condições de ensino. Por meio de exigências aparentemente neutras, a empresa acabava por dar preferência aos brancos para a ocupação dos melhores postos de trabalho.

⁶ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018.

⁷ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 38.

O racismo, nesse sentido, é um sistema de opressão que nega direitos⁸, não se confundindo com as consequências dele advindas, como é o caso da atos individuais ou institucionais entendidos como formas de discriminação.

A negação do racismo (ideologia da democracia racial) sustenta-se pelo discurso da meritocracia exclusivamente pautado na igualdade em seu sentido formal. “Se não há racismo, a culpa pela própria condição é das pessoas negras que, eventualmente, não fizeram tudo o que estava ao seu alcance”.⁹ Nesse sentido, o discurso da meritocracia – quando não leva em conta fatores, como gênero, raça, idade, dentre outros – aprofunda, ainda mais, a desigualdade racial.

Tecidas essas considerações, importante destacar o papel do Direito do Trabalho, notadamente considerando a divisão racial do trabalho. De acordo com o PNAD (2019), pessoas negras recebem, em média, 45% a menos do que brancos; percentual que continua alto quando comparadas pessoas com curso superior (31%). Quando se compara unicamente mulheres brancas e negras, a diferença salarial chega a 70%¹⁰. Esses dados indicam que aos negros são atribuídas profissões com complexidade e remuneração menores (segregação horizontal). Ao mesmo tempo, cargos de chefia e de confiança, dificilmente, são ocupados por negros, ainda que possuam qualificação adequada (segregação vertical).

Na maioria das sociedades contemporâneas, os atos de discriminação direta são considerados ilegais e passíveis de sanção normativa.¹¹ Ocorre que a discriminação indireta

⁸ RIBEIRO, Djamila. Pequeno Manual Antirracista. Companhia das Letras, São Paulo, 2019, p. 12.

⁹ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 63.

¹⁰ FREIERE, Simone. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) 2019, de forma geral, há uma diferença salarial de 45% entre trabalhadores brancos e negros. Almapreta.com, 08 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.almapreta.com/editorias/realidade/racismo-e-causa-da-diferenca-salarial-de-31-entre-brancos-e-negros-com-ensino-superior-diz-pesquisa>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

¹¹ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 108.

– aquela que dispensa a intencionalidade – é normalmente ignorada pelo Direito, de tal forma que este pode acabar servindo como um instrumento para perpetuação do racismo.

A corroborar, relembre-se a política do “equal but separate” (iguais mas separados) chancelada pela Suprema Corte Americana (Caso Plessy vs Ferfuson, 1986), que permitia a separação de locais de uso público e privado entre pessoas negras e brancas. Foi a partir do caso “Brown x Board of Education”, em 1954, que a Suprema Corte estadunidense pôs fim ao “equal but separate”.

O reconhecimento da discriminação indireta pelo direito é posto como alternativa face à dificuldade de se enquadrar o crime de racismo e aplicar a legislação que prevê o seu combate.¹²

Ao mesmo tempo em que o Direito pode legitimar o racismo, pode, também, respaldar ações com o intuito de combatê-lo. É o caso das ações afirmativas que pressupõem a ideia de justiça corretiva e distributiva. Tais medidas foram consideradas constitucionais pela Suprema Corte Americana (Caso Regents of University of California vs. Bakke, 1978 e Grutter vs. Bollinger, 2003) e pelo Supremo Tribunal Federal (MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Galloti, a ADI 1.276/SP; Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches; ADPF 186, Ministro Ricardo Lewandowski).¹³

Historicamente, a luta antirracista valeu-se do Direito como estratégia de emancipação. Nesse sentido, cita-se o exemplo de Luiz Gama (1830-1882), ex-escravo, abolicionista e considerado um advogado autodidata que ajudou a libertar inúmeros escravos, mesmo antes da abolição da escravatura (Lei Áurea, 1988).¹⁴

¹² VARELLA, Santiago Valluh. Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho. Cadernos Gestão Pública e Cidadania / v. 15, n. 57, São Paulo: 2010.

¹³ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamilia Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 113.

¹⁴ FERREIRA, Lúcia Fonseca. Luiz Gama: um abolicionista leitor de Renan. Estud. Av. vol. 21, n. 60, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000200021>. Acesso em 19 de outubro de 2020.

A compreensão de que o racismo é sempre estrutural não isenta as instituições do dever de investir em políticas internas de combate ao racismo; de promover a diversidade nas relações com o público internas e externas; instituir ações afirmativas para minorias; manter espaços permanentes de debate e a abertura para alterações institucionais, sem prejuízo de políticas para a composição de conflitos raciais.¹⁵ Percebe-se, nesse sentido, que a mera presença de pessoas negras em espaços de poder não é suficiente para uma política efetiva de combate ao racismo nas instituições, todavia, é um primeiro passo a ser dado, constituindo-se atitude louvável o esforço empresarial no sentido de aumentar o número de pessoas negras em postos e posições de relevo.

3. PROGRAMA TRAINEE MAGAZINE LUIZA 2020/2021: A LEGALIDADE DA OFERTA DE VAGAS DIRIGIDAS EXCLUSIVAMENTE PARA PESSOAS AUTODECLARADAS NEGRAS

Ganhou destaque na mídia, no ano de 2020, o caso da oferta de vagas de Trainee pela empresa Magazine Luiza que estipulou dentre os requisitos para ingressar na vaga ser necessário que o candidato se autodeclare negro. Em virtude disso, noticiou-se na imprensa que o Ministério Público do Trabalho recebeu, ao menos, onze denúncias em face da empresa promotora da ação afirmativa, sob a alegação de “racismo reverso”, já que tal prática impediria o acesso à vaga de emprego por parte de cidadãos não autodeclarados negros.

Com efeito, discute-se: são válidas as ações afirmativas implementadas por empresas privadas e que condicionam o acesso ao emprego ao critério racial, notadamente em benefício de pessoas negras?

Prefacialmente, Sílvio Luiz de Almeida destaca que o termo “racismo reverso” é equivocado por si só, pois parte da ideia de que há um racismo “certo” ou “normal”. Para o autor, tal expressão é utilizada para deslegitimar demandas por igualdade racial, e decorre da vitimização “daqueles que se sintam prejudicados pela perda de alguns privilégios, ainda que

¹⁵ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamilia Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 37.

tais privilégios sejam apenas simbólicos e não se traduzam no poder de impor regras ou padrões de comportamento”¹⁶.

Nesse passo, importante o resgate do conceito de discriminação positiva, que é aquela relacionada a fator de *discrimen* albergado pela boa-fé, com o objetivo de se alcançar a igualdade efetiva entre brancos e negros, pela via do dever de inclusão. Essa inclusão é concretizada por meio das denominadas ações afirmativas – conjunto de medidas legais e de práticas sociais, especiais ou temporárias, destinadas a compensar uma situação de efetiva desigualdade, de tal modo a viabilizar o pleno gozo dos direitos fundamentais a sujeitos marginalizados.

De acordo com a Nota Técnica do Grupo de Trabalho “Raça” do Ministério Público do Trabalho (MPT), ações afirmativas são políticas públicas que podem ser implementadas tanto pelo governo quanto pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades dentre as quais as raciais.¹⁷ Neste mesmo sentido está o artigo 1º, parágrafo único, VI do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010).

É importante ressaltar que o artigo 4º do Estatuto da Igualdade Racial dispõe que:

Art. 4º. A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

(...)

II- adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa, dentre outras;

(...)

VI -“estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades

¹⁶ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 41.

¹⁷MPT. Nota Técnica GT de Raça. N. 001 de 2018. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-gt-de-raca-no-01/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em 19 de outubro de 2020.

*étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos.*¹⁸

Ainda, o art. 39 do referido Estatuto dispõe que o poder público incentivará a adoção de ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para população negra nas empresas e organizações privadas.

De acordo com o MPT, os objetivos constitucionais “não podem ser inviabilizados pela interpretação restritiva, não sistêmica e não teleológica de um artigo que foi criado justamente para inviabilizar a discriminação”. Tais ações afirmativas seriam compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio, já que constituem “condições sine qua non de efetivação da igualdade material”.¹⁹

Outro questionamento comumente feito é o de que as ações afirmativas raciais conduziriam à discriminação de pessoas não negras e pobres. Para Silvio Almeida, trata-se de um falso dilema, já que a negação da classe como categoria analítica não interessa a população negra.²⁰ Não se pode desconsiderar, todavia, que determinados sujeitos possuem demandas adicionais e próprias dentro das reivindicações de classe²¹.

Nesse diapasão, exsurge o conceito de interseccionalidade, o qual remonta ação judicial movida em face da General Motors, nos Estados Unidos (CRENSHAW, 1989, p.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm. Acesso em 20 de outubro de 2020.

¹⁹MPT. Nota Técnica GT de Raça. N. 001 de 2018. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-gt-de-raca-no-01/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em 19 de outubro de 2020.

²⁰ ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Coordenação: Djamilia Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018, p. 147.

²¹ FERNANDES, Florestan. Significado do protesto negro. São Paulo: Expressão popular. Perseu Abramo, 2017.

141), em que, para o cumprimento de ações afirmativas, a empresa contratava homens negros para o "chão de fábrica" e mulheres brancas para serviços intelectuais, em clara discriminação em relação às mulheres negras. Percebeu-se que, diante dessa sobreposição de opressões, é necessário um olhar atento à interseccionalidade.²²

No caso *Gonzales Lluy e outros vs Equador* (2015), a Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou pela primeira vez o conceito de interseccionalidade para análise de discriminação, num contexto de intersecção de múltiplos fatores de vulnerabilidade da vítima que era, ao mesmo tempo, criança, mulher, pessoa em situação de pobreza e que vive com HIV. A Corte afirmou que a discriminação baseada em raça, origem étnica, origem nacional, capacidade, classe socioeconômica, orientação sexual, identidade de gênero, religião, cultura, tradição e outras realidades, aumentam a probabilidade da criança de sofrer atos de violência e outras violações a seus direitos humanos (CORTE IDH, 2015).²³

Percebe-se, portanto, que a classe social dos indivíduos não é um elemento que deve ser desconsiderado. As medidas que visam à promoção da igualdade racial, nesse sentido, devem levar em conta esses múltiplos fatores, de tal forma permitir verdadeira transformação social. Isso não significa que as ações afirmativas que levam em consideração apenas o critério racial sejam ilegítimas. A partir do momento em que pessoas negras, sejam elas pobres ou ricas, assumem posições de destaque dentro das instituições, acabam servindo como exemplo, promovendo-se transformação cultural, simbólica e política pela via da representatividade.

Não por outra razão, o MPT lançou em 2005 o Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades (PPIOT) para todos do MPT, com o objetivo de reforçar a intenção de atuar ativamente na promoção da igualdade no mercado de trabalho, sobretudo pela via negocial. No desenrolar dos primeiros passos do PPIOT, entidades do setor bancário

²² CRENSHAW, K. W. "Demarginalizing the intersection of race and sex; a black feminist critique of discrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics". University of Chicago Legal Forum, pp. 139-167, 1989.

²³ CORTE IDH. Caso *Gonzales Lluy e outros Vs. Equador* (2015). Boletim Jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos/ Boletim n. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin4por.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2020.

negaram-se a celebrar Termo de Ajuste de Conduta com o MPT, o qual foi compelido a ajuizar ações civis públicas em face das instituições que descumpriam o dever de observância da isonomia entre a colocação no mercado de brancos e negros.²⁴

Ora, no caso em espécie, a empresa investigada buscou cumprir, espontaneamente, o seu dever constitucional de combater o racismo institucional em suas dependências, razão pela qual não seria coerente que o MPT desse prosseguimento nas investigações. É com base nestes apontamentos que o MPT tem arquivado denúncias realizadas em face da Magazine Luiza. De acordo com o *Parquet* trabalhista

tal tratamento diferenciado, como sói acontecer no processo seletivo, ora questionado, que reserva vagas de emprego à população negra em detrimento da população branca, revela uma discriminação positiva, não caracterizadora de ato ilícito, vez que fundada num fator de diferenciação (raça) plenamente válido, e legítimo, como elemento de reparação histórica da exclusão da população negra do mercado de trabalho digno, da falta de oportunidades de acesso ao emprego, da falta de igualdade de remuneração e dificuldade de ascensão profissional, quando comparado aos índices de acesso, remuneração e ascensão profissional da população branca, conforme a seguir será demonstrado, mediante estatísticas oficiais.

(...)

Isto porque a população negra se situa há tempos, conforme estatísticas oficiais acima apontadas, num patamar de evidente desarmonia em relação à pretensão de igualdade de oportunidades de acesso ao trabalho, remuneração e ascensão profissional, o que justifica e valida o tratamento diferenciado consistente em políticas de reserva de vagas de emprego às pessoas negras, como meio igualar grupos populacionais, cujas oportunidades de trabalho, em razão de um processo histórico e colonialista de escravidão e de um mal sucedido projeto estatal de abolicionismo, são materialmente desequilibradas em prol da população branca e em prejuízo da população negra.²⁵

²⁴ VARELLA, Santiago Valluh. Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho. Cadernos Gestão Pública e Cidadania / v. 15, n. 57, São Paulo: 2010.

²⁵MPT. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. Notícia de Fato nº: 005944.2020.02.000/0 - 108 Denunciada: MAGAZINE LUIZA S/A Objeto: 06.01.02.09.

Por fim, o MPT considerou que as ações afirmativas promovidas pela Magazine Luiza são compatíveis com os objetivos fundamentais da República brasileira, previstos nos incisos de I a IV do art. 3º da Constituição Federal, além de promoverem reparação histórica à população negra “vítima da escravidão colonialista e imperialista e deixada à própria sorte após um processo abolicionista meramente formal e fictício, que não foi capaz de promover uma real inserção das pessoas negras na vida econômica, cultural e social deste País”. Sob estes fundamentos, o Procurador do Trabalho Rafael Dias Marques considerou a inexistência de irregularidade no processo seletivo que reservou vagas às pessoas negras do Programa de Trainee da Magazine Luiza, indeferindo o pedido de investigação consubstanciada na Notícia de Fato nº: 005944.2020.02.000/0 – 108, encaminhada a Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região.²⁶

Nesse sentido, cabível retomar a afirmação de que o racismo será sempre estrutural – constituindo-se fator que determina a atuação dos indivíduos e das instituições. Essa constatação, no entanto, não pode surtir efeito paralisante. O silêncio e a omissão acerca do racismo nos tornam sujeitos ética e politicamente responsáveis pela perpetuação do racismo.²⁷ Dentre estes sujeitos não é possível a exclusão das empresas, notadamente considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF), da qual decorre a possibilidade de invocação dessas prerrogativas no âmbito das relações privadas (eficácia horizontal ou diagonal dos direitos humanos).

Origem, Raça, Cor ou Etnia. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/9/A31F6F1F36E0F3_Indeferimento_Magalu.pdf. Acesso em 20 de outubro de 2020.

²⁶MPT. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. Notícia de Fato nº: 005944.2020.02.000/0 - 108 Denunciada: MAGAZINE LUIZA S/A Objeto: 06.01.02.09. Origem, Raça, Cor ou Etnia. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/9/A31F6F1F36E0F3_Indeferimento_Magalu.pdf. Acesso em 20 de outubro de 2020.

²⁷ RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. Companhia das Letras, São Paulo, 2019, p. 13.

4. CONCLUSÃO

O racismo pode ser encarado como um instrumento de negação de direitos, mas também de perpetuação de privilégios. Ao se invocar o argumento do “racismo reverso” no caso das ações afirmativas empresariais, ignora-se todo um passado colonial que se exploração da mão de obra negra e escrava e a posterior ausência de políticas públicas de integração social de ex-escravos e seus descendentes.

Com efeito, o Estatuto da Igualdade Racial não deve ser entendido como conteúdo programático ou mera carta de intenções, sobretudo à luz da Constituição Federal (incisos de I a IV do art. 3º); tampouco o referido Estatuto deve ser entendido como parâmetro normativo dirigido apenas ao Estado. Assim sendo, considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e o dever de promoção e proteção destes por parte dos particulares, são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro as ações afirmativas dirigidas exclusivamente para pessoas autodeclaradas negras.

Por fim, é importante perceber que o combate ao racismo é um dever de todos – do Estado, das empresas e dos indivíduos. Segundo Djamila Ribeiro “pessoas brancas devem se responsabilizar criticamente pelo sistema de opressão que as privilegia historicamente, produzindo desigualdades, e pessoas negras podem se conscientizar dos processos históricos para não produzi-los”.²⁸

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Coordenação: Djamila Ribeiro. Ed. Letramento, Belo Horizonte, 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24

²⁸ RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista.** Companhia das Letras, São Paulo, 2019, p. 108.

de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm. Acesso em 20 de outubro de 2020.

CORTE IDH. **Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador (2015)**. Boletim Jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos/ Boletim n. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin4por.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2020.

CRENSHAW, K. W. “**Demarginalizing the intersection of race and sex; a black feminist critique of discrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics**”. University of Chicago Legal Forum, pp. 139-167, 1989.

FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Expressão popular. Perseu Abramo, 2017.

FERREIRA, Lígia Fonseca. **Luiz Gama: um abolicionista leitor de Renan**. Estud. Av. vol. 21, n. 60, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000200021>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

FREIERE, Simone. **Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) 2019, de forma geral, há uma diferença salarial de 45% entre trabalhadores brancos e negros**. Almapreta.com, 08 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.almapreta.com/editorias/realidade/racismo-e-causa-da-diferenca-salarial-de-31-entre-brancos-e-negros-com-ensino-superior-diz-pesquisa>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

MENDONÇA, Ana. **MPT rejeita 11 denúncias de racismo reverso contra o Magazine Luiza**. Estado de Minas, 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/09/24/interna_nacional,1188685/mpt-rejeita-11-denuncias-de-racismo-reverso-contra-o-magazine-luiza.shtml. Acesso em 19 de outubro de 2020.

MPT. Nota Técnica GT de Raça. N. 001 de 2018. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-gt-de-raca-no-01/@@display-file/arquivo.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

MPT. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. **Notícia de Fato nº: 005944.2020.02.000/0 – 108**. Denunciada: MAGAZINE LUIZA S/A Objeto: 06.01.02.09. Origem, Raça, Cor ou Etnia. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/9/A31F6F1F36E0F3_Indeferimento_Magalu.pdf. Acesso em 20 de outubro de 2020.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. Companhia das Letras, São Paulo, 2019.

UNESCO. **Declaração da UNESCO sobre a Raça e os Preconceitos Raciais**. Paris, 1978. Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho/ Edson Beas Rodrigues Jr., organizador. –, 4ª ed. Ampl. – São Paulo, LTr, 2019.

VARELLA, Santiago Valluh. **Ação afirmativa no emprego como combate à discriminação racial indireta: o caso das ações afirmativas jurídicas do Ministério Público do Trabalho**. Cadernos Gestão Pública e Cidadania / v. 15, n. 57, São Paulo: 2010.

DIREITOS HUMANOS, GÊNERO E RAÇA: diálogos com a Educação e a Ética

Alexsandra Moreira de Castro¹

José de Sousa Miguel Lopes²

RESUMO: À maneira de breves apontamentos, procura-se compreender a função da Educação frente aos desafios modernos. Diferenças, sexualidade, Direitos Humanos, gênero e raça são discutidos, buscando-se demonstrar o papel do estudo da Ética como disciplina autônoma, na matriz curricular dos cursos de Graduação³, a fim de possibilitar ferramentas de enfrentamento no multiverso das relações de poder, de força e de violência (física e simbólica), que possam ultrapassar as conhecidas disposições binárias e possibilitar voz aos/às marginalizados/as sociais, através da compreensão e do uso dos conceitos que os/as pesquisadores/as dos diversos campos (Filosofia, Antropologia, Direito, Psicologia, História etc.) conferem a esses vocábulos, como construções humanas histórico-discursivas.

PALAVRAS-CHAVE: Diferenças e sexualidade. Direitos humanos. Gênero e raça. Educação. Ética.

¹ Servidora do Município de Belo Horizonte à disposição do TRT3, atuando como secretária de audiência na 5ª VT/BH. Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997) e, em Direito, também pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002). Especialista em Direito Eleitoral, pelo Centro Universitário Newton Paiva. Mestranda em Educação pela Faculdade de Educação, da Universidade do Estado de Minas Gerais (FaE/UEMG), na linha de pesquisa Culturas, Memórias e Linguagens em Processos Educativos.

² Graduado em Pedagogia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestre em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995), doutor em História e Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e pós-doutor pela Universidade de Lisboa (2013). Professor no Mestrado em Educação na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Possui um blog <http://navegacoesnasfronteirasdopensamento.blogspot.com>. É o orientador de Mestrado da servidora.

³ Este texto foi produzido para a Disciplina Seminários de Temas Contemporâneos: feminismos, gênero e diferenças: questão e debates para a Educação, cursada no 1º semestre de 2019, e integra a dissertação da autora, cujo título é **ÉTICA E CURSOS DE PEDAGOGIA, DISCIPLINA AUTÔNOMA OU TEMÁTICA TRANSVERSAL?** que será defendida em março de 2021. Portanto, a expressão originalmente usada é “cursos de Pedagogia” aqui substituída por “cursos de Graduação”, vez que a Revista é de Direito e o que será aqui discutido vale também para as Faculdades de Direito.

INTRODUÇÃO:

Para a compreensão do que seja a função da Educação, é preciso pensá-la a partir de seus sujeitos, sejam eles governantes, educadores/as, educandos/as e seus/suas responsáveis (ainda que os educandos/as não sejam menores de idade, uma vez que todo ser humano é também um somatório de tudo e todos/as que o cercam), funcionários/as dos setores administrativos. É preciso pensar em como as pessoas se formam, constituindo-se como seres pensantes e sencientes. Ou seja, é necessário entender o processo de formação, não só educacional mas humano, nesse multiverso de relações de poder, de força e de violência (física e simbólica) – procurando ultrapassar as disposições binárias (homem e mulher, masculino e feminino, heterossexualidade e homossexualidade, normalidade e anormalidade).

Já nos perguntamos sobre o que nos faz/torna humanas e humanos e se existem regras que traçam a fronteira entre um corpo que importa e um corpo que pode ser desconsiderado e, por isso, violado/agredido.

Assim, trabalhar com sexualidade, Direitos Humanos, gênero e raça implica trabalhar com as diferenças, razão pela qual o texto inicia falando sobre elas.

O ESSENCIALISMO E AS DIFERENÇAS

O essencialismo é um conjunto de princípios filosóficos no qual individualidades – sejam pessoas ou coisas (como casas, plantas ou mesmo números) – possuem características essenciais, em todos os mundos possíveis, sem as quais essas individualidades não existiriam. Doutrina defendida por Aristóteles (Estagira, 384 a.C. – Atenas, 322 a.C.), caiu em desgraça/declínio com o surgimento da Ciência Moderna, pois o essencialismo pressupõe a ideia de que o mundo existe independentemente da maneira como é pensado/descrito. Declínio é a palavra e não desaparecimento, vez que o essencialismo ainda existe como argumento a justificar a noção de uma essência humana que supera limites histórico-sociais e culturais e a explicar o sistema da meritocracia.

Portanto, nessa linha de raciocínio, existiria uma essência humana, fixa e universal, que nos caracterizaria como seres humanos e como homem ou como mulher, independente das especificidades de cada sociedade, de cada cultura e de cada época.

Avtar Brah⁴, discute em seu texto intitulado *Diferença, diversidade, diferenciação* (2006), se existe, de fato, essencialismo humano. Ao revisar debates feministas, esclarece que a natureza humana não é essencial, mas socialmente produzida dentro da multiplicidade de relações de poder, porque existem diversos tipos de mulher (mulheres do Primeiro Mundo; mulheres do Terceiro Mundo; mulheres campesinas; mulheres urbanas; mulheres imigrantes...).

O signo “mulher” tem sua própria especificidade constituída dentro e através de configurações historicamente específicas de relações de gênero. Seu fluxo semiótico assume significados específicos em discursos de diferentes “feminilidades” onde vem a simbolizar trajetórias, circunstâncias materiais e experiências culturais históricas particulares. Diferença nesse sentido é uma diferença de condições sociais. (p. 341)

Brah também afirma que as feministas não ignoram "a biologia das mulheres, mas questionam ideologias que constroem e representam a subordinação das mulheres como resultado de suas capacidades biológicas" (BRAH, 2006, p. 342).

O que se debate é se ser mulher é possuir vagina e ser homem é possuir pênis.

Argumentação simplista, como algumas/uns querem fazer parecer e outros/as impuseram e continuam a impor⁵. E as categorias classificadas dentro do que ficou convencionalizado chamar LGBT?

Sigla cada vez mais empregada a partir da metade dos anos 1990 e fortemente ligada às políticas de identidade, *LGBT* possui muitas variantes, inclusive com ordens diferentes das letras. Em algumas delas, acrescenta-se um ou dois *T* (para distinguir travestis, transexuais e transgêneros). Em outras, um ou dois *Q* para “queer” e “questioning”, às vezes abreviado com um ponto de interrogação; *U* para “unsure” (incerto) e *I* para “intersexo”. No Brasil, empregam-se também o *S* (“simpatizantes”) e o *F* (“familiares”). Nos EUA: outro *T* (ou *TS* ou o número 2: “two-spirit”) e *A* (“aliados/as hetero”). A revista *Anything That Moves* (publicada entre 1990 e 2002) cunhou a sigla *FABGLITTER* (*fetish*, aliado/a, bissexual, gay, lésbica, intersexo, transgênero, *transsexual engendering revolution*), que não entrou no uso comum. (JUNQUEIRA, 2009, p. 15)

Se os diferentes tipos de feminismos não ignoram a Biologia e procuram entender as diversas formas de representação do que é ser mulher e, por consequência, do que é ser homem, eles estão inseridos em um espaço de contestação do chamado pensamento hegemônico (aquele eurocêntrico e contemporâneo que insiste em generalizar para qualquer época e espaço as suas teorias, conferindo-lhes caráter universal); espaço esse

⁴ Nasceu na Índia. Cresceu em Uganda, de onde fugiu com a família. Estudou nos EUA e morou na Inglaterra, onde se envolveu na militância em movimentos feministas e anti-racistas e em tentativas socialistas de imaginar um mundo democrático.

⁵ É importante refletir que o fato de uma pessoa nascer com o sexo feminino não significa que ela é mulher. Se assim fosse, não seria necessário o reforço constante e o uso de “punições” aos seres que não se enquadram no binômio vagina/mulher.

de contestação que pode estar imerso em processos e práticas discursivas colonialistas ou decolonialistas. Ou seja, para Brah "a experiência é o lugar da formação do sujeito" (BRAH, 2006, p. 360). Por isso, Avtar Brah não descarta o essencialismo estratégico, uma vez que a luta de grupos particulares, sobre questões específicas, não pode limitar confrontos amplos, que dizem respeito às lutas globais (como a subordinação dos seres ao homem-branco-europeu-heterossexual) e que mulheres brancas e mulheres negras, por exemplo, podem trabalhar juntas pela criação de feminismos não-racistas, afirmando uma diferença essencial no enfrentamento das opressões, em suas múltiplas faces.

É Brah quem pergunta, no mencionado texto:

Como a diferença designa o "outro"? Quem define a diferença? Quais são as normas presumidas a partir das quais um grupo é marcado como diferente? Qual é a natureza das atribuições que são levadas em conta para caracterizar um grupo como diferente? Como as fronteiras da diferença são constituídas, mantidas ou dissipadas? Como a diferença é interiorizada nas paisagens da psique? Como são os vários grupos representados em diferentes discursos da diferença? A diferença diferencia lateral ou hierarquicamente? (2006, p. 359)

É ainda ela quem apresenta quatro modos de se conceituar a diferença, podendo ser assim explicados:

- diferença como experiência, uma vez que a experiência é o lugar da formação humana; o lugar do discurso onde sujeitos e subjetividades são inscritos, renovados e desprezados;
- diferença como relação social, fruto de discursos econômicos, culturais e políticos e de práticas institucionais; entendida, portanto, como o processo que constrói as identidades de grupo;
- diferença como subjetividade, fragmentada e em constante processo, ao mesmo tempo social e individual;
- diferença como identidade, dentro da concepção de que todos/as têm diferentes identidades nas múltiplas relações de poder (ora somos dominantes e ora somos dominados/as). Intimamente ligada, portanto, à diferença como experiência, como relação social e como subjetividade, marcada "pela multiplicidade de posições de sujeito que constituem o sujeito" (BRAH, 2006, P. 371).

Observe-se: como a diferença também é construída, nem sempre ela é marcadora de hierarquia e de opressão; também pode ser espaço da igualdade pela diversidade.

Nesse contexto, o filme “A viagem” (título original *Cloud Atlas*)⁶, de 2012, premiado na Alemanha e nos Estados Unidos⁷, que, apesar de não ter tido a intenção de discutir as referidas questões, apresenta muitos de seus elementos.

A narrativa fílmica é composta de seis histórias e de um epílogo que ocorrem em lugares e épocas diferentes⁸. Mas, as histórias se entrelaçam, ainda que pareçam independentes, dado que apresentam elementos de conexão ao público mais atento.

Com enredo envolvente, empolgante e inusitado, os mesmos atores e as mesmas atrizes interpretam vários/as personagens, que ora são homens (bem diferentes uns dos outros, física e mentalmente), ora são mulheres (também bem diferentes entre elas. A título de ilustração: uma atriz com traços típicos orientais vive, em uma das histórias, uma personagem ocidental, com todas as suas características físicas. Ou seja, é preciso um exercício mental para se reconhecer os/as artistas através do figurino e da maquiagem.

É uma obra complexa, mas não confusa, que permite ao/à espectador/a fazer as conexões que a sua imaginação permitir. Com cenas envoltas em efeitos visuais e em ambientes imensos e coloridos, pode-se ver os/as personagens em situações do dia a dia e em sociedade, refletindo sobre suas vidas como protagonistas ou como antagonistas da História e agindo como sujeitos ou como objetos dos meios em que vivem.

O filme apresenta frases reflexivas (clichês para algumas/uns ou bandeira para outros/as). Destas frases, ditas pelos personagens, destacamos as seguintes, seguidas de breves comentários:

– "Medo, fé, amor. Fenômenos que determinam o curso de nossas vidas. Essas forças começam bem antes de nascermos e continuam após nossa partida!"

⁶ Classificado como ficção científica, conta com direção de Lana Wachowski, Tom Tykwer e Lilly Wachowski.

⁷ Melhor filme de design de produção, maquiagem, fotografia, edição e figurino (prêmios alemães, de 2013) e melhor filme de maquiagem pelo Critics' choice award, também conhecido como Broadcast Film Critics Association (BFCA – maior organização de críticos de cinema de Estados Unidos e Canadá).

⁸ 1ª Sul do Oceano pacífico, 1849 – aborda a escravidão de negros e os esforços abolicionistas;

2ª Cambridge, Inglaterra e Edimburgo, Escócia, 1936 – apresenta a produção/criação de uma música por um jovem compositor, bissexual e inquieto: a sinfonia *Cloud Atlas*, que dá nome ao longa;

3ª São Francisco, Estados Unidos, 1973 – trata da questão nuclear;

4ª Reino Unido, 2012 – discute o mercado editorial, a produção de textos medíocres e grandiosos, sob o ponto de vista da crítica, e o surgimento de celebridades;

5ª Neo Seul, Coreia do Sul, 2144 – traz seres humanos "nascidos de útero" e “seres humanos” clonados, estes últimos usados como “escravos” e “comida”. É uma época de alta tecnologia;

6ª Grande Ilha, 106 invernos após A Queda – como o planeta Terra foi tomado pelas águas, mostra a vida de uma comunidade, envolvida na ideia de que existe uma "verdade verdadeira" e outras “verdades” que, por óbvio, não são a "verdade verdadeira". É uma época sem energia/saneamento básico, sem aparelhos de comunicação, sem prédios e sem escolas como a entendemos);

Prólogo – um sétimo período, algumas décadas após os eventos na Grande Ilha, que retrata a humanidade vivendo em outro planeta.

Que forças seriam essas? Uma resposta possível são as relações de poder, que existem antes do nosso nascimento e que podem permanecer após a nossa morte, se não se empreenderem esforços de mudanças, dado que o poder ultrapassa a relação dominante/dominado(a), exercitando-se e expandindo-se em várias direções. Referidos esforços podem encontrar morada nos processos de Educação.

– "Alguma vez você achou que o universo estava contra você?"

A discussão sobre a diferença como experiência, como relação social, como subjetividade e como identidade. Entrelaçadas.

– "Nossas vidas não são nossas. Estamos vinculados a outras, passadas e presentes. E de cada crime e cada ato generoso nosso, nasce nosso futuro!"

Os acontecimentos como resultado de um processo histórico. As vidas como resultado de normas heterônomas.⁹

– "O problema que você cria é político!"

A personagem ultrapassa o modo como governa a própria vida e interfere na forma como a sociedade é governada.

– "Eu não tolerarei abuso criminoso!"

Entende-se por abuso um agravo contra aquilo que julgamos ser importante para nós próprios e que, via de regra, também é importante para o/a outro/a. Por abuso criminoso, entende-se o agravo que fere a lei na qual estamos submetidos/as. Seria o mesmo que dizer:

a) Não tolerarei crimes resultantes de discriminação ou de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou nacionalidade (Lei Federal 7.716, de 5 de janeiro de 1989).

b) Não tolerarei violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha).

c) Não tolerarei tráfico de pessoas (Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016).

d) Não tolerarei trabalho escravo (Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art. 149A, II).

e) Não tolerarei tortura (Lei 9.455, de 7 de abril de 1997).

– "Não há por que se esconder!"

Nenhum homem, nenhuma mulher podem ser discriminados porque expressam seus desejos (incluídos os desejos sexuais) de maneira diferente daquela que ficou

⁹ Os doutrinadores jurídicos, responsáveis pela produção acadêmica e pelas pesquisas no campo do Direito, não chegam a um acordo sobre quais seriam as características das normas/regras que regem as nossas vidas. Entretanto, de um modo geral, pode-se dizer que uma norma, para ser entendida como norma, ainda que não seja escrita, deve ser geral (para todos e todas), válida, vigente, efetiva, eficaz, com força vinculante, impositiva e passível de sanção se não cumprida.

convencionada como normal. Quem foi que estabeleceu essa normalidade e com qual objetivo?

(...) para sermos sinceros, nós nem mesmo compreendemos de um modo único o que vem a ser gênero ou sexualidade. Mas essa diversidade, que pode, aos olhos de uns, parecer catastrófica, também pode, aos olhos de muitos, ser saudada como indicadora da vitalidade e da contemporaneidade dos campos teóricos e políticos a que nos dedicamos. (LOURO, 2007, p. 205)

– "Se eu tivesse que permanecer invisível, a verdade ficaria escondida. Eu não podia permitir isso!"

Constituição da República de 1988

[...]

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

[...]

– "Eu devo a minha vida a um escravo livre. Eu não posso participar conscientemente desse tipo de negócio (a escravatura) nem mais um dia!..."

Pela fala, o personagem deixa claro que a sua experiência pessoal afetou a sua ideia de projeto social e cultural e que está disposto à resistência!

– "Este mundo tem uma ordem natural e aqueles que tentam subvertê-la não se dão bem!"

Existe uma ordem natural? Ora, "quem está autorizado a conhecer, ao que pode ser conhecido e às formas de se chegar ao conhecimento?" (LOURO, 2007, p. 211).

DIREITOS HUMANOS

Paralelamente à discussão do que determina o ser homem, homem, e do que determina o ser mulher, mulher, a humanidade¹⁰ preocupa-se com os seus direitos¹¹ e discute se esses direitos são naturais – entendendo-se a palavra natural por aquilo que é inerente ao homem, por isso Direitos Humanos (pergunta-se: homem branco?) ou construídos (fruto do raciocínio humano, da produção histórica da humanidade, como um conjunto de normas estabelecidas para a vida em sociedade. Por isso, direitos fundamentais).

Nesse diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹². Aprovada pela 3ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, surgiu após a Segunda Grande Guerra (1939 a 1945), que envolveu muitas nações do mundo e todas as potências da época – aliadas em dois Blocos: A aliança e o Eixo –, e gerou inúmeras atrocidades, o Holocausto e o uso de bombas atômicas. Foi um campo imenso de violência contra a humanidade. Por isso, a ideia de Declaração Universal dos Direitos Humanos.

De acordo com o sítio eletrônico das Nações Unidas¹³, a Declaração é o documento mais traduzido do planeta e implica em uma discussão muito recente, seja jurídica, seja historicamente falando, que reconhece que os direitos humanos são os "direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição". São signatários do documento 193 (cento e noventa e três) países, dentre eles o Brasil. Como declaração não possui efeito vinculante entre os países subscritores. Quer dizer, o seu descumprimento não implica em qualquer sanção. É uma carta de intenção que parte da ideia de que todos somos iguais, quando somos absolutamente diferentes! Mas também pode ser entendida como uma carta de declaração de igualdade que contempla a desigualdade!

Para a compreensão dessa Carta, faz-se necessário entender que os denominados Direitos Humanos ou direitos fundamentais (a depender da classificação dada pelos juristas) são divididos em gerações ou em dimensões, consagradas por Norberto

¹⁰ Ou um pequeno grupo?

¹¹ Segundo a definição de dicionários, direito (com letra minúscula) é aquilo que é justo, correto, conforme a Lei. Já o Direito (com letra maiúscula) é a ciência que estuda normas e regras que controlam a vida do indivíduo em sociedade.

¹² Ou seria Declaração dos Direitos do Homem? Estaria a mulher, o/a negro/a, o/a imigrante, o/a indígena e outras categorias contemplados na Declaração?

¹³ <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>

Bobbio¹⁴, que contemplou três gerações (à semelhança do lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e solidariedade). Essas gerações, considerando a obra *A Era dos Direitos* (BOBBIO, 2004), podem ser assim explicadas:

- Primeira geração ou dimensão: são os chamados direitos de liberdade, direitos individuais. A intenção foi proteger as pessoas do poder opressivo do Estado Monárquico, despótico, autoritário.

- Segunda geração ou dimensão: são os direitos sociais, culturais e econômicos. Surgiu com a queda do Estado Liberal e o nascimento do Estado do Bem-Estar Social. São os direitos políticos, conferidos a todos os seres humanos, integrantes da sociedade: o direito dos trabalhadores, o direito dos consumidores, o direito dos idosos. Quer dizer, são referentes a classes específicas. Ao Estado cabe o dever de assegurar e garantir igualdade entre as pessoas.

- Terceira geração ou dimensão: são os direitos sociais, destinando-se, portanto, à proteção da sociedade: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito do patrimônio comum da humanidade, o direito à comunicação, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao meio ambiente sadio.

Para além dessas três gerações de direitos, após Bobbio, destaca-se a existência, no mundo do Direito Ocidental, de outras duas, quais sejam:

- Quarta geração ou dimensão: refere-se à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, tratando as questões da vida e da morte humanas, permeadas por debate ético. São, assim, os direitos associados aos avanços tecnológicos e encontra seu marco histórico na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)¹⁵, que reconhece que o genoma humano é patrimônio da humanidade.

- Quinta geração ou dimensão: o direito à paz, que é excluído da terceira geração/dimensão de Bobbio, em virtude de suas próprias características, consagrado na Resolução 39/11, aprovada em Assembleia Geral da ONU, de 12 de novembro de 1984, cujo texto (que pode ser encontrado em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-sobre-o-direito-dos-povos-a-paz>) é transcrito abaixo:

A Assembleia Geral,
REAFIRMANDO que o propósito principal das Nações Unidas é a
manutenção da paz e da segurança internacional,

¹⁴ Turim, 18/10/1909 – Turim, 09/01/2004. Filósofo político, historiador do pensamento político, escritor e senador vitalício italiano. Ilustre por sua capacidade de escrever de modo conciso, lógico e, ao mesmo tempo, denso. Suas teorias são estudadas pelos juristas ocidentais.

¹⁵ <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por>. Acesso em: 3 de jul. 2019.

TENDO PRESENTE os princípios fundamentais do direito internacional estabelecidos na Carta das Nações Unidas,
EXPRESSANDO a vontade e as aspirações de todos os povos de eliminar a guerra da vida da humanidade e, especialmente, de prevenir uma catástrofe nuclear mundial,
CONVENCIDA de que uma vida sem guerras constitui no plano internacional o primeiro requisito para o bem-estar material, o florescimento e o progresso dos países, e a realização total dos direitos e das liberdades fundamentais do homem proclamados pelas Nações Unidas,
CONSCIENTE de que na era nuclear o estabelecimento de uma paz duradoura sobre a Terra constitui a condição primordial para preservar a civilização humana e a sua existência,
RECONHECENDO que garantir que os povos vivam em paz é o sagrado dever de todos os Estados,
1. PROCLAMA SOLENEMENTE que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à paz;
2. DECLARA SOLENEMENTE que proteger o direito dos povos à paz e promover sua realização é uma obrigação fundamental de todo Estado;
3. REITERA que para assegurar o exercício do direito dos povos à paz é necessário que a política dos Estados esteja orientada à eliminação da ameaça de guerra, especialmente da guerra nuclear, à renúncia do uso da força nas relações internacionais e ao acordo pacífico das controvérsias internacionais por meios pacíficos de acordo com a Carta das Nações Unidas;
4. APELA para que todos os Estados e todas as organizações internacionais contribuam com todos os meios para assegurar o exercício do direito dos povos à paz mediante a adoção de medidas pertinentes nos planos nacional e internacional.

Por fim, Boaventura de Sousa Santos diz que a Declaração goza de uma hegemonia incontestável e que, ao mesmo tempo, é frágil, já que "a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discurso de direitos humanos" (SANTOS, 2013, p. 15). O autor trabalha na obra *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos* quatro ilusões que envolvem os Direitos Humanos, quais sejam:

- aparente universalidade e naturalidade dos direitos humanos na sociedade, quando são construção histórica;
- os direitos humanos são um bem incondicional e todas as outras linguagens de dignidade humana lhes são inferiores em termos éticos e políticos, quando muitos direitos humanos foram reforçados pelo uso de armas;
- os direitos humanos são reconhecidos como advindos do Iluminismo, da Revolução Francesa e da Revolução Americana, quando também deveria ser reconhecido que os mesmos direitos humanos são usados como arma política para legitimar opressões/guerras;
- "negar ou minimizar as tensões e até mesmo as contradições internas das teorias dos direitos humanos" (SANTOS, 2013, p. 21).

Nas palavras de Éverton Costa:

Para Santos, apesar das várias fragilidades apresentadas pelos direitos humanos, isso não quer dizer que eles devam simplesmente ser descartados. Ao contrário, nunca foi tão importante conservar ideias e práticas de resistência. Nesse sentido, reconhecer as debilidades dos direitos humanos é o ponto de partida

para que se construam, para além dessas fragilidades, práticas fortes de resistência. Faz-se necessário – à luz dos desafios postos aos direitos humanos hoje, sobretudo pelas teologias políticas – reinventar os direitos humanos, transformando-os em poderosas ferramentas de emancipação social, em diferentes contextos sociais. Na mesma proporção, faz-se necessário também identificar concepções alternativas de dignidade humana, as quais possam dialogar entre si, criando aquilo que Santos define como “ecologia de saberes...”. (2016, p. 271)

De outra forma: os Direitos Humanos podem ser entendidos como luta contra o sofrimento humano, em suas múltiplas categorias: contra a discriminação, contra a opressão e contra a violência (física e simbólica) que inúmeras pessoas e muitas nações enfrentam e pela promoção do respeito às liberdades individuais e coletivas.

GÊNERO E RAÇA

Interseção é o encontro de duas linhas; é o mesmo que cruzamento. E interseccionalidade, o que seria?

Para responder, é preciso recorrer à pesquisa de Kimberle Crenshaw, pois foi ela quem cunhou a expressão e foi o seu trabalho que influenciou a elaboração da cláusula de igualdade da Constituição da África do Sul.

A pesquisadora identificou que a discriminação de gênero e a discriminação racial e étnica caminham juntas, limitando as chances das mulheres negras (acrescentamos, das mulheres indígenas também) e infringindo os Direitos Humanos de mulheres.

Nas palavras de Kimberle Crenshaw (2012, p. 9):

(...) tradicionalmente, o entendimento era que quando as mulheres vivenciavam situações de violação dos direitos humanos, semelhantes às vivenciadas por homens, elas podiam ser protegidas. No entanto, quando experimentavam situações de violação dos direitos humanos diferentes das vivenciadas pelos homens, as instituições de defesa dos direitos humanos não sabiam exatamente o que fazer. Se uma mulher fosse torturada por suas crenças políticas da mesma maneira que um homem, esse fato podia ser reconhecido como uma violação dos direitos humanos. Se ela fosse estuprada ou forçada a engravidar ou a se casar, as instituições de defesa dos direitos humanos não sabiam como lidar com esses fatos, porque eram especificamente relacionados a questões de gênero.

O mesmo raciocínio é aplicado quando as mulheres vivenciam situações de discriminação racial e/ou étnicas que podem ser equiparadas às situações vividas por homens e quando elas vivenciam situações de discriminação racial/étnica que não encontram ressonância na discriminação sofrida por homens.

Portanto, a interseccionalidade lida com a concepção de que trabalhamos com grupos sobrepostos (mulheres brancas, mulheres não-brancas, mulheres negras, mulheres

negras pobres, mulheres negras velhas, mulheres negras deficientes, mulheres negras brasileiras, mulheres presidiárias...) e procura entender “o que acontece quando diversas formas de discriminação se combinam e afetam as vidas de determinadas pessoas” (CRENSHAW, 2012, p. 11), destacando que os conceitos carregam consigo interferências e suposições (exemplo: a raça determinaria certos hábitos, padrões sexuais e expectativas de comportamento).

Frise-se: as discriminações, via de regra, são estruturais e estruturantes, quase invisíveis, por assim dizer, no âmbito macro (exemplo: políticas governamentais, como desvalorização de moeda, que reduz salário e obriga mulheres a assumirem serviços que deixam de ser prestados ou políticas que obrigam algumas mulheres a contratarem outras mulheres para cuidarem de seus filhos) e, camufladas/escondidas, no âmbito micro, pois estamos todos e todas inseridos/as nas lógicas do sistema de hierarquias!

É preciso, assim, pensar o que o fenômeno discriminação produz, é preciso pensar a "cegueira" envolta nas questões de gênero e a "cegueira racial" do racismo.

E A ÉTICA?

Entende-se Ética como um conjunto de regras/normas que orientam o comportamento humano: é saber governar a própria vida (SILVA, 2019). Assim, se a Educação é um processo de socialização dos conhecimentos, crenças e valores que constituem a cultura de uma sociedade (RIOS, 2010), como já dissemos, o/a Pedagogo/a¹⁶ deve conduzir sua prática de maneira ética.

Em vista disso, o/a profissional da Educação¹⁷ deve refletir e debater sobre a Ética, aprendendo (nos espaços de formação acadêmica) e ensinando (em seus espaços de exercício profissional) a reconhecer a existência do outro como um ser de direitos e de obrigações. Reflexão e debate entrelaçados às problematizações e às teorias da vida moderna, aos sentidos que os/as pesquisadores/as dos diversos campos (Filosofia, Antropologia, Direito, Psicologia, História etc.) conferem às diferenças, à sexualidade, aos direitos humanos, ao gênero, à raça e à classe, como construções histórico-discursivas.

Preconiza-se, portanto, que, com o estudo autônomo de Ética, os/as graduados/as possam dar voz aos/às marginalizados/as sociais, abrindo espaço para a discussão acerca da banalização da violência.

¹⁶ Leia-se o/a profissional do Direito.

¹⁷ E também de Direito.

Por isso a importância das Instituições de Ensino Superior (IES): elas são o lugar onde se discutem os "problemas sociais", com olhares diferentes do senso comum, e onde se levantam possibilidades de solução, entendendo, reconhecendo e respeitando as desigualdades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. **Cad. Pagu**. 2006, n. 26, p. 329-376.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Conselho Nacional da Educação.

Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica/Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Currículos e Educação Integral. – Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/docman/julho-2013-pdf/13677-diretrizes-educacao-basica-2013-pdf/file>. Acesso em: 3 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 3 jul. 2019.

CADONÁ, Eliane; KOCH, Sabrina. Ética e direitos humanos na educação: o que os estudos de gênero têm a ver com isso? In: **Revista de Ciências Humanas/URI**. Jan./abr. 2019. p. 130-145.

CAETANO, Ana Paula; SILVA, Maria de Lurdes. Ética profissional e formação de professores. **Sísifo/Revista de Ciências da Educação**, Lisboa: UIDCE/FPCE/UL, n. 08, p. 4960, jan./abr. 2009. Disponível em:

<http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/12305/1/Caetano%26Silva.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

CARVALHO, José Sérgio Fonseca de. Os ideais da formação humanista e o sentido da experiência escolar. **Educação e Pesquisa** [online]. 2017, vol. 43, n. 4, p. 1023-1034.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-97022017000401023&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 4 jul. 2019.

COSTA, Éverton. E se Deus fosse um ativista dos direitos humanos? In: **Revista Sociedade e Estado**. Volume 31, número 1, janeiro/abril de 2016. p. 267-272. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/6090>. Acesso em: 3 jul. 2019.

CRENSHAW, Kimberle. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. **Curso Educação, Relações Raciais e Direitos Humanos**. Ação Educativa. São Paulo, 2012. p. 7-16. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. Blog Revista Direito. Disponível em: <http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 4 jul. 2019.

JUNQUEIRA, R. D. Homofobia nas escolas: um problema de todos. In: JUNQUEIRA, R. D. (org.). **Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. p. 13-51. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001871/187191por.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2019.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: das afinidades políticas às tensões teórico-metodológicas. In: **Educação em Revista**. Belo Horizonte. n. 46. p. 201-218. dez. 2007.

NÓVOA, A. *Professores: Imagens do futuro presente*. Lisboa: Educa, 2009.

RIOS, Terezinha Azeredo. Ética na formação e no trabalho docente: para além de disciplinas e códigos. In: **Convergências e tensões no campo da formação e do trabalho docente**/organização de Ângela Imaculada Loureiro de Freitas Dalben [et.al]. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. Textos selecionados do XV ENDIPE – Encontro Nacional de Didática e Prática de Ensino, UFMG, 2010. p. 651-668.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/bss/documentos/auniversidadedosecXXI.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2019.

SILVA, Jason de Lima e. **Carta sobre Política aos estudantes**. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/carta-sobre-politica-aos-estudantes/>. Acesso em: 3 jul. 2019.

A AGENDA 2030 À LUZ DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E AS MEDIDAS IMPLEMENTADAS VISANDO À IGUALDADE DE GÊNERO

AGENDA 2030 IN THE LIGHT OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND THE IMPLEMENTED MEASURES AIMING AT GENDER EQUALITY

Daniela Rocha Rodrigues Peruca

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) de Mato Grosso do Sul. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

Roberta Seben

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Pontifícia Católica de São Paulo, Especialista em Direito Processual e do Trabalho pela Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Tributário pelo IBET, Servidora Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

RESUMO: Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) elaborados pelos Estados Membros da ONU surgem como um novo catálogo de ações que buscam concretizar os direitos humanos de todos. Visando implementá-los no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça editou diversos atos normativos e por meio da Portaria nº 133/2018 instituiu o Comitê Institucional destinado a integrar as metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos ODS. Nesse contexto, a presente pesquisa tem por escopo trazer o arcabouço histórico da Agenda 2030 e sua incorporação nas metas do Poder Judiciário. Ainda, buscar-se-á lançar luzes no sentido de verificar quais as medidas até então adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro para a concretização dos objetivos que buscam erradicar a desigualdade de gênero. A metodologia utilizada será documental, exploratória, bibliográfica e dedutiva, apresentando as informações analisadas no sítio do Conselho Nacional de Justiça a respeito da temática e as implementações realizadas.

PALAVRA CHAVE: Igualdade de gênero; Agenda 2030; Poder Judiciário; Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT: The Sustainable Development Goals (SDGs) developed by UN Member States emerge as a new catalog of actions that seek to realize the human rights of all. In order to implement them in the Brazilian Judiciary, the National Council of Justice issued several normative acts and, through Ordinance No. 133/2018, instituted the Institutional Committee aimed to integrate the goals of the Judicial branch with the goals and indicators of the SDGs. In this context, this research aims to bring the historical outline of Agenda 2030 and its incorporation into the goals of the Judiciary. Still, it will seek to shed light in

order to verify which measures have been adopted by the Brazilian Judiciary to achieve the objectives that seek to eradicate gender inequality. The methodology used will be documentary, exploratory, bibliographic and deductive, presenting the information analyzed on the website of the National Council of Justice regarding the theme and the implemented implementations.

KEYWORD: Gender equality; Agenda 2030; Judicial Branch; National Council of Justice.

INTRODUÇÃO

A Agenda 2030 ao estabelecer os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e as 169 metas ampliou o espectro de direitos humanos ao equilibrar, em um único instrumento, as dimensões econômica, social e ambiental.

Frise-se que a Agenda 2030 tem como objetivo combater as desigualdades e a discriminação (CAMPELLO, 2020), é o que se extrai dos objetivos de combate à discriminação (ODS 5) e àquele destinado ao combate à desigualdade (ODS 10).

Com o intuito de implementação da Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução n. 296/2019 na qual criou a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030, que dentre as competências, detém a coordenação do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS, atividades, projetos e eventos relacionados à temática.

Destaca-se que o LIODS, possui a incumbência, dentre outras, de mapear os programas e projetos desenvolvidos dentro do Poder Judiciário, ligado à pauta global da Agenda 2030; incentivar pesquisas, artigos e estudos sobre os ODS; abrir espaço para a participação cidadã na concepção de projetos inovadores que contribuam para a efetividade da Agenda 2030.

A participação cidadã consolidará a democratização na prestação jurisdicional e a construção conjunta de medidas e ações visando a efetiva implementação da Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário.

Acresça-se que o CNJ editou a Resolução n. 255/2018 que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, ou seja, um avanço na direção para implementação à meta 5.5 da Agenda 2030 no que concerne “garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública”.

Com essa perspectiva de um Poder Judiciário mais democrático e inclusivo, abordar-se-á, nesse artigo, o contexto histórico da Agenda 2030 e sua integração à meta do Judiciário Brasileiro e, por fim, as medidas adotadas visando a participação efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão (meta 5.5 – ODS 5 - Agenda 2030).

Para atingir os fins esperados, a metodologia utilizada será documental e exploratória, utilizando-se o método dedutivo, com caráter bibliográfico e documental, colhendo as informações obtidas pelo sítio do Conselho Nacional de Justiça no qual aborda o histórico e conceito da Agenda 2030; a sua relação com os direitos humanos e institucionalização no âmbito do Poder Judiciário; o conjunto de leis e atos normativos relacionados a Agenda 2030; os órgãos relacionados – Comitê Interinstitucional, Comissão e Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS e a Meta 9 do Poder Judiciário.

Posteriormente, será abordada a importância do Poder Judiciário, em todas as suas esferas e graus, como meio de implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 que trata sobre a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas para o efetivo e almejado desenvolvimento sustentável.

1 HISTÓRICO DA AGENDA 2030 NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

1.1 O QUE É A AGENDA 2030

Segundo informações obtidas no sítio do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2000, os Estados-membros estabeleceram 8 (oito) metas do milênio, com o apoio de 191 nações, que ficaram conhecidas como Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), envolvendo: 1. Acabar com a fome e a miséria; 2. Oferecer educação básica de qualidade para todos; 3. Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde das gestantes; 6. Combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente e 8. Estabelecer parcerias para o desenvolvimento.

Decorridos 15 (quinze) anos da elaboração das ODMs, em setembro de 2015, representantes dos 193 Estados-membros da ONU se reuniram em Nova York e adotaram o documento “Transformando o nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” comprometendo-se a tomar medidas transformadoras para promover o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos, elaborando Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que deverão orientar as políticas nacionais e

atividades de cooperação internacional nos próximos quinze anos, sucedendo e atualizando os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM).

A Agenda 2030, como ficou conhecido os ODM, é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade com o intuito de fortalecer a paz universal que indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas para erradicar a pobreza e promover a vida digna para que todos os países adotem de acordo com suas próprias prioridades e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, envolvendo diversas temáticas, tais como:



Sarlet (2020, p. 81) ao discorrer sobre a Agenda 2030, afirma que “os Objetivos e metas estimularão a ação para os **próximos 15 anos** em áreas de importância crucial para a humanidade e para o Planeta: **pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria**”. (Grifos no original)

Portanto, o grande desafio será compatibilizar as três dimensões, ou eixos, **social, econômico e ambiental** para que consigam dialogar entre si de forma equilibrada.

1.2 QUAL A RELAÇÃO DA AGENDA 2030 COM DIREITOS HUMANOS

Um grande desafio enfrentado pelo mundo atualmente não é mais reconhecer a necessidade de fundamentar os direitos do homem, mas sim encontrar formas eficientes de protegê-los, sendo os Direitos Humanos um tema global e multidisciplinar que busca desenvolver uma consciência cada vez maior da necessidade de buscar mecanismos que erradiquem a pobreza e a violência com a busca pela paz, de forma equânime e com respeito, principalmente, à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana não apenas unifica, como centraliza todo o sistema normativo, assumindo prioridade, já que o ser humano deve ser o centro de toda conduta normativa e orientar o constitucionalismo contemporâneo na esfera local e global.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em seu preâmbulo, já reconhece a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, tendo o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultados em diversas barbaridades “que ultrajaram a consciência da Humanidade”, proclamando tal declaração:

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade (...) se esforce, através do ensino e da educação, promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Com o intuito de regulamentar tais direitos, foram elaborados, entre outros, dois importantes pactos em 1966, sendo eles: a) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, norma programática, e b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de aplicação obrigatória por todos os Estados membros que o ratificou que são instrumentos relevantes para a proteção dos Direitos Humanos, direitos estes que se encontra em estado evolutivo e em constante construção e afirmação global (processo dinamogênico dos direitos humanos¹).

Diversos direitos, considerados humanos, foram protegidos, dentre eles, os direitos civis e políticos que visam a tutela da liberdade, aos direitos sociais, econômicos e culturais que protegem a igualdade, a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, à biotecnologia, a bioética, a biogenética, as tecnologias de informação, ao ciberespaço e a inteligência artificial que estão intrinsecamente interligada com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU.

Entretanto, foi reconhecido que a efetividade de tais direitos vai além do campo jurídico, mas também no campo das políticas públicas que devem ser construídos e

¹ Conforme menciona Silveira; Rocasolano (2010), a realidade do direito a ser preservado é imprevisível e dinâmica, além de responder às necessidades humanas, sob pena de produzir um vácuo entre as realidades e a norma, privando-a de conteúdo e proteção as pretensões jurídicas a que tem direito os cidadãos. A realidade é mutável e, com ela, o direito também pode variar e as mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade, ou seja, a sua dinamogenesis.

fortalecidos entre o Estado e a participação de todos os órgãos públicos e privados, o que vem sendo feito pelo Poder Judiciário.

1.3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA AGENDA 2030 NO PODER JUDICIÁRIO

No dia 25 de setembro de 2018, o Presidente a época do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, recebeu a Conselheira Maria Tereza Uille Gomes para lhe apresentar a ideia de incluir o tema da Agenda 2030 no Poder Judiciário como medida inovadora e em harmonia com as diretrizes de seu discurso de posse e, por meio da Portaria n. 133 de 28 de setembro de 2018, foi instituído o Comitê Interinstitucional destinado a avaliar a integração das metas do Poder Judiciário às metas e indicadores dos ODS, a Agenda 2030, e elaborar relatório de trabalho com apoio de todos os Tribunais do País, cuja composição se encontra na Portaria n. CNJ 148/2018.

No dia 3 de dezembro de 2018, em Foz do Iguaçu, em seu discurso de abertura do XII Encontro Nacional do Poder Judiciário, o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Dias Toffoli, destacou a importância de incluir no planejamento do Poder Judiciário para 2020, as metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, mostrando, neste encontro, de que forma os Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário, os Centros de Inteligência e os ODS formavam uma Rede de Inovação do Poder Judiciário.

No dia 9 de janeiro de 2019, no Laboratório de Inovação da Justiça Federal de São Paulo (TRF 3), em caráter experimental, iniciou o primeiro Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS (LIODS) realizados no ano de 2019 e capitaneados pelo Conselho Nacional de Justiça e em 7 de maio de 2019 foi apresentado, no final da sessão Plenária do CNJ, o 1º Relatório produzido pelo Comitê Interinstitucional da Agenda 2030.

No I Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário, realizado nos dias 19 e 20 de agosto de 2019 em Curitiba-PR, o Presidente Dias Toffoli assinou o Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e no Ministério Público e a Portaria n. 119/2019, que criou o Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS.

Neste primeiro encontro foi também assinado o Provimento n. 85, pelo Ministro Humberto Martins, para a adoção dos ODS pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial, lançada a revista do encontro apresentando as boas

práticas dos Tribunais relacionadas à Agenda 2030, bem como a instituição por quatro tribunais de atos de criação de novos Laboratórios de Inovação e Inteligência, sendo eles:

a) **Portaria TRT09 SGP n. 15, de 19 de agosto de 2019** – Institui o Laboratório de Inovação do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

b) **Decreto Judiciário TJPR n. 497/2019** – Institui a Gestão de Inovação e cria o Programa de Gestão e Inovação e o Laboratório de Inovação no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

c) **Portaria JFPR n. 1162, de 19 de Agosto de 2019** – Institui o Laboratório de Inovação da Justiça Federal do Paraná e nomeia os servidores laboratoristas.

d) **Portaria TRE-PR n. 676/2019** – Institui o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) no âmbito da Justiça Eleitoral do Paraná e dá outras providências.

Nos encontros preparatórios para o XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário o tema da Agenda 2030 foi objeto de apresentação e discussão e construção de conceitos inovadores e, no dia 19 de setembro de 2019, o Plenário do CNJ publicou a Resolução CNJ n. 296/2019 na qual criou a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 com a competência de acompanhamento, proposição de estudos e políticas judiciárias, monitoramento e coordenação de LIODS relacionados aos ODS.

Durante o XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, realizado em Maceió nos dias 25 e 26 de novembro de 2019, foi aprovada a Meta Nacional 9 do Poder Judiciário com o intuito de integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário realizando ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltados aos 17 ODS instituídos pela Agenda 2030, sendo válida para os seguintes seguimentos da justiça: STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados, sendo um dos primeiros Poder Judiciário no mundo a implementar as ODS em seu cotidiano².

No dia 18 de fevereiro de 2020 foi inaugurado o Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS (LIODS) do Conselho Nacional de Justiça e foi entregue o 2º Relatório do Comitê Interinstitucional do Poder Judiciário, tendo o portal do Conselho Nacional de Justiça a finalidade de apresentar os trabalhos desenvolvidos pelo CNJ por meio do Comitê

² Em quatro oportunidades no decorrer do ano de 2019 o tema da Agenda 2030 foi apresentado em outros países como experiência inovadora no Poder Judiciário Mundial, sendo eles: **Evento 1:** Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre DESARROLLO SOSTENIBLE; **Evento 2:** Revisão Periódica Universal e a Agenda 2030 – PANAMÁ; **Evento 3:** Program – Law, Justice and Development Week 2019 – Banco Mundial e **Evento 4:** Program – Law, Justice and Development Week 2019.

Interinstitucional, da Comissão Permanente da Agenda 2030, do LIODS CNJ, da Rede de Inovação e Inteligência, e da equipe do gabinete da Coordenação da Agenda 2030, a fim de somar esforços para atingir a Meta Nacional 9 e integrar a Agenda 2030 ao plano estratégico do Poder Judiciário, por meio de Planos de Ação, colocando o jurisdicionado como foco principal dos serviços prestados pela Justiça em busca da solução pacífica de controvérsias.

Vê-se que a institucionalização da Agenda 2030 no Poder Judiciário se seguiu de vários atos normativos, que são aperfeiçoados e expandidos a cada ano, com intuito de melhorar as ações e abarcar todas as unidades judiciárias da federação.

1.4 LEIS E ATOS NORMATIVOS NO PODER JUDICIÁRIO

Diversas foram as leis e portarias estabelecidas no âmbito do Poder Judiciário regulamentando a Comissão, o Comitê, o LIODS dentre elas:

a) **Portaria nº 133 de 28.9.2018** que institui o Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030;

b) **Portaria nº 148 de 20.11.2018** que designa membros do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030;

c) **Portaria nº 72 de 9.5.2019** que Prorroga as atividades do Comitê Interinstitucional destinado a realizar estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030, instituído pela Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018;

d) **Provimento nº 85 de 19.8.2019** que dispõe sobre a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial;

e) **Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público** instituído em 19.8.2019;

f) **Portaria n. 119 de 21.8.2019** que institui o **Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS)** e dá outras providências;

g) **Acordo de Cooperação Técnica n. 27/2019**, publicado em 23.8.2019, que dispõe sobre a colaboração para a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, nas atividades desenvolvidas pelo Sistema de Justiça, em especial o Objetivo 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), que visa promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;

h) **Portaria nº 124 de 3.9.2019** que designa os membros para o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS do Conselho Nacional de Justiça;

i) **Resolução nº 296 de 19.9.2019** que cria e revoga Comissões Permanentes no âmbito do Conselho Nacional de Justiça;

j) **Resolução nº 55 de 19.3.2020** que altera os artigos 2º e 3º da Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018, que institui o Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030;

Destaca-se, dentre os instrumentos normativos supra alinhavados, o Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público e a Portaria CNJ n. 124/2019 que instituiu o LIODS, uma vez que se abre o espaço de participação de outros órgãos, bem como a participação cidadã na concepção de projetos inovadores no Poder Judiciário que contribuam para a efetividade da Agenda 2030.

1.5 COMITÊ INTERINSTITUCIONAL

O Comitê Interinstitucional, criado por meio da Portaria n. 133 de 28.9.2018, se destina a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – Agenda 2030, tendo como atribuições (atualizadas pela Portaria n. 55 de 19.3.2020):

Art. 3º Compete ao Comitê:

- I – Fazer a interlocução das demandas do Poder Judiciário com os órgãos e atores que contribuem para o plano de ação da Agenda 2030, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil faz parte, de acordo com o Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945;
- II – Elaborar relatórios estatísticos semestrais de dados, metas e indicadores do Poder Judiciário relacionados à Agenda 2030 que integrarão a publicação Justiça em Números e servirão de subsídios para a mensagem anual do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do CNJ;
- III – Manter repositório das pesquisas acadêmicas e judiciárias relacionadas à Agenda 2030;
- IV – Elaborar relatório das dificuldades encontradas na obtenção de dados estatísticos desagregados referentes às metas e indicadores da Agenda 2030 à Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e Agenda 2030;
- V – Acompanhar o processo de integração da Agenda 2030 no Poder Judiciário;
- VI – Acompanhar as pesquisas relacionadas aos mecanismos que ampliem a transparência de dados do Poder Judiciário, facilitando consulta e pesquisa por usuários;
- VII – Contribuir com a organização anual dos Encontros Ibero-Americanos da Agenda 2030 no Poder Judiciário; e
- VIII – Contribuir com os trabalhos do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) e propor temas de interesse relacionados a Agenda 2030.

Em seu relatório preliminar denominado 1º Relatório do Comitê Interinstitucional foi destacado a importância do tema no âmbito do Poder Judiciário. Consta neste relatório, dentre outros apontamentos, a estratégia nacional do Poder Judiciário e os ODS e as iniciativas para a criação de Laboratórios de Inovação e Centros de Inteligência no âmbito do Poder Judiciário, com destaque para a criação do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (LIODS), no CNJ, que representa a união desses três pilares – Inovação, Inteligência e ODS – por meio da Portaria CNJ n. 119/2019.

Com a prorrogação dos trabalhos do Comitê, definida pela Portaria nº 72 de 9.5.2019, foi produzido o 2º Relatório que destacou iniciativas já consolidadas e encaminhadas para as proposições iniciais.

Extraí-se do 2º relatório, como medidas importantes já adotadas, visando a implementação dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), dentre outras, a integração da Agenda 2030 à Meta 9 do Poder Judiciário; a criação de indicadores para cada ODS, desenvolvidos com base na classe e assunto processual, que viabilizam o conhecimento da participação do Poder Judiciário no escopo da Agenda, permitindo o

avanço para definição de metas e indicadores mais específicos; a criação, por meio da Resolução n. 296/2019, da Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030.

Pontua-se que a criação de indicadores para cada ODS, é uma iniciativa muito importante, uma vez que possibilitará que o Poder Judiciário tenha conhecimento das metas implementadas e das ações necessárias para se atingir outras e/ou aprimorá-las.

1.6 COMISSÃO DA AGENDA 2030 NO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça atua por meio de Comissões, temporárias ou permanentes, motivo pelo qual o Plenário do CNJ aprovou em 19.9.2019 a Resolução nº 296, que criou, entre outras comissões permanentes, a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2020, dispondo, em seu artigo 14 a competência desta comissão.

Art. 14. À Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 compete:

I – acompanhar a atuação do Comitê Interinstitucional destinado a apresentar estudos e proposta de integração de metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável;

II – propor estudos sobre temas abordados na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, observadas as diretrizes da Estratégica Nacional do Poder Judiciário;

III – propor políticas judiciárias voltadas à promoção do desenvolvimento sustentável;

IV – representar o CNJ no processo de diálogo com entes federativos e sociedade civil para a implantação da Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário;

V – monitorar as ações relacionadas à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no âmbito do Poder Judiciário; e

VI – coordenar o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – LIODS, atividades, projetos e eventos relacionados à temática dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Nota-se, portanto, que a Comissão é o órgão que faz a interface do Poder Judiciário com as demais instituições dos entes federativos, sociedade civil e Comitê Interinstitucional quando se refere a Agenda 2030.

1.7 LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO, INTELIGÊNCIA E ODS

O Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS, foi instituído pela Portaria n. 119/2019 e, é um programa que une o conhecimento institucional, a inovação e a cooperação, sendo um espaço administrativo e horizontal de diálogo e articulação de políticas públicas entre o Poder Judiciário, os entes federativos e a sociedade civil, com o objetivo de alcançar a paz, a justiça e a eficiência institucional, assim como prescreve o ODS nº 16.

Este programa tem por intuito institucionalizar o uso da inovação e da inteligência, promovendo o desenvolvimento de alianças estratégicas e projetos de cooperação, envolvendo especialistas de todos os setores com o objetivo de trabalhar a Agenda 2030 no âmbito do Poder Judiciário, contribuindo com o Plano Estratégico do Poder Judiciário e com a melhoria das políticas públicas.

O espaço oportuniza a participação, favorece o diálogo e a análise conjunta de demandas repetitivas ou com grande repercussão social, analisando dados, inclusive o custo econômico do processo, permitindo a construção de soluções estratégicas e a ampliação da transparência na atuação do Poder Judiciário, garantindo acesso à Justiça por intermédio de instituições mais eficazes, responsáveis e transparentes, todas alinhadas ao almejado desenvolvimento sustentável.

Mesmo antes da instituição formal destes Laboratórios, alguns foram realizados durante o ano de 2019 considerando temas relevantes do Poder Judiciário, entre os quais, destacam-se a ODS 17 nas execuções fiscais, a ODS 3 em relação a medicamentos, a ODS 5 e 16 quanto ao feminicídio, além das ODS 6, 7, 11, 12, 13, 14 e 15 em relação à sustentabilidade.

Os painéis desenvolvidos por este programa estão relacionados:

a) **Painel Migrantes e Refugiados** que relaciona assuntos associados aos crimes de trabalho escravo e tráfico internacional e interno de pessoas vinculado ao ODS 10 – Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;

b) **Painel de casos novos por Assunto e ODS no Poder Judiciário** que realiza o cruzamento do quantitativos de novos casos indexados por ODS levantados pelo Relatório Justiça em números;

c) **Painel com a relação dos Indicadores do ODS 16 e casos novos de 2018** o qual realiza a indexação de casos novos levantados pelo Relatório Justiça em Números de 2018 com metas e indicadores do ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes;

d) **Painel com relação de normativos e boas práticas produzidas no Poder Judiciário a respeito de ODS** que realiza indexação de normativos e boas prática publicados no âmbito do Poder Judiciário com os ODS da Agenda 2030;

e) **Painel com processos da classe Tribunal do Júri e de assuntos relacionados a Crimes Contra a Vida** no qual realiza a indexação de processos retirados da Replicação Nacional de Processos do CNJ com assuntos da TPU, exemplificando o trabalho realizado em relação a ODS 5 sobre igualdade de gênero no qual menciona em gráficos o quantitativo de processos relativos a homicídios por assunto até 2018.

No tocante ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 que trata sobre a igualdade de gênero, em especial, a meta 5.5 que busca garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública será abordado com mais vagar no capítulo 2.

1.8 META 9 DO PODER JUDICIÁRIO

As metas nacionais do Poder Judiciário representam o compromisso dos tribunais brasileiros com o aperfeiçoamento jurisdicional, buscando proporcionar à sociedade um serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade.

Uma das metas instituídas pelo Poder Judiciário no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário foi a “META 9 – INTEGRAR A AGENDA 2030 AO PODER JUDICIÁRIO”, realizando ações de prevenção ou desjudicialização³ de litígios voltadas aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), da Agenda 2030, sendo o Poder Judiciário Brasileiro o precursor, no mundo, da institucionalização da Agenda 2030 em seu Planejamento Estratégico, celebrando o Pacto pela implementação dos ODS da Agenda 2030 no Poder Judiciário com a Organização das Nações Unidas em 2019.

Atenta a este cenário, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 85/2019 incentivando a aplicação da Agenda 2030 igualmente pelas Corregedorias Estaduais e pelo Serviço Extrajudicial.

A Meta 9, adotada pelo STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados, consiste em integrar a Agenda 2030 no Poder Judiciário e, para tanto, o tribunal deve realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltados aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

³ A desjudicialização é entendida como a redução do acervo de processos relacionados ao assunto específico da Tabela Processual (TPU) selecionado, vinculado a um dos ODS escolhido.

Para desenvolver a meta, o tribunal deve, primeiramente, escolher um dos 17 ODS; posteriormente, selecionar, por meio de consulta na sua base de dados, um dos três assuntos, relacionados na Tabela Processual (TPU), mais demandados no tribunal, relativos àquele ODS e, ao final, elaborar um Plano de Ação, no modelo 5W2H⁴, para viabilizar o alcance da meta proposta para aquele assunto.



Os tribunais contam com o apoio das Comissões de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento e de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 na elaboração dos Planos de Ação que farão o acompanhamento dos resultados das ações planejadas.

Importante salientar que a meta será considerada cumprida se, até o final do ano, o tribunal elaborar e encaminhar o plano de ação para o assunto mais demandado correlacionado ao ODS (50% da meta) e executá-lo (50% da meta).

4 Sendo que “5W” significa: 1. *What* o que será feito (Nome da Ação); 2. *Why* por que será feito (Objetivos); 3. *Where* onde será feito (unidade judiciária, departamento); 4. *When* quando será feito (cronograma); 5. *Who* por quem será feito (responsável) e os “2H” significam: 1. *How* Como será feito (metodologia), maneira que pretende alcançar os objetivos; 2. *How much* Quanto vai custar (Recursos, custos e quantidade).

2 O PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DA ODS 5 – A IGUALDADE DE GÊNERO E EMPODERAMENTO DE TODAS AS MULHERES E MENINAS

A Agenda 2030 da ONU surge como um novo catálogo de ações que os Estados signatários se comprometeram em implementar no espaço temporal de 15 anos e, dentre os diversos objetivos, foi estipulado o dever de “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ODS nº16).

Com este propósito, o Conselho Nacional de Justiça, como mencionado no capítulo antecedente, implementou no âmbito do Poder Judiciário estratégias e programas, com órgãos especializados, com o intuito de inclusão da Agenda 2030 para obter o almejado desenvolvimento sustentável.

Dentre os objetivos pactuados pelos Estados Membros, destaca-se o Objetivo nº 5 da Agenda 2030, que visa a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas.

No que concerne as metas específicas estabelecidas no ODS 5, tem-se o item 5.5, o qual elenca “garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública”.

Visando a implementação da meta 5.5, o CNJ editou a Resolução n. 255/2018 que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, determinando-se às suas unidades e ramos:

Todos os ramos e unidades do Poder Judiciário deverão adotar medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais⁵.

Emerge que a Resolução n. 255/2018 determina a adoção de medidas de empoderamento das mulheres, incentivando-as para que ocupem maior espaço dentro da administração a qual pertençam.

É cediço que os Tribunais (Superiores ou Regionais) são administrados praticamente por homens, são poucos os que possuem mulheres na condição de Presidente

⁵ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n255-04-09-2018-presidencia.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

e, segundo pesquisa realizada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), via a Comissão AJUFE Mulheres (YOSHIDA; HELD, 2019), que resultou na Nota Técnica n. 1/2017, diversos são os motivos para esta baixa representatividade feminina no âmbito do Poder Judiciário (Justiça Comum Federal), dentre eles: a) dupla jornada; b) dificuldade em serem acompanhadas por esposos/companheiros quando tem a necessidade de mudança de local de trabalho; c) maior afetação da vida pessoal da mulher no exercício da magistratura quando comparada à dos colegas homens (ruptura da unidade familiar e distância da família).

Voltando-se o olhar para os Tribunais, a Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário com maior representatividade de magistradas. Segundo o Diagnóstico de Participação Feminina no Poder Judiciário, publicado em 2019, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Justiça do Trabalho, a atuação das magistradas vem aumentando desde 1988, quando a participação feminina era de 37,3%. Durante os últimos dois anos as mulheres representaram 49,4% dos juizes em atividade e, em 2018, superou a metade do quadro, atingindo 50,5% quando avaliados somente os magistrados ativos⁶.

Consta, ainda, do Diagnóstico de Participação Feminina no Poder Judiciário, em relação a ocupação de cargos, que em média, as mulheres ocuparam de 33% a 49% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos. Já em relação à ocupação de cargos de Juizes Substitutos, a ocupação por mulheres é a maioria, aproximando-se de 52,7%⁷:

A Justiça do Trabalho (50,5%) e a Justiça Estadual (37,4%) são as com maiores percentuais de mulheres na magistratura em atividade. Por outro lado, nos Tribunais Superiores (19,6%) e na Justiça Militar Estadual (3,7%) estão os menores índices de participação feminina.

[...]

As magistradas ocuparam, em média, de 21% a 30% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, enquanto que a ocupação feminina nos cargos de Juiz Substituto aproximou-se de 41,9%. Quando comparados os segmentos de justiça, observa-se que na Justiça do Trabalho está o maior percentual de participação feminina nos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, com média de ocupação nas faixas de 33% a 49%. Por outro lado, na Justiça Militar Estadual não há participação feminina na ocupação desses cargos.

Vê-se que na Justiça Militar Estadual, não há participação feminina na ocupação de cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, o que denota

⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-da-participacao-feminina-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 16 out. 2020.

⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-da-participacao-feminina-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 16 out. 2020.

uma invisibilização da mulher no espaço de administração e decisão e, por via de consequência uma naturalização da desigualdade.

Portanto, o grupo de trabalho, previsto no art. 3º da Resolução n. 255/2018, terá um papel primordial na capacitação e diálogo com a instituição, visando dar concretude à Agenda 2030 da ONU.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de promover a implantação da meta 5.5 da Agenda 2030, firmou parceria com a ONU Mulheres, aderindo ao Movimento ElesPorElas (#HeForShe), que tem por ação o envolvimento dos homens em programas voltados à equidade de gênero e a identificação de fatores que contribuam para a participação efetiva das mulheres em postos de poder e de tomada de decisões.⁸

Também, por meio da Instrução Normativa STJ/GP n. 16, de 8 de outubro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, regulamenta o Programa de Participação Feminina, denominado Programa Equilibra STJ, tendo como objetivos (art. 2º):

I - assegurar o equilíbrio de oportunidades entre homens e mulheres nas unidades do Tribunal; II – propor políticas de valorização da mulher; III – prevenir ocorrências de assédio, violência ou discriminação da mulher; IV – incentivar a participação feminina no ambiente institucional; V – promover ações de educação e conscientização sobre o tema⁹.

No âmbito da Justiça do Trabalho, há inúmeros instrumentos de implementação de o Programa de Participação Feminina no Poder Judiciário, cita-se, por exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região que editou a Portaria TRT/GP n. 41/2019, que cria o Grupo de Trabalho para elaboração de estudos destinados ao cumprimento da Resolução CNJ n. 255/2018.

Dentre as competências previstas na Portaria TRT/GP n. 41/2019, tem-se a promoção de ações de capacitação e treinamento para o desenvolvimento de liderança e representatividade feminina e, sugestões de diretrizes e estratégias para a promoção da equidade de gênero e desenvolvimento de lideranças inclusivas¹⁰.

Logo, o Poder Judiciário, por intermédio dos Tribunais, sinaliza a adoção de medidas que visam incentivar a participação feminina no ambiente institucional e extinguir ou, ao menos, reduzir a desigualdade de gênero almejada pelas Nações Unidas.

⁸ Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-28_19-53_STJ-e-ONU-Mulheres-assinam-memorando-de-entendimento-para-promover-igualdade-de-genero.aspx. Acesso em: 16 out. 2020.

⁹ Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16131&seq_documento=26903310&data_pesquisa=13/10/2020&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento. Acesso em: 16 out. 2020.

¹⁰ Disponível em: <http://www.trt24.jus.br/web/guest/politica-de-genero?inheritRedirect=true>. Acesso em: 17 out. 2020.

Todavia, há que se observar se efetivamente a participação feminina ocupa espaço nos atos decisórios da administração e os meios adequados para a inserção do sexo feminino reduzindo sua desigualdade, ainda que necessário tratamento diferenciado, para que se possa atingir a equidade de gênero preconizada na Agenda 2030 da ONU.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro ao integrar em suas metas a Agenda 2030 proporciona a interlocução entre os demais órgãos e os atores sociais na direção de a implementação aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

É cediço que essa integração significa o início de uma construção de ações e medidas universais visando à concretude dos objetivos de desenvolvimento sustentável até 2030.

Nesse viés, o Conselho Nacional de Justiça disponibilizou em seu site um ícone específico de acesso à Agenda 2030 no Poder Judiciário, no qual encontra-se o histórico da Agenda 2030; leis e atos normativos; comitê interinstitucional; comissão da Agenda 2030; LIODS CNJ, dentre outras informações que foram mencionadas no desenvolvimento do artigo com o intuito de fornecer informações a comunidade.

Também os Tribunais das unidades federativas, a partir da Portaria CNJ n. 133/2018, que instituiu o Comitê Institucional destinado a integrar as metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos ODS, vêm adotando ações que tutelam de forma mais abrangente os direitos humanos.

Dentre os objetivos tutelados, destaca-se o ODS 5 da Agenda 2030, que visa a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, especialmente no que concerne a meta 5.5 (garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública).

A meta 5.5 encontra-se delineada na Resolução CNJ n. 255/2018 que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, que foi acolhida pelos Tribunais das unidades federativas.

Todavia, a igualdade de gênero e participação das mulheres no Poder Judiciário, ultrapassa a questão quantitativa, uma vez que a garantia de participação será efetivamente plena quando elas ocuparem igualmente o espaço de atos decisórios da administração.

Por isso, a inclusão da Agenda 2030 nas metas do Poder Judiciário sinaliza como uma importante ferramenta para que se possa construir ações e medidas, visando à erradicação toda e qualquer forma de discriminação e, por via de consequência, implementando-se, a efetiva igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Agenda 2030 no Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/>. Acesso em: 18 out. 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 255**, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao255-04-09-2018-presidencia.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Objetivos de Desenvolvimento sustentável (ODS)**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>. Acesso em: 18 out. 2020

BRASIL. Portal Brasil. **Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em: 18 out. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Instrução Normativa STJ/GP n. 16**, de 8 de outubro de 2020. Regulamenta o Programa de Participação Feminina. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16131&seq_documento=26903310&data_pesquisa=13/10/2020&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. **Portaria TRT/GP n. 41/2019**. Cria Grupo de Trabalho para elaboração de estudos destinados ao cumprimento da Resolução CNJ 255/2018, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.trt24.jus.br/web/guest/politica-de-genero?inheritRedirect=true>. Acesso em: 17 out. 2020.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Direitos Humanos e a Agenda 2030: Uma mudança de paradigma em direção a um modelo mais equilibrado para o desenvolvimento sustentável. In: **Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento**

sustentável da Agenda 2030 [recurso eletrônico] coordenação: Livia Gaigher Bósio Campello. 1 ed. São Paulo: IDHG, 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 18 out. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e funções.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira; HELD, Thaisa Maira Rodrigues. Paridade de gênero na magistratura: um imperativo da democracia *in* **Revista CNJ**, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 82-91, jul./dez.2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/download/77/26/>. Acesso em: 11 out. 2020.

ACÓRDÃOS



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

0024440-29.2015.5.24.0006

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO nº 0024440-29.2015.5.24.0006 - RO

A C Ó R D ã O

2ª Turma

Relator: Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO

Redator Designado: Des. AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

Recorrente: DOUGLAS HENRIQUE FERNANDES SANCHEZ

Advogado: Francisco das Chagas de Siqueira Junior

Recorrida: RAUPP TRANSPORTE RODOVIÁRIO LTDA. - EPP

Advogado: César Augusto da Silva Peres

Origem: 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ASSÉDIO MORAL. APELIDOS. CONOTAÇÃO NÃO PEJORATIVA. 1. Cada ambiente de trabalho possui características próprias e harmônicas com sua realidade. É certo que a utilização de apelidos pejorativos e estigmatizantes direcionados a determinada pessoa, com o intuito de humilhá-la ou expô-la ao ridículo, sem dúvida, caracteriza assédio moral. 2. Situação muito diferente do que ocorre em um ambiente de trabalho marcado pela generalização de apelidos que têm conotação muito mais de intimidade do que de escárnio. 3. A situação dos autos retrata, retirado o exagero da testemunha do obreiro, um ambiente de camaradagem, em que apelidos eram demonstração de inclusão no grupo, e não exclusão, discriminação ou deboche. 4. Assédio moral não caracterizado. Recurso não provido.

O relatório é da lavra do Exmo. Des. Francisco das Chagas Lima Filho:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº 0024440-29.2015.5.24.0006-RO), em que são partes as acima indicadas.

Com o objetivo de reformar a r. sentença proferida pela Juíza Beatriz Maki Shinzato Capucho, que acolheu em parte as pretensões deduzidas na exordial, recorre o demandante.

Contrarrazões apresentadas oportunamente.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 84 do RITRT.

É o relatório."

1 - CONHECIMENTO

O conhecimento é da lavra do Exmo. Des. Francisco das Chagas Lima Filho:

"Porque presentes os pressupostos de cabimento e admissibilidade, conheço do recurso e das contrarrazões."

2 - MÉRITO

A sentença entendeu não demonstrada a ocorrência de assédio moral, pois a testemunha indicada pelo autor excedeu-se ao narrar fatos graves sequer mencionados na exordial, enquanto as testemunhas trazidas comprovam que o tratamento consistente no uso de apelidos depreciativos era prática comum na empresa, sendo utilizado por todos, inclusive pelo demandante no trato com os colegas e superiores, razão pela qual "não foi comprovado que o apelido era utilizado com intuito de humilhar o Reclamante" (Id df42671 - p.3).

Argumenta o demandante existir prova suficiente de que, na função de Ajudante de Carga e Descarga, o trabalhador era vítima de assédio, pois "sofria constantemente com as piadas e chacotas por sua feição física", praticado pelos prepostos e colegas, inclusive "na frente de terceiros, chamando o Recorrente de MUSSUM" (Id dca7d2a - p. 4)." **(Relatório da lavra do Exmo. Des. Relator)**.

Sem razão.

A sentença merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Litteris (ID df42671 - Pág. 3):

O Reclamante pleiteou o pagamento de indenização por danos morais, porque era chamado de MUSSUM por seus superiores, de forma pejorativa e humilhante.

Entende-se que o dano não foi comprovado.

É que não foi comprovado que o apelido era utilizado com intuito de humilhar o Reclamante.

Embora a testemunha indicada pelo Reclamante tenha afirmado que o "apelido era pejorativo, pois quando alguma coisa dava errada, dizia (Sr. Johnny) que era por causa do cor do cidadão" (item 18), essa situação foi negada pela testemunha indicada pela Reclamada.

Segundo a testemunha indicada pela Reclamada, Sr. Rinaldo, o tratamento por apelidos era comum na empresa, sendo utilizado por todos, inclusive pelo Reclamante no trato com seus colegas e superiores.

Há que se dar credibilidade ao depoimento da testemunha indicada pela Reclamada, pois nem mesmo o Reclamante mencionou na petição inicial ou no seu depoimento a situação narrada por sua testemunha.

É de se mencionar, ainda, que o Sr. ELIO (reclamante do processo 24443-81.2015) queixou-se do tratamento que lhe era dispensado por colega e não por seus superiores.

Não tendo sido robusta a prova produzida, indefere-se o pedido de indenização de danos morais.

É importante perceber que cada ambiente de trabalho possui características próprias e harmônicas com sua realidade.

Assim, a utilização de apelidos pejorativos e estigmatizantes direcionadas a determinada pessoa, com o intuito de humilhá-la ou expô-la ao ridículo, sem dúvida, caracteriza assédio moral.

Situação muito diferente do que ocorre em um ambiente de trabalho marcado pela generalização de apelidos que têm conotação muito mais de intimidade do que de escárnio.

A situação dos autos retrata, retirado o exagero da testemunha do obreiro, muito bem delineada pelo julgador da origem, um ambiente de camaradagem, onde apelidos são demonstração de inclusão no grupo e não exclusão, discriminação ou deboche.

Não vislumbro o assédio moral, motivo pelo qual nego provimento ao recurso.

**O voto vencido é de autoria do Exmo.
Des. Francisco das Chagas Lima Filho:**

***"APELIDOS DEPRECIATIVOS. ASSÉDIO MORAL
DISCRIMINATÓRIO CARACTERIZADO***

A sentença entendeu não demonstrada a ocorrência de assédio moral, pois a testemunha indicada pelo

autor excedeu-se ao narrar fatos graves sequer mencionados na exordial, enquanto as testemunhas trazidas comprovam que o tratamento consistente no uso de apelidos depreciativos era prática comum na empresa, sendo utilizado por todos, inclusive pelo demandante no trato com os colegas e superiores, razão pela qual "não foi comprovado que o apelido era utilizado com intuito de humilhar o Reclamante" (Id df42671 - p.3).

Argumenta o demandante existir prova suficiente de que, na função de Ajudante de Carga e Descarga, o trabalhador era vítima de assédio, pois "sofria constantemente com as piadas e chacotas por sua feição física", praticado pelos prepostos e colegas, inclusive "na frente de terceiros, chamando o Recorrente de MUSSUM" (Id dca7d2a - p. 4).

Com a devida venia ao entendimento da sentença, o apelo merece parcial provimento.

O assédio moral é caracterizado por condutas reiteradas e sistemáticas de caráter desrespeito e degradantes ao trabalhador em razão do labor ou de alguma característica pessoal. Por conseguinte, atinge a dignidade humana da vítima.

Como lembra Francisco González Navarro[1], o assédio moral se revele por condutas ilícitas, sistemáticas e reiteradas no local de trabalho ou razão deste, com aptidão de atingir a alma do assediado provocando

danos de natureza psíquica, física ou patrimonial e, portanto, prejudicando de forma grave a empregabilidade da vítima.

Nesse quadro, e por se tratar de ilícito, não pode ser presumido, incumbindo aquele que se diz atingido, comprovar de forma objetiva e concreta a agressão.

No caso concreto, houve confissão do demandado da prática dos atos assediantes, nos seguintes termos:

Lembra-se que o pessoal chamava o Sr. Douglas de Pig [N.: porco], por causa do desenho animado (Id 4e66856 - p. 3).

Ademais, a testemunha Rinaldo Wolff Carvalho Gomes confirma a prática ao afirmar:

... que o seu apelido na empresa é de Véio;

... que esse seu apelido é utilizado para toda situação;

... que não se sente ofendido;

... que praticamente todos os empregados têm apelidos;

... que o reclamante Douglas era chamado de Morcego, Batman, Muçum;

... que o apelido não era para ofender, era uma brincadeira;

... que o reclamante Douglas também chamava os empregados pelos apelidos;

... que chamava o reclamante Elio de índio, pela sua aparência, mas não sabe se ele é índio.

Também o autor assentiu que, além de ser chamado pelo apelido de "Mussum", era referido por outras alcunhas, como "neguinho" e "majestade" (Id 4e66856 - p. 2).

Destaco que a petição inicial não menciona, muito menos enfatiza, qualquer caráter de discriminação racial, limitando-se a descrever o desconforto do trabalhador por ser tratado de alcunhas.

Esse tipo de comportamento, a par de discriminatório, trás para o trabalhador não apenas desconforto, mas humilhação, pois tem o direito de ser tratado com respeito pelo nome, sendo mesmo esse um direito de personalidade expressamente previsto no art. 16 do Código Civil.

Todavia, e considerando o princípio da imediatidade, deve ser prestigiada a sentença ao invalidar o depoimento da testemunha trazida pelo autor, pois de fato, excedeu na narração dos fatos, ao afirmar "que era um apelido pejorativo, pois quando alguma coisa dava errada, dizia que era por causa da cor do cidadão" (Id 4e66856 - p. 4). Não é crível que o autor deixaria de narrar eventual conduta típica e fortemente reprovável como é a discriminação racial, situação não alegada na peça de ingresso.

Entretanto, a prova oral evidencia que o tratamento por meio de alcunhas no ambiente laboral não

era amistoso, conforme se extrai do depoimento da testemunha apresentada pela empresa ao informar:

... que não sabe por que isso acontecia com os reclamantes, mas acredita que era por falta de afinidade ou intimidade com o Sr. Johnny e o resto da equipe.

Assim, deveria a demandada ter adotado providências de modo a evitar que fosse utilizado aquele tipo de tratamento, pois constitui dever do empregador zelar para que haja um ambiente de urbanidade e respeito no local de trabalho, sendo intolerável todo e qualquer tratamento que diminua ou discrimine o trabalhador em razão de qualquer condição pessoal, aí incluída, a compleição física.

Afinal, a empresa há muito deixou de ser um mero espaço de prestação laboral em que tudo é válido para se tornar também um locus de exercício de direitos inerentes à cidadania, o que implica afirmar que o trabalhador tem o direito de ser tratado com respeito, pelo nome e não por alcunhas ligadas a sua compleição física.

Nesse sentido, aliás, vale trazer à colação os seguintes arestos do Colendo TST:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. ADOÇÃO DE APELIDO PEJORATIVO NA NOMEAÇÃO DO EMPREGADO. VALOR DA CONDENAÇÃO. O Regional, após o exame de fatos e provas, condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos

morais, pelo fato de o empregado ser chamado comumente por seus colegas e superiores hierárquicos pela alcunha de "mosquito da dengue". Nesse contexto, não há dúvidas de que estão presentes os requisitos legais para a imposição de indenização por danos morais decorrentes do dano moral sofrido (dano in re ipsa, nexo causal e culpa empresarial). No que diz respeito ao valor da indenização, não se verificou fixação de valor indenizatório fora da razoabilidade. Recurso de Revista não conhecido (TST-RR-1004-57.2012.5.09.0008 - Relatora Ministra Maria de Assis Calsing - 4ª Turma - DEJT 24.4.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. TRATAMENTO VEXATÓRIO E HUMILHANTE. 2. VALOR ARBITRADO. APELO DESFUNDAMENTADO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por danos moral e material encontra amparo nos arts. 186, 927 do Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). A higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF). No caso concreto, o Tribunal Regional consignou que houve ofensa à dignidade do Reclamante, evidenciada pela violência psicológica, mediante a atribuição pelo superior hierárquico, de apelido de caráter pejorativo ao Autor,

ofensa que também era praticada pelos demais colegas no local de trabalho e que provocou sofrimento moral ao Obreiro. Nesse contexto, para que se possa chegar a conclusão diversa da apontada pelo Regional, seria imprescindível o revolvimento de conteúdo fático-probatório, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 126/TST). Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que ora subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido (AIRR 20263-52.2013.5.04.0522 - Relator Ministro Maurício Godinho Delgado - 3ª Turma - DEJT 11.12.2015).

Assim entendido, tem a empresa o dever de indenizar pelos danos que o trabalhador sofreu com a conduta ofensiva e omissa do empregador com alcunhas humilhantes e vexatórias, na forma do previsto no inciso X do art. 5º do Texto Maior e 186 do Código Civil, porque sabendo do que acontecia nenhuma providência adotou para impedir continuasse acontecendo.

Tendo em vista o móvel e a gravidade da conduta, e tomando em consideração os parâmetros constantes do art. 944 do Código Civil, entendo razoável fixar em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pelo trabalhador, até mesmo para que, pedagogicamente, possa desestimular eventual repetição desse tipo de conduta ofensiva.

Nesse quadro, provejo parcialmente o apelo, nos termos supra.

[1] GONZÁLEZ NAVARRO Francisco. **Acoso psíquico en el trabajo (El alma, bien jurídico a proteger)**. Madrid: Cadernos Civitas, 2002, p. 139."

POSTO ISSO

Participaram deste julgamento:

Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior;

Des. Ricardo Geraldo Monteiro Zandona;

Des. Francisco das C. Lima Filho
(Presidente da 2ª Turma).

Presente também o representante do
Ministério Público do Trabalho.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, **conhecer do recurso**, nos termos do voto do desembargador Francisco das C. Lima Filho (relator); no mérito, por maioria, **negar-lhe provimento**, nos termos do voto do Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior, vencido em parte o Desembargador relator. Redigirá o acórdão o Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior.

Campo Grande, MS, 30.11.2016.

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Desembargador Federal do Trabalho
Redator Designado



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO n° 0025569-66.2015.5.24.0007 (RO)

A C Ó R D ã O

1ª TURMA

Relator : Des. ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

**Recorrente : EUCATUR - EMPRESA UNIÃO CASCAVEL DE TRANSPORTES E
TURISMO LTDA.**

Advogados : Jeyancarlo Xavier Bernardino da Luz e outro

Recorrente : MÁRCIO ÁVALOS CARVALHO

Advogada : Camila de Jesus Marques Covre

Recorridos : OS MESMOS

Origem : 7ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO. O dever de indenizar pressupõe a prática de ato ilícito (artigos 186 e 927 do Código Civil), o que restou demonstrado nos autos, sendo devida, por corolário, a indenização pleiteada. Recurso da reclamada não provido no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0025569-66.2015.5.24.0007-RO) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Inconformadas com a r. decisão ID 5c96fbd, complementada pela decisão ID 74cbfa0, proferida pelo Exmo. Juiz Titular de Vara do Trabalho Renato Luiz Miyasato de Faria, que julgou procedentes em parte os pedidos articulados na inicial, recorrem ordinariamente as partes a este Egrégio Tribunal, pretendendo reforma.

Depósito recursal e custas processuais satisfeitos.

Contrarrazões apresentadas pela reclamada.

Em razão do que prescreve o artigo 84 do Regimento Interno, os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço dos recursos e das contrarrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - RECURSOS DAS PARTES

2.1.1 - DANOS MORAIS

Insurgem-se as partes contra a r. decisão que condenou a reclamada ao pagamento de R\$6.000,00 a título de danos morais.

A reclamada sustenta não haver elementos nos autos que imponham a obrigação de indenizar e, se mantida a condenação, aduz que o valor apresenta-se excessivo, devendo ser

fixado em R\$ 2.000,00. O reclamante pretende a majoração da condenação, por insuficiente para reparar o dano sofrido.

Sem razão as partes.

Na inicial, o reclamante afirma que era alvo de brincadeiras de mau gosto e perseguição pelos colegas de trabalho em razão de sua opção sexual.

A reclamada nega os fatos em sua defesa e alega que "o reclamante nunca fez qualquer tipo de reclamação aos seus superiores, vindo a empresa tomar conhecimento dos referidos fatos somente neste momento" (ID 4caeac8, p. 7).

Ocorre que, em seu depoimento pessoal, o preposto admitiu que foi procurado pelo reclamante e que em razão da denúncia de brincadeiras sobre a sexualidade do autor, promoveu duas reuniões com o fim de cessar tal prática pelos demais empregados (ID bc66ad8, p. 1).

Apesar de nunca ter presenciado qualquer dos fatos alegados pelo autor, presumo que o preposto tivesse conhecimento do falatório que ocorria na empresa sobre a sexualidade do reclamante, pois não é crível que iria realizar reuniões levando tal problema ao conhecimento de diversos funcionários se não existisse de fato.

Ademais, as brincadeiras de mau gosto foram comprovadas pela oitiva das seguintes testemunhas:

Ana (ID bc66ad8, p. 3):

3. alguns funcionários chamavam o autor de menininha, dependendo de como ele pegava na mão tiravam o sarro dele, chamam que ele era gay; tais fatos aconteceram várias vezes;

5. o Sr. Valdecir auxiliar administrativo se referiu ao autor como "esse viadinho" porque teria havido um erro na emissão de uma nota; tal fato aconteceu em um domingo e a depoente presenciou tal pessoa no ato;

6. o Sr. Jasiel, motorista, comentou com a depoente que disse para o autor que ele gostava disso, referindo-se a um material parecido com um tubo, que estava no veículo; a depoente disse para que ele não fizesse mais tais brincadeiras porque aquilo poderia dar um BO, o que aconteceu após referida reunião;

Alexander (ID bc66ad8, p. 3):

4. os auxiliares operacional faziam chacotas em relação à sexualidade do autor, o que ocorria apenas entre eles e não dito ao autor; o autor não sabia dos referidos comentários porque eram feitos à distância;

7. o que mais chamavam o autor era de florzinha, fazendo referência ao tom suave da voz do autor.

A opção sexual de uma pessoa não pode ser motivo de chacota, expondo a vida privada e ferindo a honra e a imagem do ofendido, consoante balizas constitucionais (artigos 1º, III e art. 5º, caput e incisos V e X, da Constituição Federal), cabendo ao empregador zelar pela higidez do ambiente de trabalho, a fim de evitar sua degradação.

Configurada a prática de ato ilícito, exsurge a obrigação de indenizar (artigos 186 e 927 do Código Civil) e, no caso, a reclamada é responsável pelos comentários feitos sobre o reclamante no ambiente de trabalho, nos termos do art. 932, III, do Código Civil. Registro que o sofrimento psicológico e moral prescinde de prova, sendo decorrência natural do ilícito (dano *in re ipsa*).

Destaco que a reclamada inova a lide ao sustentar, somente em suas razões recursais, que teria agido diligentemente para cessar as ofensas relatadas pelo reclamante. Não obstante, não é o caso de excludente de responsabilidade, podendo tal ato, no máximo, servir para minimizar o grau de culpa do agente.

Presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, mantenho a condenação da reclamada a indenizar pelos danos morais sofridos pelo reclamante.

No tocante ao valor da indenização, é certo que o magistrado deve agir com parcimônia no arbitramento do dano moral, de modo que o valor deve servir de advertência ao ofensor e representar uma justa compensação ao ofendido porém sem implicar enriquecimento sem causa, levando-se em conta, assim, a situação financeira do agressor e da vítima, a intensidade do dano e o grau de culpa do agente.

Nesse compasso, entendo que o valor de R\$6.000,00 (seis mil reais), fixado na origem, é justo e adequado aos fatos em análise, sopesados os critérios acima expostos e considerando os precedentes deste E. Tribunal.

Nego provimento aos recursos.

2.2 - RECURSO DA RECLAMADA

2.2.1 - ADICIONAL NOTURNO

Aduz a reclamada que o adicional noturno e as horas extras da redução da hora noturna foram devidamente quitadas no mês seguinte, razão pela qual merece reforma a r. decisão.

Com razão.

De fato o holerite do mês de agosto/2015 (ID d5e727a, p. 11), comprova a quitação do adicional noturno e da hora noturna reduzida, relativos ao labor noturno ocorrido no mês de julho/2015 (cartão de ponto - ID f0f91b7, p. 10).

Igualmente, confrontando os cartões de ponto relativos aos meses de fevereiro, março e abril/2015 (ID f0f91b7, p. 5-7) em que houve avanço da jornada para além das 22h, com os contracheques dos meses de março, abril e maio/2015 (ID d5e727a, p. 6-8), confirma-se o pagamento do respectivo adicional e da hora reduzida nos meses subsequentes àqueles laborados.

O pagamento do adicional noturno no mês seguinte ao trabalhado está previsto na cláusula décima primeira do acordo coletivo 2014/2015 que rege a relação de trabalho das respectivas categorias acordantes, nas quais se enquadram as partes (ID 71f4f85, p. 4).

Dou provimento ao recurso para afastar da condenação o pagamento do adicional noturno e das horas extras decorrentes da redução da hora noturna, e respectivos reflexos, relativos ao mês de julho/2015.

2.2.2 - MULTA DE 40% DO FGTS

Insurge-se a reclamada contra a r. decisão que a condenou ao pagamento da multa de 40% do FGTS, arguindo que a sentença extrapolou o pedido inicial do reclamante que deixou de requerê-la em juízo.

Com razão.

O artigo 492 do CPC preceitua ser "[...] vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.". Referido dispositivo legal, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, indica a proibição de julgamento *citra petita* (aquém do pedido), *ultra petita* (além do pedido) e *extra petita* (fora do pedido) e impõe a adequação da decisão ao pedido formulado na petição inicial.

Com efeito, no tópico II.3 da petição inicial, relativo a ausência de recolhimentos de FGTS e INSS (ID 7cacf16, p. 4), não há pedido expresso de pagamento da multa de 40% do FGTS, nem mesmo no rol de pedidos ao final da peça consta referida pretensão, limitando-se o autor a requerer "o recolhimento ou pagamento de forma indenizada de FGTS e INSS, bem como, a liberação da guia para saque das verbas fundiárias" (ID 7cacf16, p. 15).

Portanto, como não há pedido, tampouco causa de pedir, a respeito da multa de 40% do FGTS, dou provimento ao recurso para afastar da condenação a respectiva multa.

Fixo à condenação o valor de R\$ 6.000,00.
Custas processuais no importe de R\$120,00, satisfeitas.

ACÓRDÃO

Participaram deste julgamento:

Desembargador André Luís Moraes de
Oliveira;

Desembargador Marcio Vasques Thibau de
Almeida;

Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Presente o representante do Ministério
Público do Trabalho.

ACORDAM os integrantes da Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, **conhecer dos recursos das partes** e das contrarrazões da reclamada e, no mérito, **negar provimento ao recurso do reclamante e dar parcial provimento ao recurso da reclamada** para afastar da condenação o pagamento do adicional noturno e das horas extras decorrentes da redução da hora noturna, e respectivos reflexos, relativos ao mês de julho/2015, bem como excluir a multa de 40% do FGTS, nos termos do voto do Desembargador André Luís Moraes de Oliveira (relator).

Fixado à condenação o valor de R\$ 6.000,00.
Custas processuais no importe de R\$120,00, satisfeitas.

Campo Grande, 2 de agosto de 2017.

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA
Desembargador do Trabalho
Relator



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO n° 0024736-88.2014.5.24.0005 (RO)

A C Ó R D ã O

1ª TURMA

Relator : Des. ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

Recorrente : MARISA LOJAS S.A.

Advogado : Christiano Drumond Patrus Ananias

Recorrente : EDIMAR SABIO DA SILVA

Advogado : Bertoni Aparecido Gonçalves Nantes

Recorridos : OS MESMOS

Origem : 5ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. O reconhecimento, em juízo, do direito a diferenças de verbas rescisórias não enseja a aplicação da penalidade prevista no § 8º do artigo 477 da CLT. Recurso do reclamante desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0024736-88.2014.5.24.0005-RO) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Inconformadas com a r. decisão proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Substituto Renato de Moraes Anderson, que julgou procedentes em parte os pedidos articulados na inicial, recorrem ordinariamente as partes a este Egrégio Tribunal, pretendendo reforma.

Depósito recursal e custas processuais satisfeitos.

Contrarrazões apresentadas pelo reclamante e pela reclamada.

Em razão do que prescreve o artigo 84 do Regimento Interno, os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço dos recursos e de ambas as contrarrazões.

2 - MÉRITO

Inverto a ordem na análise dos recursos considerando que o eventual acolhimento da pretensão do reclamante interferirá na análise do apelo da reclamada.

2.1 - RECURSO DO RECLAMANTE

2.1.1 - REVERSÃO DO PEDIDO DE DEMISSÃO

Insiste o reclamante na reversão do pedido de demissão, considerando que as perseguições sofridas,

determinantes para a rescisão do contrato, eram constantes e foram comprovadas pela testemunha.

Sem razão.

No caso, depreende-se que houve rescisão contratual por iniciativa do reclamante, mediante de pedido de demissão, conforme documento manuscrito pelo próprio autor (ID 3e05997). Ademais, não restou suficientemente provado nos autos que o autor tenha sofrido pressão psicológica para pedir demissão, bem como não se evidencia que tenha ocorrido vício de consentimento a macular sua manifestação de vontade que reputo externada livremente.

A única testemunha ouvida nada declarou com relação ao que motivou o término do contrato de trabalho do reclamante, e, de fato, nem poderia uma vez que trabalhou na empresa reclamada até 25.12.2013 e o pedido de demissão do reclamante ocorreu somente em 4.2.2014.

Nego provimento ao recurso.

2.2 - RECURSO DA RECLAMADA

2.2.1 - PRÊMIO - INTEGRAÇÃO

Insurge-se a reclamada contra a r. sentença que deferiu a integração do prêmio à remuneração do autor, sustentando que o pagamento da premiação dependia do atingimento de metas, funcionando como um incentivo aos funcionários e por isso não era habitual.

Sem razão.

Em defesa, a recorrente admitiu a participação do reclamante em seu programa de metas, aduzindo que quando o estabelecimento atingia as metas, os empregados recebiam a premiação.

Comprovado, pelo depoimento da testemunha obreira (itens 10 e 11, ID 784c72b, p. 2), o pagamento de prêmios, era ônus da reclamada, seja por tratar-se de fato impeditivo do direito do autor (artigo 373, inciso I do CPC), seja pelo princípio da aptidão para a prova, trazer aos autos a documentação pertinente, da qual é a detentora, a fim de comprovar a apuração dos valores pagos a esse título, critérios de cálculo da parcela e outros elementos que pudessem demonstrar os valores devidos e a sua regular quitação, o que, todavia, não fez, prevalecendo, então, os valores definidos na sentença.

Nego provimento.

2.2.2 - HORAS EXTRAS E REFLEXOS

Aduz a reclamada que são contraditórios os depoimentos da testemunha obreira e do reclamante, não havendo prova a justificar a condenação em horas extras.

Com razão.

A reclamada juntou aos autos os espelhos dos cartões de ponto (ID 2d58170 e seguintes), os quais foram impugnados pelo reclamante por serem apócrifos (ID 92f6b99,

p.2). Entretanto, a mera ausência de assinatura do trabalhador em tais documentos não é suficiente para sua invalidação, não existindo dispositivo legal que imponha a necessidade de assinatura para sua validade.

Da análise dos referidos documentos, observo que consignam registros variáveis, em alguns dias com jornada superior à declinada na inicial (25.10.2013, 29.11.2013 e 11.12.2013), com algumas horas extras lançadas em banco de horas e as horas extras relativamente ao mês de dezembro, devidamente contraprestadas (ID aef4e1f e ID 4c83f1c).

Ademais, o depoimento da testemunha obreira não foi capaz de desconstituir a presunção de veracidade dos cartões de ponto, pois nada disse a respeito de eventual falta de fidedignidade dos controles de frequência, limitando-se a repetir, e até supervalorizar, a jornada declinada na inicial.

Destarte, reconheço como verdadeira a jornada descrita nos controles de frequência juntados aos autos.

Consigno, por fim, que o regime compensatório na modalidade de banco de horas, ao qual aderiu o autor (ID 5faa664, p. 2 e 3), estava autorizado por norma coletiva (cláusula 34^a da CCT 2012/2013 - ID adf722a), e foi devidamente observado pela reclamada, porquanto havia nos controles a especificação dos créditos e débitos de horas, com o saldo anterior e o saldo final; as compensações ocorreram no prazo de 60 (sessenta) dias (ID ca6470c); e as horas extras trabalhadas no mês de dezembro/2013 foram quitadas (ID aef4e1f e ID 4c83f1c).

Dou provimento ao recurso para afastar da condenação o pagamento de horas extras e reflexos.

2.2.3 - DIFERENÇAS VERBAS RESCISÓRIAS

O juízo condenou a reclamada a pagar diferenças de verbas rescisórias (férias proporcionais correspondentes a 7/12 acrescidas de 1/3 e 3/12 de décimo terceiro salário de 2014). Afirma a recorrente que o contrato de trabalho do reclamante durou apenas 5 meses, razão pela qual não são devidas as férias proporcionais na ordem de 7/12.

Com razão.

Com efeito, o reclamante foi admitido em 2.9.2013 e pediu demissão em 4.2.2014, não tendo cumprido o aviso prévio, razão pela qual faz jus às férias proporcionais na ordem de 5/12, acrescidas de 1/3, termos em que dou provimento ao recurso.

2.2.4 - MULTAS DOS ARTIGOS 477 E 467 DA CLT

Buscando afastar a aplicação das multas dos artigos 477 e 467 da CLT, afirma a reclamada que não houve atraso no pagamento das verbas rescisórias pois inexistia crédito em favor do reclamante e havia controvérsia acerca das parcelas objeto da ação.

Com razão.

Verifica-se do TRCT (ID d5b9c42) que não havia saldo a ser pago ao reclamante em razão do desconto do aviso prévio não cumprido decorrente do seu pedido de demissão (ID 3e05997).

Assim, a reclamada não tinha nenhum pagamento a realizar, razão pela qual não há se falar em atraso no pagamento. Além disso, como o vínculo de emprego era inferior a um ano, não havia necessidade de homologação da rescisão contratual.

O reconhecimento, em juízo, do direito a diferenças de verbas rescisórias não enseja a aplicação da penalidade prevista no § 8º do artigo 477 da CLT.

Não havendo verbas incontroversas a serem pagas na primeira audiência, improcede o pleito relativo à multa do artigo 467 da CLT.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação o pagamento das multas previstas nos artigos 477 e 467 da CLT.

2.3 - RECURSOS DAS PARTES

2.3.1 - DANOS MORAIS

Insurgem-se as partes contra a r. decisão que condenou a reclamada ao pagamento de R\$5.000,00 a título de danos morais.

A reclamada sustenta que não praticou qualquer ato ilícito e que o reclamante não comprovou prejuízo à sua honra e dignidade. Pugna, alternativamente pela redução da quantia arbitrada. O reclamante pretende a majoração da condenação, por insuficiente para reparar o dano sofrido.

Sem razão as partes.

Na inicial, o reclamante afirma que era alvo de perseguição e constantemente humilhado pelo seu superior hierárquico por ser homossexual.

A reclamada nega os fatos em sua defesa e na audiência de instrução.

A única testemunha ouvida confirma a alegação obreira, pois enquanto trabalhou com o reclamante, presenciou ser ele alvo de brincadeira inconveniente, envolvendo sua sexualidade, pelo seu superior (itens 3 e 4, ID 784c72b).

A opção sexual de uma pessoa não pode ser motivo de chacota, expondo a vida privada e ferindo a honra e a imagem do ofendido, consoante balizas constitucionais (artigos 1º, III e art. 5º, *caput* e incisos V e X, da Constituição Federal), cabendo ao empregador zelar pela higidez do ambiente de trabalho, a fim de evitar sua degradação.

Configurada a prática de ato ilícito, exsurge a obrigação de indenizar (artigos 186 e 927 do Código Civil) e, no caso, a reclamada é responsável pelos comentários feitos sobre o reclamante no ambiente de trabalho, nos termos do artigo 932, III, do Código Civil. Registro que o sofrimento

psicológico e moral prescinde de prova, sendo decorrência natural do ilícito (dano *in re ipsa*).

Presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, mantenho a condenação da reclamada a indenizar pelos danos morais sofridos pelo reclamante.

No tocante ao valor da indenização, é certo que o magistrado deve agir com parcimônia no arbitramento do dano moral, de modo que o valor deve servir de advertência ao ofensor e representar uma justa compensação ao ofendido porém sem implicar enriquecimento sem causa, levando-se em conta, assim, a situação financeira do agressor e da vítima, a intensidade do dano e o grau de culpa do agente.

Nesse compasso, entendo que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixado na origem, é justo e adequado aos fatos em análise, sopesados os critérios acima expostos e considerando os precedentes deste E. Tribunal.

Nego provimento aos recursos.

Fixo à condenação o valor de R\$ 6.000,00.
Custas processuais no importe de R\$ 120,00, satisfeitas.

ACÓRDÃO

Participaram deste julgamento:

Desembargador André Luís Moraes de
Oliveira;

Desembargador Nicanor de Araújo Lima;

Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

Ausente, por motivo de férias, o Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida.

ACORDAM os integrantes da Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, **conhecer dos recursos** e de ambas as contrarrazões e, no mérito, **negar provimento ao recurso do reclamante e dar parcial provimento ao recurso da reclamada** para afastar da condenação o pagamento de horas extras e reflexos, limitar as férias proporcionais à ordem de 5/12, acrescidas de 1/3, e excluir as multas previstas nos artigos 477 e 467 da CLT, nos termos do voto do Desembargador André Luís Moraes de Oliveira (relator).

Fixado à condenação o valor de R\$ 6.000,00.
Custas processuais no importe de R\$ 120,00, satisfeitas.

Campo Grande, 8 de novembro de 2017.

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA
Desembargador do Trabalho
Relator



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

A C Ó R D ã O

2ª TURMA

Relator : Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO
Recorrente : PAULO CEZAR DOS SANTOS SILVA
Advogada : Rosymeire Trindade Frazao
Recorrente : AMBEV S.A.
Advogada : Renata Gonçalves Tognini
Recorrido : PAULO CEZAR DOS SANTOS SILVA
Advogada : Rosymeire Trindade Frazao
Recorrida : AMBEV S.A.
Advogada : Renata Gonçalves Tognini
Origem : 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS

1. NULIDADE. INSTRUÇÃO ENCERRADA SEM QUALQUER PROTESTO. NÃO OCORRÊNCIA - Se a instrução foi encerrada sem qualquer protesto da parte que alega intimidação, coação e constrangimento da testemunha pelo magistrado, preclusa a oportunidade para discutir a matéria. Nulidade inexistente. Intelecção da norma contida no art. 795 da Lei Consolidada. **2. DISPENSA MOTIVADA. BRINCADEIRAS IMPRÓPRIAS E OFENSIVAS A COLEGA DE TRABALHO** - Existindo prova contundente da prática de falta grave pelo trabalhador, consistente em brincadeiras impróprias e ofensivas a colega no local da prestação laboral, em violação ao manual de ética e profissionalismo fornecido pela empresa,



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

correta a dispensa motivada por ato de indisciplina e mau procedimento, nos termos previstos nas alíneas "b" e "h", do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. **3. HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO. BANCO DE HORAS. REQUISITOS DE VALIDADE** - A compensação do trabalho extraordinário pelo sistema do banco de horas, na forma prevista no § 2º do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT antes da vigência da Lei 13.467/2017, pressupunha negociação coletiva e fiel observância dos termos pactuados. Eventual descumprimento dos requisitos convencionados gera a invalidade do sistema, devendo ser remuneradas as horas extras, observado, todavia, o entendimento constante da Súmula 85, inciso IV do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST. Recurso parcialmente provido.

R E L A T Ó R I O

Vistos, relatados e d estes autos (PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT), em que são partes as acima indicadas.

Com o objetivo de reformar a r. sentença proferida pelo Juiz Renato de Moraes Anderson, em auxílio perante à 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS, que acolheu parcialmente os pedidos constantes da exordial, recorrem as partes.



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

Comprovado o recolhimento de custas e a contratação de seguro garantia judicial com exibição de apólice que preenche todos os requisitos previstos em Lei (arts. 757 e seguintes do Código Civil).

Contrarrrazões apresentadas oportunamente.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 84 do RITRT.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

1 - CONHECIMENTO E QUESTÃO DE ORDEM. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. LEIS APLICÁVEIS

Pretende a recorrente reforma da sentença com a aplicação da TR, como fator de atualização monetária.

Entretanto, por força de decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes do Excelso Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Constitucionalidade 58 e 59, foi determinada a suspensão dos processos nos quais se discuta o fator de atualização monetária dos créditos trabalhistas, até decisão final naquelas ações, o que, com o devido respeito, não permite que a matéria seja decidida no momento.

Nesse quadro, apresento questão de ordem no sentido de propor se declare prejudicada a decisão de proferida pela sentença quanto à matéria vinculada ao fator de atualização monetária e, em consequência, a parte do recurso a esse respeito, que deverá ser definido por ocasião de liquidação da sentença, pois se trata de matéria de ordem pública, que sequer



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

depende de pedido da parte (art. 322 do Código de Processo Civil) e que, portanto, pode ser apreciado a qualquer momento, inclusive de ofício, pois a seu respeito não ocorre o fenômeno da preclusão, como, aliás, se extrai da decisão proferida em 1.7.2020 pelo ilustre Ministro, em de Agravo Regimental na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade, na qual manteve a liminar anteriormente deferida, data venia.

Assim, e até mesmo em prestígio aos princípios de celeridade e da razoável duração do processo, que encontram abrigo no Texto Maior (art. 5º, inciso LXXVIII), e como o sistema processual brasileiro adotou a teoria da sentença por capítulos, proponho se prosseguir no julgamento dos demais pedidos, reconhecendo-se prejudicada a parte da sentença no que concerne ao fator de atualização monetária, que será objeto de apreciação, inclusive quanto à definição, na fase de liquidação.

Desse modo, submeto a esta Turma esta questão de ordem, para que se aplique no caso concreto mesmo entendimento acima defendido.

Porque presentes os pressupostos de cabimento e admissibilidade, conheço do recurso e das contrarrazões.

2 - PRELIMINAR DE NULIDADE

Sustenta o demandante a nulidade do processo sob os seguintes argumentos (f. 580/581):

PRELIMINARMENTE esclarece que no ato da audiência o MM. Juiz interpelou a testemunha do recorrente aos gritos e com batidas na mesa, absurdamente deduziu que o Sr. Rogerio G. Larrea estivesse olhando as anotações da profissional que representa o apelante, infelizmente foi uma situação tão grotesca e descabida, que a própria profissional ficou



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

estarecida e, sequer pediu que constasse em ata, imagine então a pobre da testemunha !!!!!!!

Como não poderia ser diferente na sentença acostada às fls. ID. 30f02b2 o MM Juiz declarou imprestável o depoimento da testemunha como abaixo transcrito: (...)

Assim, se houver gravação ou câmera na sala de audiência, requer seja solicitado e analisada por este Egrégio Tribunal para que situações deprimentes e de verdadeira coação contra testemunhas não mais se repita, se houver essa possibilidade e se estes julgadores chegarem à conclusão que a testemunha foi coagida/constrangida pela postura do MM. Juiz, o que causou perplexidade aos presentes, pede seja determinando o retorno dos autos ao Juízo a quo para realização de nova audiência de instrução e oitiva da testemunha por outro Juiz, como consequência anulada a sentença e proferido novo julgamento.

Aprecio.

O sistema processual pátrio confere ao julgador ampla liberdade na direção do processo, incumbindo-lhe velar pelo andamento rápido dos processos sendo à ele facultado firmar convicção a partir de qualquer elemento de prova legalmente produzido, desde que fundamente a decisão (arts. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e 371 do Código de Processo Civil - CPC), sem que isso, por óbvias razões, o torne um tirano ou ditador processual; antes, deve, em qualquer circunstâncias, tratar com cortesia e o respeito devidos as partes e seus patronos e a todas as demais pessoas, devendo à elas dá tratamento igualitário, além do dever de colaboração, como expressamente previsto nos arts. 6º e 139, inciso do Código de Processo Civil e no Código de Ética da Magistratura (art. 22), incumbindo a quem alega tratamento indevido ou desrespeitoso, comprovar de forma efetiva, inclusive depois da edição da Lei 13.869/2019.



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

Necessário, ainda, lembrar com CALAMANDREI, que entre juízes e advogados não existe hierarquia, mas respeito recíproco e colaboração com uma única finalidade: alcançar a um julgamento justo, pois o *“advogado luta com bravura, já há alguns momentos, num heroico corpo a corpo oratório, para conseguir ser escutado por um tribunal”*¹.

Todavia, nos termos do art. 795 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem que falar em audiência ou nos autos, o que não ocorreu no caso concreto, *data venia*.

Com efeito, da leitura atenta da ata de audiência (f. 498/503), não se vê qualquer informação ou protesto das partes quanto à forma como alegadamente foi conduzida a audiência pelo nobre Magistrado que a presidiu.

A desconsideração do depoimento de testemunha por não ter transmitido credibilidade ao julgador, não pode ensejar a pretendida nulidade, à medida que se encontra inserida nos poderes de direção processual e livre convencimento motivado do julgador.

Eventual incorreção na valoração da prova não macula a decisão, apenas autoriza a reforma, o que desafia análise do mérito e será no momento apropriado.

Não há, portanto, nulidade a ser declarada, sobretudo se considerado o efeito devolutivo de que é dotado o recurso (art.1.013 do CPC), que permite o reexame da matéria pela instância superior, sem que se possa cogitar de prejuízo às partes (art. 794 da CLT).

Ademais, se de fato houve o que alegado, o que

¹ CALAMANDREI, Pietro. ***Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados***. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55.



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

não demonstrado, repita-se, poderia a recorrente lançar mão, inclusive, de procedimento correccional para eventual apuração.

Assim constatado, não vejo como acolher a tese nulidade pelo que, a rejeito e, como consequência, nego provimento ao recurso.

3 - MÉRITO

3.1 - DISPENSA MOTIVADA. ESTABILIDADE. MEMBRO DA CIPA. REINTEGRAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. VERBAS RESCISÓRIAS E MULTAS (RECURSO DO AUTOR)

A sentença indeferiu os pedidos de reversão da modalidade da dispensa do trabalhador, além da reintegração, ao fundamento de que a dispensa motivada se deu dentro dos limites do poder diretivo, com imediatidade e proporcionalidade.

Pugna o demandante a reforma.

Argumenta que, mesmo pressionada e coagida, a testemunha de nome Rogério *"esclareceu que o recorrente passava por vexames e humilhações"* conforme trecho do depoimento citado.

Defende que *"brincadeiras ocorriam no ambiente de trabalho"*, mas *"jamais destratou ou humilhou a colega de serviço de nome Yara, era fato que alterava muito a cor dos cabelos e todos os colegas brincavam em relação a esse fato, mas usaram tal brincadeira realizada por todos para prejudicar unicamente o recorrente"*.

Por fim, impugna o depoimento das demais testemunhas por se tratarem de empregados antigos.

Com o devido respeito, não colhe a tese.

Incontroverso ter sido o autor admitido em 6.7.2015 como supervisor I sendo dispensado em 10.4.2017, por ato de indisciplina e mau procedimento, nos termos do previsto nas alíneas "b" e "h" do art. 482 da Consolidação das Leis do



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

Trabalho - CLT (CTPS de f. 24, comunicação de f. 18 e TRCT de f. 455/456).

O documento de f. 27 evidencia ter sido o autor eleito e empossado como membro titular da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA (f. 27) em 9.3.2016, o que, *a priori*, lhe confere a garantia provisória no emprego, salvo em caso de dispensa por cometimento de falta grave (art. 10, inciso II, alínea "a" do ADCT), como de fato ocorreu.

Entretanto, a dispensa sob o fundamento de cometimento de falta grave pelo trabalhador, por poder afetar a garantia constitucional do direito social ao trabalho, ao direito de sobrevivência, exige comprovação robusta a cargo da empregadora.

Assim entendido, existe prova contundente do cometimento de ato de indisciplina e mau procedimento pelo trabalhador, consistente na prática de brincadeiras impróprias e ofensivas no ambiente laboral, em descumprimento ao manual de ética e profissionalismo da empresa e ao dever de colaboração para um ambiente harmônico e respeitoso.

É o que revela os seguintes trechos dos depoimentos de outros trabalhadores e do próprio autor, colhidos em procedimento prévio de investigação instaurado no âmbito interno da empresa:

(...) Yara sempre troca a cor do cabelo e Paulo Cezar, sempre fazia comentários desnecessários, que a constrangiam. (...) Eles já tiveram atritos anteriores por conta de brincadeiras em que ele tentava diminuir ela, por ser aprendiz. Um dia, a Yara trocou a foto do Whatsapp, e então ela colocou uma foto com o namorado dela, que é roqueiro e tem cabelo comprido, o Paulo viu a foto e perguntou pra ela diretamente se o parceiro da foto era homem ou mulher. Eu percebi que ela ficou muito chateada. Não consigo me recordar de mais ocorridos especificamente,



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

porém, certos tipos de brincadeiras pejorativas são constantes da parte dele (item 5 do depoimento de Adeilson da Silva - f. 338).

Já viu o Paulo fazer algum comentário? Como foi? Há quanto tempo? Sim. Foram vários comentários, mas não consigo pontuar exatamente. Mas foi na época em que a Yara apareceu com o cabelo rosa na unidade e o comentário foi sobre o cabelo (item 7 do depoimento de Cristiano Gustavo de Oliveira - f. 339).

Eu já vi o Paulo Cezar Santos fazer comentários desagradáveis para ela, que acredito ter constrangido a ela e a todos que estavam presentes na sala. Sobre a cor do cabelo, ele sempre comenta algo que provoca ira, mas ele não implica com ela só sobre o cabelo. Por exemplo, um dia no período da tarde, tivemos um *coffe break* aqui na unidade e ele propositalmente deixou a caixa vazia dos salgados na mesa dela como "lixo", sendo que a mesma vem ao CDD apenas no período matutino, e isso foi só pra ela se sentir excluída. Ele também faz comentários que a diminuem, por apenas ser aprendiz. A respeito do caso do namorado, eu não presenciei, porém já comentaram comigo a respeito do assunto, confirmando o ocorrido (item 5 do depoimento de Gustavo Henrique A. Lima - f. 340).

Nunca presenciei comentários pejorativos sobre o cabelo nem o namorado. Mas essas histórias já chegaram até mim por comentários na unidade, por exemplo, que o cabelo dela é pior que "Vassoura de bruxa" ou outro dia que o SCS Paulo Cezar bateu o ponto na máquina registradora e deixava o recibo de comprovação cair no chão. A Yara chegava e recolhia para o lixo (que fica embaixo da máquina registradora) os papéis que estava caídos no chão. Um dia o antigo coordenador na unidade, o Maurício, viu e orientou a conversar com ele



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

para não se repetir. Quando Yara foi conversar com o Paulo, ele afirmou que ela estava ali para fazer isso. Quem me contou essas histórias foi a própria Yara. O que eu presenciei que deixou ela muito chateada foi quanto Paulo comeu salgado e deixou uma caixa vazia de salgado em cima da mesa da Yara, não sei com qual objetivo, mas ela tendo que chegar, perguntar o que se tratava aquela caixa e ele rir. E então ela ter que tirar brava a caixa da mesa. Tbm já vi ele falando que ela é aprendiz e não faz nada de importante, se referindo a função dela não fazer diferença (item 5 do depoimento de Isabela Paulista Bulhões - f. 341).

Lembro, eu fiz um comentário sobre o cabelo da Yara. Eu disse que estava mais azul. Como antes, no geral, as pessoas já faziam piadas falando que ela parecia um *Smurf*, ela se ofendeu. Eu não percebi na hora, mas ela reclamou pro Ayrton. Eu achei exagerado porque poderia ter dito pra mim diretamente. (...) Você faz piadas a respeito do fato que ela faz pouco trabalho? Posso ter feito na época, mas não lembro (itens 10 e 13 do depoimento do autor - f. 343).

Se não bastassem os referidos depoimentos, a prova oral colhida em Juízo também ratifica a tese da empregadora, tendo o autor prestado os seguintes esclarecimentos em audiência (f. 498/499):

em relação ao cabelo da Yara, apenas comentou sobre a mudança de cor do cabelo da estagiária; o depoente não falou que a Yara é homossexual, mas "ela se declarava homossexual"; nas confraternizações da empresa a Yara ia acompanhada (de casal) com outra menina; o depoente não comentou os fatos acima na presença de outros empregados, só com a autora e "à sós"; (...) o depoente perguntou quando estava à sós com a Yara sobre a mudança da foto do perfil e sobre a foto do namorado e se era menino ou menina e sobre a altura do cabelo que batia "nas nádegas";



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

a Yara não ficou ofendida com os fatos acima anotados; o depoente esclarece que Yara não fez denúncia contra o depoente; ratifica os termos da resposta de n.10 de fls. 343; (...) trabalhou com a Isabela todo o período e com a Silvia somente 3 ou 4 meses; recebeu informações gerais sobre boa conduta e convívio.

A testemunha de nome Jessica Barbosa Farias revela (f. 499/500):

trabalhou com o autor de dezembro de 2015 até o desligamento do reclamante; o reclamante fazia algumas brincadeiras com a estagiária Yara e a maioria delas era em ralação a cor do cabelo (vivia mudando a cor do cabelo - azul, rosa, branca e também teve vez que foram duas cores juntas - azul e branca) e teve uma vez, em especial, que a Yara ficou chateada porque o reclamante perguntou para a Yara se o namorado da Yara era menino ou menina por causa do tamanho do cabelo; Yara não dava espaço para que Paulo brincasse; Yara era séria com o reclamante; Yara era séria com o reclamante porque o reclamante passava dos limites em suas brincadeiras; os outros trabalhadores que estavam no ambiente de trabalho de Yara e Jessica brincavam com Yara mas dentro dos limites e Yara brincava de volta e era normal; Yara não chorou quando Paulo brincou com a pergunta do cabelo de seu namorado (de Yara), mas ficou brava e comentou com a depoente e com outros colegas de trabalho que "achou desnecessário"; Yara fez uma denúncia (abriu uma ouvidoria) sobre as condutas do reclamante; a empresa abriu uma sindicância e ouviu alguns trabalhadores mas a depoente não foi ouvida porque estava de férias; as brincadeira de Paulo em relação aos fatos acima noticiados em relação à estagiária Yara eram frequentes mas não atrapalhavam os trabalhos; não atrapalhava o trabalho da depoente e a depoente não sabe se atrapalhava o trabalho da Yara, do reclamante ou o trabalho dos outros empregados do setor; Yara levou o namorado para a festa de fim de ano e se aparentava como menina; (...) o reclamante trabalhou com Silvia por cerca de um mês; a depoente não viu Silvia



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

trabalhando com o reclamante; já viu Isabela trabalhando com o Paulo; nunca viu nenhuma divergência ou briga entra Isabela e o reclamante; a empresa comprava salgados para comemorações em determinadas datas e nas ocasiões em que Yara trabalhava no período da manhã e as comemorações ocorriam no período da tarde e Paulo pegava as caixas que sobravam (lixo) e deixava em cima da mesa da Yara para mostrar que tinha ocorrido festa, que Yara não tinha participado e que as caixas estavam amostra em cima da mesa da Yara; que somente o Paulo fazia esse tipo de brincadeira e nenhum outro colega de trabalho fazia esse tipo de brincadeira com Yara; Lucas, Gustavo e Adeilson trabalhavam com o autor; Rogerio trabalhava no mesmo setor na outra sala e era da empresa terceirizada; Rogerio entrava na sala onde o reclamado trabalhava sempre; Mauricio trabalhou com a depoente; Mauricio brincava com a Yara de uma forma diferente, como por exemplo: mostrava uma folha em branco e falava olha a lista de atividades da Yara; Mauricio e Yara eram amigos; Mauricio não brincava com a cor de cabelo e nem com a sexualidade da Yara; os trabalhadores olhavam espantados a cor do cabelo de Yara, mas a brincadeira de Paulo era ofensivo e a brincadeira de Mauricio não era ofensiva; o reclamante viu a foto do whatsapp do perfil da Yara e perguntou na frente dos outros colegas de trabalho "se era menino ou menina" e Yara ficou muito constrangida com esse fato; (...).

Enquanto aquela de nome Rogério Gonçalves Larrea, embora tenha declarado que trabalhou de "2012 até 28.5.2015", ou seja, antes de o autor entrar na empresa (6.7.2015), afirmou:

não viu o reclamante falar da cor de cabelo de Yara ou da sexualidade de Yara; (...) o depoente participou de duas festas em reuniões e nessas festas não viu Paulo falar com Yara, nem com Isabela e nessa ocasião Silvia ainda não estava na companhia; nunca soube de comentários sobre se o namorado de Yara era menino ou menina; (...) já viu o reclamante



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

ser humilhado e o magistrado perguntou o que é ser humilhado e o depoente respondeu que a gerente chamou a atenção do reclamante em função de cobrança de cumprimento de suas obrigações de trabalho e falava palavras "de baixo escalão" e o magistrado pergunta quais palavras e o depoente explica que a gerente falava "porra"; o depoente só presenciou as agressões anotadas no item 58 e as outras agressões e humilhações só ouviu falar de terceiros; não trabalhava na mesma sala e nem no mesmo setor; o Paulo ficava em uma sala e o depoente em outra sala, cerca de 50 metros distante; (...) já viu Paulo com problemas de saúde; Henrique era gerente da Silvia e vinha uma vez a cada seis meses para Campo Grande; Silvia achava que o reclamante não fazia o serviço dele, fazia corpo mole, que o reclamante não queria trabalhar e por isso Silvia perseguia o reclamante e o depoente viu isso várias vezes; O MAGISTRADO PERGUNTA PARA O DEPOENTE SE O DEPOENTE VIU ALGUMA QUESTÃO RELACIONADA À CIPA ENVOLVENDO SILVIA E O RECLAMANTE E O DEPOENTE DECLARA QUE SILVIA CHAMOU O DEPOENTE EM PARTICULAR E SOLICITOU QUE O DEPOENTE NÃO AJUDASSE O RECLAMANTE E O DEPOENTE ENTENDE QUE SILVIA PERSEGUIA O RECLAMANTE PORQUE SILVIA ENTENDIA QUE O RECLAMANTE NÃO FAZIA O SERVIÇO DIREITO, FAZIA CORPO MOLE E NÃO QUERIA TRABALHAR; não presenciou Henrique pedindo para que Silvia não apoiasse o reclamante na eleição da CIPA; Silvia comentou com o depoente que Henrique tinha dito que não era para apoiar o reclamante nas eleições da CIPA; Airton autorizou verbalmente que quem estivesse fazendo faculdade podia ir para a faculdade com o carro da empresa, mas não tinha nada por escrito; o reclamante e Silvia trabalharam por cerca de 4 meses.

Como se vê, o depoimento da última testemunha não é digno de credibilidade, pois se não laborava na empresa à época, não é crível que tenha presenciado os fatos narrados em



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

seu depoimento. E, ainda que assim não fosse, as declarações não são suficientes para desmerecer aquelas feitas pela testemunha anterior e pelos demais empregados ouvidos em sindicância, *especialmente quanto aos comentários e brincadeiras ofensivas realizados pelo autor contra a estagiária de nome Yara, e que deram causa à dispensa motivada.*

Nesse aspecto, há que se prestigiar a valoração da prova oral pela sentença, até mesmo em homenagem ao princípio de imediatidade, segundo o qual o julgador de origem é quem melhor pode avaliar a prova testemunhal, pois no momento em que colhe os depoimentos, percebe reações que o auxiliam a sopesar com maior segurança os elementos de convicção que fundamentarão a decisão.

Nesse quadro, perfeitamente lícita a conduta da empregadora que, apenas depois de confirmado o ato faltoso em sindicância interna, aplicou punição proporcional ao procedimento adotado pelo trabalhador, nos termos do poder diretivo conferido pelo art. 482 da CLT.

De fato, não parece aceitável que sendo o autor ocupante de cargo de supervisor, fizesse comentários no mínimo indevidos, a respeito da sexualidade ou da aparência da estagiária, pois deveria ser o primeiro a dá exemplo tratando-a, como os demais empregados, com o respeito devido, pois a cor dos cabelos e a sexualidade ou a escolha desta, diz respeito apenas à ela, não se admitindo interferências ou considerações de terceiro, menos ainda de pessoa a quem a trabalhadora estava hierarquicamente subordinada, pois esse tipo de comportamento fere a liberdade sexual do trabalhador e ao direito de adotar esta ou aquela aparência interna, inclusive quanto a cor dos cabelos, pois constitui uma dimensão do fundamental direito à intimidade que de fato foi violado pelo autor, a justificar a dispensa motivada, máxime quando violador do código de ética da



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

empresa.

Como lembra a boa doutrina²:

A conduta e a orientação sexuais das pessoas estão abrangidas no conceito de reserva privada e fazem parte da esfera mais íntima reservada do ser humano.

Por isso:

Tudo que se refira à vida sexual releva somente da escolha dos trabalhadores e o empregador não se pode imiscuir.

Nesse quadro, mantenho a sentença e, como consequência, nego provimento ao recurso e indefiro o pedido alusivo as parcelas rescisórias e à pretendida estabilidade decorrente da condição de dirigente da CIPA.

3.2 - HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO (RECURSO DAS PARTES)

A sentença reconheceu a invalidade do banco de horas e, como consequência, deferiu diferenças de horas extras e apenas o adicional quanto àquelas destinadas à compensação, ao fundamento de não ter sido comprovado o cumprimento de todas as exigências estabelecidas na norma coletiva, em especial o registro do banco de horas.

Indeferiu a pretensão em relação aos e-mails enviados pelo autor fora do horário de expediente, ao fundamento

² COELHO MOREIRA, Tereza. "A conduta e a orientação sexuais do trabalhador". In: **Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea**. (Coord. António Monteiro Fernandes). Coimbra: Almedina, 2004, p. 613-645.



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

de que não configuram horas extras, exceto se a mando do empregador, o que não foi demonstrado e, porque se tratava de encaminhamento de notas de entrega do dia e respostas breves e curtas, sem evidenciarem mando do empregador a algum serviço específico.

Recorrem as partes, a demandada defendendo a validade do banco, pois instituído por norma coletiva e registradas nos cartões de ponto as horas debitadas e creditadas, não havendo cogitar de irregularidade ou qualquer prejuízo ao trabalhador que teve creditadas todas as horas laboradas compensadas ou quitadas.

Sustenta o autor a comprovação do labor suplementar, pois os documentos anexados à inicial evidenciam o envio de e-mails nos mais variados dias e horários, fora da jornada de trabalho.

À análise.

O autor reconheceu a veracidade das anotações constantes dos cartões de ponto, esclarecendo que retratam o labor na empresa, não abrangendo o tempo de trabalho em casa.

De fato, os documentos anexados à exordial evidenciam o encaminhamento de e-mails pelo trabalhador fora do horário de expediente.

Todavia, não há prova de exigência da empregadora para que aludida tarefa fosse realizada fora do horário de expediente, ou que demandasse tempo considerável para ser considerada como labor extraordinário.

O depoimento da testemunha de nome Rogério, além de não ter demonstrado credibilidade, não revela a necessidade de labor fora do horário registrado nos cartões ou exigência da empresa para que o autor respondesse aos e-mails em casa.

Assim, não são devidas horas extras pelo mero envio de e-mails nos termos constatados.



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

De outro lado, em que pese a previsão em norma coletiva da adoção de banco de horas, os mecanismos adotados pela empregadora não permitiam o controle pelo trabalhador, o que torna inválido o sistema de compensação.

E em que pese os termos da Lei 13.467/2017 que entrou em vigor em 11.11.2017 ter prestigiado o acordo de compensação de forma ampla, o certo é que a relação de emprego teve vigência em período anterior, pelo que não pode ser aplicada ao caso concreto, pena de se lhe emprestar efeitos retroativos.

E à época da prestação laboral, a validade da compensação do trabalho extraordinário pelo sistema do banco exigia negociação coletiva e fiel observância dos termos pactuados.

Como corretamente anotado pela sentença, os cartões de ponto não registram o número total de horas compensadas e creditadas no banco ao final de cada mês, dificultando o efetivo controle pelo trabalhador e a análise pelo julgador quanto ao cumprimento das condições ajustadas.

Nesse quadro, correta a sentença, ao deferir as diferenças de horas extras e, quanto aquelas destinadas à compensação, apenas o adicional, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula 85 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST, ainda que se trate de regime de banco de horas, por sinal invalidado.

Nego, assim, provimento aos recursos.

**3.3 - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. LEIS APLICÁVEIS
(RECURSO DA DEMANDADA)**

Pugna ainda a demandada a aplicação da TR como fator de atualização monetária e, sucessivamente, a limitação da incidência do IPCA-E no interregno entre 25.3.2015 e 11.11.2017.



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

Analiso.

De início, não caracteriza julgamento “*extra petita*” a definição do índice de correção monetária a ser aplicado, independentemente de pedido específico.

De outro lado, e com o devido respeito, não vislumbro, como reiteradamente tenho defendido, nenhuma inconstitucionalidade no § 7º do art. 879 da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017, pois editada pelo Poder competente (art. 22, inciso I da Carta de 1988), cumprido o devido procedimento legal.

Desse modo, e com todas as vênias, quer material ou formalmente, a aludida norma se encontra acorde com a Carta Suprema.

Ademais, foi editada após a declaração de inconstitucionalidade da TR, como fator de atualização monetária dos valores de precatórios, não guardando nenhuma relação com o crédito trabalhista.

Se isso não bastasse, pode o legislador editar nova norma para regular situações futuras que se aplicam aos casos ocorridos depois de sua vigência, em obséquio ao princípio da modernidade, não se podendo impedi-lo de legislar para o futuro apenas porque a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de certa norma, sob pena de atentar-se contra a independência dos Poderes, com agravo ao que previsto no art. 2º do Texto Supremo.

Tanto assim que apenas a partir de 12.11.2019, com a edição da MP 905, de 11.11.2019 deu nova redação ao § 7º do art. 879 da Lei Consolidada que passou a vigorar com a seguinte redação:

§ 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela variação do IPCA-E, ou por índice que venha substituí-lo,



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

calculado pelo IBGE, que deverá ser aplicado de forma uniforme por todo o prazo decorrido entre a condenação e o cumprimento da sentença.

Isso implica reconhecer, com todo respeito, que o IPCA-E como fator de correção dos débitos trabalhistas apenas foi reconhecido com a aludida norma que, todavia, não pode retroagir, pena de violar-se o previsto nos art. 5º, inciso XXVI da Carta Suprema e 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Nesse quadro, e considerando que ação foi ajuizada antes da entrada em vigor das aludidas leis novas, provejo parcialmente o recurso para determinar a aplicação da TR até 25.3.2015, do IPCA-E de 26.3.2015 a 10.11.2017 e, a partir de 11.11.2017, a TR e aquele previsto na Medida Provisória 905 a partir de 11.11.2019, em obséquio aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da aplicação da Lei nova aos processos em curso, sem que isso viole o princípio da colegialidade nem o entendimento contido na Súmula 23 desta Corte, que apenas é interpretada à luz das alterações legislativas posteriores.

3.4 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (RECURSO DA DEMANDADA)

Pugna a demandada a exclusão dos honorários advocatícios ao patrono do autor, nos termos do previsto na Instrução Normativa 41 do Colendo TST e, sucessivamente, a redução para o percentual de 5%.

E, quanto à condenação imposta ao autor, pretende a majoração para 15% do valor que sucumbiu e não apenas os R\$ 500,00 arbitrados de forma aleatória.

Aprecio.

Em que pese o entendimento pessoal deste Relator quanto à aplicação da norma contida no art. 791-A da



PROCESSO Nº 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, na redação constante da Lei 13.467/2017 aos processos em curso (arts. 14 e 1046 do Código de Processo Civil e 912 da CLT), em vigor desde 11.11.2017), em 21.6.2018 o Colendo TST editou a Instrução Normativa 41, aprovada pela Resolução n. 221, que estabeleceu no art. 6º que a aplicação da norma constante do art. 791-A da CLT se aplica apenas a partir de 11.11.2017, data da entrada em vigor da Lei 13.467/2017.

Desse modo, e, embora ressalvando entendimento em sentido contrário, por questão de política judiciária e para não gerar expectativa de direito que não venha a se confirmar, haja vista o ajuizamento da ação em 17.3.2017, me curvo ao aludido entendimento para prover o recurso e, como consequência, excluir a condenação em honorários advocatícios.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer dos recursos, rejeitar a preliminar de nulidade e, considerando a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes do Excelso Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Constitucionalidade 58 e 59, que determinou a suspensão dos processos nos quais se discuta o fator de atualização monetária dos créditos trabalhistas, até decisão final naquelas ações, acolher a questão de ordem para reconhecer prejudicada a parte da sentença no que concerne ao fator de atualização monetária, que será objeto de apreciação, inclusive quanto à definição, na fase de liquidação; no mérito, negar provimento ao apresentado pelo autor, nos termos do voto do Desembargador Francisco das C. Lima Filho (relator); ainda no mérito, por maioria, prover



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO N° 0024806-97.2017.5.24.0006-ROT

parcialmente aquele interposto pela acionada, nos termos do voto do Desembargador relator, vencido em parte o Desembargador João de Deus Gomes de Souza.

Mantido o valor arbitrado à condenação.

Campo Grande, MS, 22 de julho de 2020.

Francisco das C. Lima Filho
Desembargado Relator



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

A C Ó R D ã O

2ª TURMA

Relator : Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO
Recorrente : DIVINO BRANCO CLÍNICAS E RESIDENCIAS
GERIÁTRICAS LTDA - ME
Advogada : Laura Arruda Pinto
Recorrido : ANDERSON DA SILVA RONDOURA ARANTES
Advogado : Roberto de Avelar
Origem : 1ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS

Recurso interposto em face de sentença proferida Juiz Tomas Bawden de Castro Silva, em ação submetida ao procedimento sumaríssimo

COMPROVADA A SISTEMATICIDADE E REITERAÇÃO DA CONDUTA OFENSIVA E PRECONCEITUOSA CONTRA O TRABALHADOR MOTIVADAS ESPECIALMENTE EM FACE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL DO TRABALHADOR, APLICÁVEL, POR INTERPRETRAÇÃO EXTENSIVA, O PREVISTO NOS ARTS. 2º E 3º DA Lei 13.185/2015. CARACTERIZAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA - Comprovadas as condutas abusivas e desrespeitosas do preposto do empregador ao se referir de forma preconceituosa e ofensiva ao trabalhador de forma reiterada e sistemática, em frente dos colegas e clientes da empresa, em razão



PROCESSO N° 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

especialmente de orientação sexual, caracterizado o assédio moral discriminatório, devendo o empregado ser indenizado pelos presumidos danos extrapatrimoniais, de forma proporcional ao agravo, nos termos do previsto nos arts. 5º, inciso X do Texto Maior, 186, 932 e 933 do Código Civil e 223-A e seguintes da Lei Consolidada. Recurso não provido.

FUNDAMENTOS DO VOTO

1 - CONHECIMENTO

O recorrido argúi preliminar de não conhecimento do recurso apresentado pela demandada, sob o argumento da ausência de individualização da parte recorrida nas razões de recurso, desatendida a regra contida no art. 1.010 do Código de Processo Civil - CPC.

Não colhe a tese.

Vale registrar que a exigência da formalidade invocada em contrarrazões quanto à individualização da recorrida não se aplica no âmbito do recurso ordinário, até mesmo em face da simplicidade do processo do trabalho que permite interposição de recurso por simples petição (CLT, art. 899).

Ademais, o recurso não é interposto contra a parte, mas em face da sentença e por óbvio, recorrido é parte que foi beneficiada pela decisão não existindo necessidade de assim se mencionar nas razões.

Rejeito.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

Conheço dos documentos trazidos com as razões de recurso consubstanciados no cartão de ponto da testemunha Janini Pastro da Silva e na escala de serviços por ela prestados ao Município de Campo Grande - MS alusivo ao mês de novembro/2016, pois oportunizada a apresentação de contrariedade quanto ao conteúdo nas contrarrazões, prestigiado o princípio do contraditório e da ampla defesa garantido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, devendo o Tribunal atribuir valor probante quando do exame do mérito recursal.

Presentes, pois, os pressupostos de cabimento e admissibilidade, conheço do recurso e das contrarrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - ASSÉDIO MORAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

A sentença deferiu indenização por danos extrapatrimoniais, arbitrada em R\$ 3.450,00, em face da prática de assédio moral contra o trabalhador.

Pretende a recorrente a reforma da decisão visando excluir a condenação sob o argumento de inaplicabilidade da norma do art. 186 do Código Civil quanto à indenização por dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, além da demora na declaração à autoridade policial dos fatos narrados no boletim de ocorrência pelo grupo de trabalhadores.

Defende, ainda, ausência de prova da repercussão negativa nos direitos da personalidade e que a testemunha de nome Janini Pastro da Silva não presenciou a dinâmica dos fatos quanto à dispensa do autor, porque não trabalhou em 10.11.2016.

Passo ao exame.

A Justiça do Trabalho tem competência material para processar e julgar demandas visando reparação por dano extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho, nos termos



PROCESSO N° 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

do art. 114, inciso VI da Constituição Federal, inclusive nos termos do entendimento constante da Súmula 392 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que interpretou decisão histórica do Excelso Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A aplicação das normas de direito civil no campo das relações laborais, contrariamente ao que sustentando encontra expressa autorização no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Ademais, de acordo com a Teoria do Diálogo das Fontes, desenvolvida pelo alemão Erik Jayme, em 1995, trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques¹, se defende à aplicação simultânea e coerente das normas existentes no ordenamento jurídico como um todo, por meio da técnica da ponderação dos bens ou valores em jogo - da proporcionalidade - de modo que se possa alcançar, à luz dos princípios e valores constitucionais, uma interpretação que no caso concreto seja a mais justa e eficiente, partindo-se da premissa de que normas não se excluem pelo fato de integrarem diferentes ordenamentos; antes, se complementam, especialmente quando são dotadas de campos de aplicação convergentes.

A principal justificativa para a adoção dessa teoria reside na sua funcionalidade, posto que, ante a complexidade do ordenamento jurídico, o diálogo das fontes destina-se a harmonizá-la e coordená-las.

Deve, pois, o interprete e aplicador das normas atentar para o fato de que o ordenamento jurídico é uma

¹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das [antinomias](#) pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju -SE**. v. 7, 2004, p. 15-54.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

totalidade², e a Teoria do Diálogo das Fontes permite a conjugação de normas infraconstitucionais visando a aplicação no caso concreto com a prevalência de uma sem que a outra seja anulada, adotando o princípio da concordância prática³, num processo de ponderação dos valores em pugna, mas sempre com os olhos postos nos princípios e valores consagrados pela Constituição⁴, e no campo do Direito do Trabalho, o princípio da proteção ao hipossuficiente, fundamento e razão de ser desse ramo da Ciência Jurídica.

Desse modo, de todo improcedente a tese de inaplicabilidade das normas do Direito Comum no campo das relações do trabalho.

Assim entendido, narra o autor que ao longo do período laborado, sempre foi abordado de forma humilhante pelo proprietário da empresa, de nome Alberto, em razão de falsas acusações de furtos e de ofensas em face de ter orientação sexual diversa deste.

A demandada, por sua vez, contesta as alegações sob o argumento de que nunca houve prática de qualquer ato

² BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XLIX.

³ Konrad Hesse, citado por Néviton Guedes, entende que o princípio da concordância prática permite que na solução de problemas jurídicos, os bens constitucionalmente tutelados devem ser coordenados uns com os outros, de tal forma que todos ganhem realidade. "Onde surjam colisões, não se pode, mediante uma "precipitada ponderação de bens" (*vorschneller Güterabwägung*) ou muito menos uma "abstrata ponderação de valores" (*abstrakter Wertabwägung*), realizar um (bem jurídico constitucionalmente protegido) a custa do outro. GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder. Princípio da concordância não contraria ponderação de bens*. Disponível em: <Consultor Jurídico. Conjur>. Acesso em 21.10.2017.

⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Edición de Miguel Carbonel. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.123-158.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

assediante.

Entretanto, entendo ter sido comprovado o alegado assédio.

Deveras, como se sabe, o assédio moral se revela por condutas reiteradas e sistemáticas de caráter desrespeitoso e degradantes ao trabalhador em razão do labor ou de alguma característica pessoal deste, como cor, compleição física, sexo, orientação sexual, raça, cor e outras. Por conseguinte, é sempre um comportamento ilícito que atinge a dignidade humana da vítima, mas que requer sistematicidade e reiteração pelo empregador ou prepostos, não sendo qualquer agressão, por mais grave que seja, suficiente para caracterizá-lo.

Desse modo, e por se tratar de conduta ilícita, não pode ser presumida incumbindo àquele que se diz atingido comprová-la de forma concreta.

Entretanto, no caso concreto, os trabalhadores Paola Amaro Silva, Maria Luiza de Araujo Benites, Anderson da Silva Rondoura (autor) e Eliane Muller de Moraes Barbosa comunicaram à autoridade policial, conforme conteúdo do Boletim de Ocorrência n. 2847/2016, histórico de ocorrências de assédio moral no ambiente de trabalho, nos seguintes termos (f. 26/27):

Comparecem nesta unidade policial as vítimas já qualificadas, informando que trabalham no HOTEL E RESIDÊNCIA PARA IDOSOS DIVINO BRANCO na Rua Joaquim Dorneles, Nº 508, Bairro Amambaí e estão sofrendo insultos, calúnias e injúrias por parte dos donos do local. Que os donos e patrões dos mesmos são ELIANE MULLER DE MORAES e ALBERTO LOUBET DE ALMEIDA e autores das calúnias e injúrias. Que a vítima Paola Amaro Silva após descobrir que estava gestante começou a sofrer pressão por parte dos autores, que constantemente a xingam de VAGABUNDA, BURRA, COITADA, GORDA e que expõe sua vida para os outros funcionários e a humilha



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

sempre que pode. Que a vítima Anderson da Silva Rondoura trabalhou no local por uns seis meses e foi ofendido pelos autores que o chamavam o LADRÃO, VIADINHO, INUTIL, VAGABUNDO e o expulsou do local por ele ser homossexual. Que a vítima Maria Luiza de Araujo, trabalho no local por cerca de seis meses e todo esse tempo sofreu com as calúnias e injúrias dos autores. Que dizia a todo tempo que a vítima estava traindo seu esposo e saindo com outros homens durante o horário de serviço, expondo essa situação para os demais funcionários. Que as vítimas se encontravam muito abaladas e emocionadas ao contar as situações vividas dentro do local. Que desejam representar contra os autores. (destaquei)

A comunicação simultânea pelos trabalhadores à autoridade policial de perseguições pelo empregador no ambiente de trabalho, *incluídas aquelas motivadas pela orientação sexual ao autor*, evidencia a verossimilhança dos fatos narrados pelo demandante, em contexto de adesão expressiva de trabalhadores noticiando menoscabo à dignidade desses trabalhadores, aí incluído o autor.

Ademais, as declarações da testemunha de nome Janini Pastro da Silva não são desmerecidas pelos documentos inseridos nas razões de recurso, constando data de afastamento no TRCT em 09.11.2016 (f. 28/29), ao afirmar ter presenciado o ingresso do autor na sala do empregador para formalização da rescisão contratual (item 13, f. 130).

A testemunha de nome Janini Pastro da Silva, com contrato contemporâneo ao do autor, confirmou as condutas assediantes no ambiente de trabalho, nos seguintes termos (f. 129):

1. que trabalhou na reclamada de fevereiro de 2014 a dezembro de 2014;
2. que era técnica de enfermagem na reclamada;



PROCESSO N° 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

3. que trabalhou na mesma época do reclamante e presenciava ele no serviço;
4. que está nervosa e na verdade tudo isso ocorreu em 2016;
5. que o clima de trabalho era pesado, não havendo respeito pelos funcionários, com os quais, inclusive, a proprietária Eliane costumava gritar;
6. que inclusive o reclamante foi vítima dessa falta de respeito e desses gritos de Eliane;
7. que o preposto nesta audiência é esposo de Eliane;
8. que o preposto Alberto tinha comportamento homofóbico em relação ao reclamante, e por exemplo fazia piadinhas junto aos pacientes, sobre a orientação sexual do reclamante;
9. que um pouco antes da saída do reclamante, houve um sumiço de ferramentas na empresa, como alicates e o Sr. Alberto acusou o reclamante pelo desaparecimento das ferramentas. (destaquei) .

De outro lado, as afirmações da testemunha Zuleide Gonzalez, revelando que laborava como cozinheira delimita a comprovação dos fatos por ela vivenciados ao espaço físico destinado ao preparo das refeições dos hóspedes e dos empregados, com prevalência, nesse contexto, da reiterada prática de assédio moral pelos proprietários da empresa em relação aos demais trabalhadores nos aposentos que acomodam os idosos com cuidados diretos pelos profissionais de enfermagem, função exercida pelo autor e pela testemunha Janini, o que conforma o que registrado na comunicação contida no boletim de ocorrência formalizado pelos trabalhadores perante a autoridade policial, a revelar a forma desrespeitosa e assediante com que o autor e colegas eram tratados pelos proprietários da acionada.

De fato, a menção ofensiva à orientação sexual do autor, além de desrespeitoso e praticado de forma sistemática, interferiu na vida pessoal, na imagem, na honra e na vida



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

provada deste, com evidente e inaceitável afetação ao seu direito de fazer suas próprias opções e escolhas quanto à vida sexual e íntima.

Entre os bens pessoais que a ordem jurídica tutela e que servem de baliza para o exercício do poder de direção empresarial, encontra-se o direito à imagem e à honra e à liberdade sexual do trabalhador, que não podem ser violadas apenas porque vinculado à empresa em razão do contrato de trabalho, que não o despoja desses direitos inerentes à dignidade humana.

O direito à imagem e à honra alberga a própria identidade que tem em vista todos os traços que identificam o indivíduo enquanto ser humano portador do direito ao respeito e à devida consideração perante todos, inclusive no âmbito das relações laborais⁵.

Constitui, em verdade, uma dimensão da dignidade humana que pode ser resumidamente entendida como o direito que toda pessoa tem de ser respeitada e se fazer respeitar perante a comunidade e pelo Estado⁶, qualquer que seja a sua aparência ou opção sexual, e que não pode ser afetado pelo fato de inserir em determinada empresa, pois o contrato de trabalho não o despe da condição de ser humano portador de direito ao devido respeito e à consideração devida.

E por isso mesmo, a conduta ou opção sexual das pessoas encontra-se abrangida no conceito de reserva da vida privada, fazendo parte da esfera mais íntima e reservada do ser humano, tratando-se de direito de personalidade indisponível que não pode sofrer a interferência de terceiros, inclusive do

⁵ LIMA FILHO, Francisco das C. **Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites ao poder diretivo empresarial**. São Paulo: LTr, 2017, p. 149-150.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

empregador. Por essa razão, e como lembra a boa doutrina⁷:

A conduta e a orientação sexuais do trabalhador incluem-se na sua esfera priva e devem, em princípio, estar protegidas de toda e qualquer indagação por parte do empregador⁸, que na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, quer na sua execução, impedindo comportamentos discriminatórios ou juízos de censura.

Assim posto, parece não existir dúvida de que esses direitos foram violados pelos proprietários da empresa ao tratar o autor de forma preconceituosa e discriminatória com base na orientação sexual deste, inclusive em frente aos colegas e clientes da empresa, de forma reiterada e sistemática, como ficou evidenciado pela prova oral, caracterizando típica conduta assediante violadora da dignidade humana do trabalhador, criando um ambiente laboral degradante, de intimidação e de humilhação para o trabalhador exclusivamente em razão da orientação sexual deste.

No âmbito internacional, o Código do Trabalho de Portugal prevê expressamente (art. 24, nº 1), que a todos os candidatos ou trabalhadores deve ser dado tratamento igualitário, proibindo qualquer forma de discriminação *inclusive no que diz respeito à orientação sexual* que, em verdade, constitui uma transposição para o ordenamento interno português da Diretiva 2000/78 da União Europeia.

Vale lembrar ainda, que de acordo com a *Declaração de Princípios de Yogyakarta* (Indonésia), firmada em novembro de 2006, sobre a interpretação e aplicação da

⁷ COELHO MOREIRA, Teresa. ***A conduta e a orientação sexuais do trabalhador. In: Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*** (Coord. Antonio Monteiro Fernandes). Coimbra: 2004, p.613-645.

⁸ E consideração, digo eu.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

legislação de direitos humanos internacionais à vida e à experiência das pessoas de orientação sexuais e de identidade de gênero diversas, prevê que:

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Doutrinariamente, Maria do Rosário Palma Ramalho⁹ lembra que:

Na fase da formação do contrato, o direito à reserva da vida privada do trabalhador constitui, sobretudo, um limite negativo ao dever da informação do trabalhador ao empregador. Neste sentido, embora o trabalhador tenha deveres de informação quando se candidata ao emprego (art. 106º do CT), tal dever não se estende a matérias da sua vida privada. Estas matérias são enunciadas no art.16º nº 2 do CT e incluem informações sobre o estado civil, a situação de saúde, o estado de gravidez, a orientação sexual ou as convicções religiosas e partidárias do trabalhador. Por outras palavras, aplicando aqui a teoria

⁹ PALMA RAMALHO Maria do Rosário. *Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho. Breves notas. Colóquio STJ*, 2014.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

das esferas, o candidato a um emprego não tem que informar o empregador sobre aspectos da sua esfera íntima, privada ou familiar.

Em Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* (art. 4.2, letra c, igualmente prevê o direito dos trabalhadores a não serem discriminados direta ou indiretamente, por razão de orientação sexual, o que também se extrai do conteúdo material do art. 14 da Constituição de 25 de dezembro 1978, como reiteradamente tem proclamado em sucessivas decisões o Tribunal Constitucional¹⁰ daquele país.

Como se vê, existe uma marcada preocupação no âmbito internacional com a proibição da discriminação do trabalhador em razão da orientação sexual, o que parece também ter sido percebida pelos autores da Lei 13.467/2017 que ao acrescer à CLT o art. 223-C tratando dos bens tutelados contra violação nas relações laborais, incluiu a sexualidade, da qual a liberdade de orientação ou preferência sexual é um dos aspectos ou dimensão.

Se isso não bastasse, penso aplicável para tipificação da conduta empresarial como assediante, numa interpretação extensiva por meio de decisão aditiva, o previsto nos art. 2º e 3º da Lei 13.185/2015.

Para a doutrina, as sentenças aditivas¹¹ são aquelas que reconhecem a falta de elemento normativo necessário para que a norma em julgamento esteja de acordo com a Constituição (omissão legislativa parcial) e que acrescentam a

¹⁰ A STC 41/2006 pode ser citada entre muitas que decidiram em recurso de amparo a questão da discriminação no emprego por questão de orientação sexual, e por isso mesmo pode ser considerada como como paradigma nessa matéria no âmbito do Tribunal Constitucional espanhol.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico¹². Isso significa que à norma tida inconstitucional é complementada por outra norma que sana o vício de inconstitucionalidade. Ou então, nos casos de omissão legislativa total, a sentença aditiva supre a falta da norma mediante a aplicação de outra norma já existente ou, então, pela criação de uma norma que se adéque ao caso concreto. Embora esse técnica interpretativa seja própria do processo de hermenêutica constitucional, penso ser também aplicável no âmbito infraconstitucional quando o julgador ante determinada situação concreta não prevista em lei específica sobre a matéria, deva dar uma solução ainda que aplicando, por interpretação extensiva, outra norma que discipline caso análogo, como caso ora examinado.

Assim entendido, nos termos da aludida Lei:

Art. 2º Caracteriza-se a intimidação sistemática (**bullying**) quando há violência a física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

I - ataques físicos;

9 Assim consideradas "as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida com o adicionamento ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição. Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição Constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a lei Fundamental (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 43, n. 170, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92746>>. Acesso em: 02.12.2018.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

II - insultos pessoais;

III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;

IV - ameaças por quaisquer meios;

V - grafites depreciativos;

VI - expressões preconceituosas;

VII - isolamento social consciente e premeditado;

VIII - pilhérias.

Art. 3º A intimidação sistemática (**bullying**) pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como:

I - verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente;

II - moral: difamar, caluniar, disseminar rumores;

III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar;

IV - social: ignorar, isolar e excluir;

V - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar;

VI - físico: socar, chutar, bater;

VII - material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem;

VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social.



PROCESSO Nº 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

Nesse quadro de entendimento, penso, com o devido respeito, que as condutas narradas tanto no boletim de ocorrência por um coletivo de empregados da acionada, como pela prova testemunhal antes transcrita, podem *ser caracterizadas como assédio moral discriminatório*, devendo a empresa indenizar pelos danos morais causados ao trabalhador, nos termos do previsto nos arts. 5º, inciso X da Carta de 1988, 186, 932 e 933 do Código Civil e 223-A e seguintes da Lei Consolidada, inclusive no valor arbitrado que considero proporcional à ofensa e que deve ser atualizado monetariamente a partir da publicação da sentença de acordo com o previsto no art. 879 § 7º da CLT, na redação advinda da Lei 13.467/2017 e entendimento constante da Súmula 439 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST, pelo que mantenho a condenação.

Recurso não provido.

2.2 - MULTA DO ART. 477 DA CLT

Considerada a rescisão contratual em 09.11.2016 e a quitação das verbas rescisórias em 02.12.2016, a sentença deferiu a multa prevista no art. 477 da CLT.

Sustenta a recorrente que a quitação fora do prazo legal decorreu do não comparecimento do trabalhador na empresa, não se aplicando a aludida multa porque o atraso foi motivado pela conduta do autor.

Não colhe a tese.

Ausente controvérsia quanto à quitação das verbas rescisórias após o decurso do prazo legal sem comprovação do sustentado em defesa e no presente recurso, nenhum reproche merece a sentença.

Nego, pois, provimento.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO N° 0024057-61.2018.5.24.0001-ROPS

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, após o representante do Ministério Público do Trabalho ter se manifestado verbalmente pelo prosseguimento do processo, por unanimidade, aprovar o relatório oral, rejeitar a preliminar apresentada nas contrarrazões, conhecer dos documentos exibidos com as razões e do recurso, além das contrarrazões e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Francisco das C. Lima Filho (Relator).

Campo Grande, MS, 30 de janeiro de 2019.

Francisco das C. Lima Filho
Desembargador Relator



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 24^a Região

Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo
0024129-63.2017.5.24.0072

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação:

17/10/2017 **Valor da**

causa: R\$ 12.181,00

Partes:

RECORRENTE: NIPLAN ENGENHARIA S.A.

ADVOGADO: ANDRE CLEMENTE MARANHA **ADVOGADO:**

NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES **RECORRIDO:**

LEANDRO LOPES FARIAS DA SILVA **ADVOGADO:**

JANAINA ROLDAO DE SOUZA

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª
REGIÃO

PROCESSO nº 0024129-63.2017.5.24.0072 (ROPS)

A C Ó R D ã O

1ª TURMA

Relator : Des. NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA

Recorrente : NIPLAN ENGENHARIA S.A.

Advogado : Nelson Wilians Fratoni Rodrigues

Recorrida : LEANDRO LOPES FARIAS DA SILVA

Advogado : Janaina Roldão de Souza

Origem : 2ª Vara do Trabalho de Três Lagoas/MS

SENTENÇA PROFERIDA PELO MM. JUIZ DO TRABALHO
SUBSTITUTO HELIO DUQUES DOS SANTOS

FUNDAMENTOS DO VOTO

1 - CONHECIMENTO

Conheço do recurso e das contrarrazões, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

2 - MÉRITO

2.1 - DANO MORAL

O reclamante postulou indenização por danos morais, afirmando que a ré " agiu de forma arbitrária e inteiramente discriminatória quando desistiu de contratar o Reclamante, sob a alegação de que o mesmo esteja **GORDO**" (ID 64d6cbf - Pág. 3).

Sob a fundamentação de que a reclamada "tinha o dever legal de informar clara e objetiva as razões pelas quais o reclamante não foi admitido" (ID 7038a97 - Pág. 2) na empresa,

o julgador de origem a condenou ao pagamento de indenização por danos morais no importe de

R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Inconformada, recorre a ré, aduzindo que o reclamante apenas participou de processo seletivo de admissão, não havendo garantia absoluta de contratação.

Assevera, ainda, que a alegação obreira de que não foi contratado em razão de seu peso corporal não restou comprovada nos autos.

Assiste-lhe razão.

Em peça defensiva, a reclamada negou que o peso corporal do reclamante tenha sido fator decisivo para a sua não contratação. Portanto, era ônus do autor comprovar o alegado, do qual entendo que não se desvencilhou (arts. 818, da CLT e 373, I, do CPC).

Em audiência una, a testemunha ouvida a convite da reclamada, Sr. José de Anchieta, afirmou que "o peso não era levado em consideração para seleção de empregados", acrescentando que "há um rapaz que trabalha no almoxarifado na obra, semelhante ao do depoente ALEX" (ID ed291cd - Pág. 3).

Por outro lado, a testemunha do reclamante, Sr. Alex Areda, apesar de ter confirmado a argumentação daquele de que era adotado o peso como critério de seleção para laborar na reclamada, relatando que por tal motivação também não foi admitido na empresa, foi ouvido pelo juízo apenas como informante. Logo, tendo em vista sua oitiva como informante, com fundamento no art. 371 do CPC, seu depoimento tornou-se esvaziado de valor probante.

Destaca-se que é comum e legal a existência de testes, entrevistas e vários outros procedimentos para fins de criteriosa seleção do candidato adequado para trabalhar em determinada empresa, e desde que não exaurida integralmente a fase pré-contratual, não há garantia do referido candidato à contratação.

Na hipótese, o reclamante participou apenas de uma entrevista, tendo sido excluído do processo seletivo.

Não se verifica violação aos direitos da personalidade do reclamante pelos fatos demonstrados nos autos a ensejar a indenização por danos morais, restando evidenciado tão somente, repito, que o recorrido participou de ato em um processo de seleção, não tendo sido efetivado na recorrente.

Dou provimento ao recurso para excluir a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

VOTO VENCIDO DO DESEMBARGADOR MÁRCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

2.1 - DANO MORAL

"MANTENHO A SENTENÇA PELOS SEUS FUNDAMENTOS.

INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS

Na petição inicial o reclamante alegou que teve sua contratação recusada pela reclamada, sob o

fundamento de que estaria "gordo".

A defesa reconheceu que o reclamante participou do processo seletivo e que ele não foi contratado "por não preencher o perfil exigido para o cargo". Negou, ainda, que o reclamante tivesse sido ofendido pelo fato de ostentar sobrepeso.

Em depoimento, o reclamante afirmou que durante sua entrevista foi-lhe esclarecido que sua contratação seria difícil, pois estava acima do peso estabelecido pela reclamada. Que à época estava com 115KG e que o limite máximo era de 100KG.

Apesar de o preposto desconhecer as nuances da entrevista do reclamante, afirmou que a empresa não adotava os critérios de peso e altura para contratação de empregados.

O informante Alex Antônio Arede disse que também foi informado no ato de seleção que estaria acima do peso. Disse ainda que a reclamada não esclareceu qual seria o limite.

A testemunha de indicação da reclamada não participou do processo seletivo e, de importante, apenas esclareceu que na obra havia trabalhador com sobrepeso contratado pela reclamada.

Pois bem.

É certo que a reclamada tem o direito potestativo de contratar e de eleger os critérios para a seleção dos futuros empregados. Esse direito, porém, não é ilimitado, pois a fixação dos critérios deve estar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa

humana, tanto que o ordenamento jurídico pátrio veda práticas discriminatórias. E mais, como expressão do princípio da boa-fé objetiva, no curso do processo seletivo tem a reclamada o dever de informar aos candidatos todos os requisitos que seriam analisados para aferição da aptidão para o posto de trabalho e indicar claramente os motivos de eventual não seleção.

No caso, o preposto da reclamada e a testemunha ouvida a seu convite disseram que o peso do trabalhador não era critério decisivo para a não contratação.

Se esse critério era irrelevante, tinha o dever legal de informar de clara e objetiva as razões pelas quais o reclamante não foi admitido, inclusive em juízo, não servindo para tanto a alegação vazia de que o trabalhador não teria "preenchido o perfil para o cargo".

A partir desse comportamento omissivo, há de se atribuir credibilidade ao depoimento de Alex Arede, já que ambos visivelmente ostentavam sobrepeso e não foram selecionados na mesma oportunidade. Não há quaisquer elementos nos autos que afastem os indícios da prática ilícita, a qual era violadora de direito da personalidade do trabalhador que se viu alijado de processo seletivo realizado sem efetiva transparência.

Logo, reconheço a existência de dano moral amplamente indenizável.

Em decorrência, passo à quantificação da compensação.

No caso, ainda não existe norma vigente que estabeleça um parâmetro mínimo ou máximo para a fixação do valor da indenização, tem-se que seu valor de ainda ser definido por arbitramento.

Para esse arbitramento, deve ser levado em conta que o lesado faz jus a uma compensação pecuniária que lhe proporcione uma satisfação capaz de amenizar o sofrimento e o desconforto experimentados (já que é impossível mensurar e valorar o sofrimento e a dor).

Deve-se observar, ainda, a natureza e a gravidade do ato lesivo; a intensidade, abrangência e repercussão do sofrimento experimentado pelo lesado, bem como sua posição familiar e social; a intensidade da culpa () e a posição socioeconômica do agressor; e, a natureza punitivo-pedagógica lato sensu da condenação, como modo a coibir a sua repetição.

Considerando os critérios acima fixo a indenização de danos morais no valor de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais)."

ACÓRDÃO

Participaram deste julgamento:

Desembargador André Luís Moraes de Oliveira;

Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida;

Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, após o representante do Ministério Público do Trabalho ter-se manifestado verbalmente pelo prosseguimento do feito, por unanimidade, aprovar o relatório, **conhecer do recurso ordinário em procedimento sumaríssimo** e das contrarrazões, nos termos do voto do Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja (relator); no mérito, **dar-lhe provimento** para excluir a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, nos termos do voto do Desembargador relator, vencido o Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida. O Ministério Público do Trabalho requereu intimação pessoal, o que foi deferido por unanimidade.

Inverte-se o ônus sucumbencial, condenando-se o reclamante ao pagamento das custas processuais, no importe de R\$ 243,62 (duzentos e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos), calculadas sobre o valor dado à causa de R\$ 12.181,00 (doze mil, cento e oitenta e um reais), das quais encontra-se dispensado, ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita (ID 7038a97 - Pág. 2).

Três Lagoas, 30 de novembro de 2017.

NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA
Desembargador do Trabalho
Relator



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0024048-71.2019.5.24.0096

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/09/2019

Valor da causa: R\$ 75.562,00

Partes:

RECORRENTE: ANTONIO JUNIOR MUNIZ DO CARMO

ADVOGADO: GABRIEL COIADO GALHARDE

RECORRENTE: MARFRIG GLOBAL FOODS S.A.

ADVOGADO: SERGIO GONINI BENICIO

RECORRIDO: ANTONIO JUNIOR MUNIZ DO CARMO

ADVOGADO: GABRIEL COIADO GALHARDE

RECORRIDO: MARFRIG GLOBAL FOODS S.A.

ADVOGADO: SERGIO GONINI BENICIO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª
REGIÃO

PROCESSO Nº 0024048-71.2019.5.24.0096-ROT

A C Ó R D ã O

1ª TURMA

Relator : Des. NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA

1º Recorrente : MARFRIG GLOBAL FOODS S.A.

Advogado : Sergio Gonini Benicio

2º Recorrente : ANTONIO JUNIOR MUNIZ DO CARMO (ADESIVO)

Advogado : Gabriel Coiado Galharde

Recorridos : OS MESMOS

Origem : Vara do Trabalho de Bataguassu/MS

**APELIDO DE CUNHO PEJORATIVO EM AMBIENTE DE
TRABALHO - NÃO COMPROVADO - INDENIZAÇÃO POR**

DANOS MORAIS INDEVIDA. A prova oral revelou que o apelido é uma prática comum neste meio e não tinha cunho de perseguição ou humilhação. A empresa demonstrou que agiu adequadamente objetivando coibir essa prática com realização de treinamentos com o tema "Bullying". **Recurso provido no particular.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº 0024048-71.2019.5.24.0096-ROT) em que são partes as acima indicadas.

O MM. Juiz do Trabalho Titular Antonio Arraes Branco Avelino, por meio da sentença de ID 965c956, julgou parcialmente procedentes os pedidos articulados na petição inicial, em face do que recorre ordinariamente a reclamada (ID e1879f9) e adesivamente o reclamante (ID 9149539).

Guias de custas processuais e depósito recursal recolhidas
(IDs 27ea450,

bc73632, 059b335, elfebae).

Ao autor foram concedidos os benefícios da justiça gratuita
(ID 965c956 -

Pág. 6).

Contrarrazões apresentadas pelo reclamante (ID
3145ac7) e pela ré (ID 43a0e5e).

Tendo em vista o disposto no artigo 84 do Regimento Interno desta Corte,
os autos não foram encaminhados ao d. representante do Ministério Público
do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1 - CONHECIMENTO

Conheço parcialmente do recurso da reclamada, não o fazendo com relação à aplicação do disposto no julgamento do RE 895.759, por falta de interesse recursal. Embora a r. sentença tenha tratado da questão no tópico 7, não houve condenação ao pagamento de horas *in itinere*. Na realidade, tal matéria sequer foi objeto da presente demanda.

Conheço do recurso do reclamante e das contrarrazões ofertadas, por presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

2 - MÉRITO

2.1 - RECURSOS DE AMBAS AS PARTES

2.1.1 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - *QUANTUM*

O juízo *a quo* condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em razão do alegado tratamento humilhante e ofensivo perpetrado pelo encarregado do setor em que laborava o autor.

Pugna a reclamada pela exclusão da condenação, e subsidiariamente, pela redução do *quantum* fixado.

O reclamante, por sua vez, requer a majoração da condenação para importância correspondente a 40 vezes seu salário base (R\$ 49.312,00).

Analisa-se.

O autor, na exordial, fulcrou o pedido indenizatório na prática de assédio moral e racismo por parte de seus colegas e encarregado, com a utilização de apelidos de cunho pejorativo (v.g. "nequinho da bandeja") e perseguição, inclusive com a aplicação de penalidades disciplinares. Fez uma reclamação formal ao sindicato e a empresa instaurou sindicância de 7 dias, a qual resultou no abono da pena de suspensão que lhe havia sido imposta e na troca de setor de trabalho, para que não mais mantivesse contato com seu antigo encarregado.

Em contestação, a reclamada asseriu que, ao tomar ciência das alegações de "bullying" no setor de carregamento, tomou as medidas cabíveis e condizentes para apurar supostos atos discriminatórios. Realizou treinamentos no referido setor, bem como abriu sindicância na empresa, mas não ficaram comprovadas as alegações do obreiro de perseguições ou humilhações. Na realidade, o próprio reclamante não tinha mais interesse em dar continuidade ao contrato de trabalho e se comportava de modo inadequado, o que resultou na aplicação de advertências e suspensão, e, por fim, em sua demissão.

Pois bem.

A responsabilidade de indenizar pressupõe que a ofensa sofrida esteja revestida de tamanha gravidade que efetivamente atinja a dignidade do indivíduo, causando-lhe sofrimento, sentimentos de angústia, vergonha, etc., sob pena de se reduzir o dano moral a qualquer aborrecimento trivial sofrido pela vítima.

Não se verifica nos autos violação aos direitos da personalidade do reclamante a ensejar a indenização pretendida.

Os documentos de IDs 04f4e01 a ID 9e2ad3d revelam que as penalidades aplicadas ao autor decorreram de seu mau procedimento ou desídia. A veracidade de tais documentos não foi desconstituída.

Além disso, os documentos de IDs d5a075a a 742db86 demonstram que a ré, diante das alegações do reclamante, adotou providências a fim de investigar e coibir eventuais condutas indevidas, tais como, abertura de sindicância, afastamento do reclamante até conclusão das investigações, troca de setor de trabalho, realização de treinamento com o tema "Bullying".

Consta ainda dos termos da sindicância instaurada pela empresa, que o autor não citou os nomes dos supostos agressores, disse que não tinha interesse em ir até a delegacia registrar boletim de ocorrência e não citou testemunhas que pudessem corroborar sua denúncia (ID 02175c6 - Pág. 1).

O empregado Cledison Jorge, ouvido por ocasião do procedimento investigatório, afirmou que o autor, ao ser admitido na empresa, já tinha o apelido de "neguinho", e que ele próprio já possuía o apelido de "indião" (02175c6 - Pág. 3). Logo, o que se percebe é que a utilização de apelidos era prática comum e usual no ambiente laboral. Ainda que se considere que tal circunstância não é a mais adequada socialmente, fato é que o tratamento era dispensado aos demais trabalhadores, o que afasta a tese do reclamante de ser vítima de discriminação ou perseguição.

Conclui-se, portanto, que o dano aventado não ficou robustamente comprovado, porquanto ainda que o autor tenha recebido apelidos no ambiente de trabalho, não se denota que isto tenha causado tamanho constrangimento a ponto de abalar sua dignidade. Inexiste nos autos prova neste sentido.

Na lição de Antonio Jeová Santos, o "*mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrentes de alguma circunstância (...) e que o homem médio tem de suportar em razão mesmo do viver em sociedade, não servem para que sejam concedidas indenizações*" (in *Dano Moral Indenizável*, 4ª edição, ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 113).

Por fim, cumpre salientar que há de se ter cautela no deferimento de indenizações decorrentes de ofensas morais, a fim de se evitar a banalização do instituto.

Destarte, dou provimento ao recurso da reclamada para excluir a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e, conseqüentemente, prejudicado o apelo do reclamante.

2.2 - RECURSOS DA RECLAMADA

2.2.1 - HORAS EXTRAS QUANTITATIVAS/QUALITATIVAS - REFLEXOS - VALIDADE DA COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

O juízo da origem declarou a invalidade do sistema de compensação e condenou a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, assim consideradas as excedentes de 8 horas diárias, de segunda-feira a sexta-feira, e de 4 horas diárias aos sábados, com base na jornada e na frequência constantes dos cartões de ponto.

Além disso, deferiu diferenças qualitativas em virtude da não integração do adicional de insalubridade na base de cálculo das horas extras.

Insurge-se a recorrente, aduzindo que as horas extras prestadas foram devidamente pagas ou compensadas, não tendo o autor comprovado ser credor de diferenças. Acrescenta que, por força de acordo coletivo de trabalho, os empregados laboravam de segunda-feira a sexta-feira, folgando três sábados por mês; e desde 3.6.2013, as folgas passaram a ocorrer em todos os sábados.

Com parcial razão.

Quanto às diferenças qualitativas, há de se manter a condenação, na medida em que a reclamada, de fato, não computava na base de cálculo das horas extras o adicional de insalubridade, conforme se infere dos documentos de ID 7cac7ab.

No que se refere às diferenças quantitativas de horas extras, o labor aos sábados (ID 8b03a35 - Pág. 2 e ss.), e realização habitual de horas extras, descaracteriza o acordo de compensação da jornada, atraindo a aplicação do disposto na Súmula 85, IV, do TST, que assim dispõe:

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

Além do mais, o trabalho em ambiente insalubre sem a licença prévia da autoridade competente torna inválido o acordo de compensação, fundamentos contidos no item VI da Súmula 85/TST e Súmula 24/TRT24, o que faz reconhecer a irregularidade compensatória.

Destarte, dou parcial provimento ao recurso para determinar o pagamento, como extras, das horas que ultrapassarem 44 horas semanais. Quanto às destinadas à compensação dentro do módulo semanal, deverá ser pago apenas o adicional.

2.2.2 - JORNADA NOTURNA

A recorrente sustenta que sempre efetuou corretamente o pagamento do adicional noturno, bem como computou referido adicional e a redução da hora noturna no cálculo das horas extras laboradas. Além disso, competia ao recorrido demonstrar eventuais diferenças (art. 818, I, da CLT e 373, I, CPC).

Analisa-se.

Não houve condenação ao seu pagamento de adicional noturno, pois o juízo *a quo* apenas reconheceu que referida verba deve ser observada no cômputo das horas extras. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial 97 da SBDI-1 do TST, razão pela qual nada há a reparar na sentença quanto ao particular.

Nego provimento.

2.2.3 - INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 253 DA CLT

Insurge-se a ré em face da condenação ao pagamento de horas extras decorrentes da ausência de concessão regular das pausas previstas no art. 253 da CLT, ao argumento que as pausas previstas no art. 253 da CLT sempre foram concedidas; a empresa está situada na quarta zona climática do mapa oficial do Ministério do Trabalho, de modo que o autor não faz jus ao referido intervalo porque não trabalha em câmara frigorífica e não movimentava mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa; o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar que laborava nas condições previstas na legislação para o deferimento da parcela.

Sem razão.

Primeiramente, registre-se que a recorrente se mostra deveras confusa em suas assertivas, pois ao mesmo tempo em que defende que concedeu as pausas previstas no art. 253 da CLT, motivo por que não seria devida a condenação ao pagamento das horas extras decorrentes, alterca que o autor não faz jus ao referido intervalo, haja vista que não caracterizadas as hipóteses legais para a concessão das pausas.

De todo modo, ficou incontroverso o direito do autor às pausas para recuperação térmica (contestação ID 05a4eb7 - Pág. 38).

Destarte, não é necessário que o trabalhador se ative em câmara frigorífica para fazer jus ao intervalo previsto no *caput* do artigo 253 da CLT, basta que esteja submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio e insalubre, assim entendido o local de trabalho situado na quarta zona climática do mapa oficial do Ministério do Trabalho, com temperatura inferior a 12°C, como era o caso do reclamante (art. 253, parágrafo único, da CLT e Súmula 438 do C. TST).

Por outro lado, como consignado pelo juízo da origem, os registros de ponto e a prova oral corroboraram a irregularidade na concessão dos intervalos, pois não atendida a exigência legal de uma pausa a cada 1 hora e 40 minutos de labor.

Assim, são devidas as horas extras e reflexos decorrentes da supressão parcial do intervalo previsto no art. 253 da CLT, nos termos decididos na origem.

Nego provimento.

2.2.4 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

A recorrente postula a reforma da r. sentença no tocante à condenação ao pagamento de honorários assistenciais no importe de 15% com lastro no art. 791-A da CLT.

Sem razão.

Os honorários de sucumbência passaram a ser previstos na Justiça do Trabalho com o advento da Reforma Trabalhista iniciada pela Lei 13.467/2017, e foram regulamentados no artigo 791-A da CLT.

Dispõe o artigo 791-A, da CLT:

Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

A presente ação foi ajuizada em 12.2.2019, na vigência da mencionada Lei 13.467/2017, o que torna indubitável sua aplicabilidade ao caso em comento.

Esclareça-se, por oportuno, que se revela totalmente impertinente a alegação da recorrente de impossibilidade de cumulação de honorários sucumbenciais com honorários assistenciais, pois não houve condenação ao pagamento destes últimos.

Até mesmo porque, os honorários assistenciais eram cabíveis nas ações ajuizadas antes da reforma trabalhista e desde que preenchidos os termos da Súmula 219/TST. Agora não mais subsistem em decorrência do novo dispositivo expressamente regulamentado no §1º do artigo 791-A da CLT.

Destarte, nada a reparar na sentença, porquanto perfeitamente cabível a condenação aplicada.

Nego provimento.

2.2.5 - CORREÇÃO MONETÁRIA

Pretende a reclamada a reforma da decisão que determinou a aplicação do índice IPCA-E para atualização monetária dos créditos deferidos, nos termos da Súmula 23 deste E. Tribunal, requerendo a incidência da TR.

Sem razão.

A Lei 13.467/2017 inseriu no artigo 879 da CLT o §7º, segundo o qual *"a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991"*.

Contudo, o Pleno deste Regional no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade autuada sob nº 0024319-19.2015.5.24.0000, decidiu acerca da questão e editou a Súmula 23, cuja redação atual é a seguinte:

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 39 DA LEI nº 8.177/1991.

- 1. É inconstitucional a expressão "equivalentes à TRD acumulada" constante no art. 39, caput, da Lei nº 8.177/91.*
- 2. Por razão de segurança jurídica e tendo como parâmetro a modulação de efeitos concretizada pelo Supremo Tribunal Federal para atualizar os débitos dos precatórios judiciais (questão de ordem na ADI 4357), limita-se a eficácia retroativa da declaração a 26.03.2015, a partir de quando os débitos trabalhistas deverão ser atualizados pelo IPCA-E, fator indexador eleito pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4425. (Redação alterada pela Resolução Administrativa n. 67/2016, em 21.11.2016).*

Assim, inaplicável a TR, pois, repita-se, o artigo 39 da Lei 8.177/91, mencionado no §7º do art. 879 da CLT, foi declarado inconstitucional por violação ao direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição da República).

Ainda, não há falar em violação ao princípio da separação dos poderes, pois esta Corte não legislou sobre a aplicação do IPCA-E aos débitos trabalhistas, mas tão somente declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 39, *caput*, da Lei 8.177/1991, na parte em que prevê a atualização monetária dos débitos trabalhistas "equivalentes à TRD acumulada", por violação ao direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição da República).

Consigne-se que o Exmo. Ministro Dias Toffoli, em decisão monocrática proferida nos autos da Reclamação 22.012 MC/RS, limitou-se a suspender os efeitos da decisão proferida pelo TST, na ação ajuizada pela Federação Nacional dos Bancos - FENABAN em face da decisão do C. TST, que determinou a aplicação do IPCA no lugar da TR.

Porém, ao apreciar o mérito, a 2ª Turma do STF, em 5.12.2017, julgou improcedente referida reclamação, nos termos do voto do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, ficando, em consequência, revogada a liminar anteriormente deferida, de modo que não há qualquer impedimento para a apreciação da constitucionalidade ou não do artigo 39 da Lei 8.177/91 por esta Corte.

Destarte, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Participam deste julgamento:

Desembargador André Luís Moraes de Oliveira;

Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior; e

Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

Ausente, por motivo de férias, o Desembargador

Marcio Vasques Thibau de Almeida

ACORDAM os integrantes da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, **conhecer parcialmente do recurso ordinário da reclamada e integralmente do recurso adesivo do reclamante** e das contrarrazões de ambas as partes e, no mérito, **dar parcial provimento ao recurso da ré** para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais e determinar o pagamento, como extras, das horas que ultrapassarem 44 horas semanais, devendo ser pago apenas o adicional naquelas

destinadas à compensação dentro do módulo semanal, **ficando prejudicado o apelo obreiro**, nos termos do voto do Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja (relator).

Com fulcro na letra "c" do inciso II da Instrução Normativa n° 3/93 do C. TST, atribui-se, provisoriamente, novo valor à condenação, de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), fixando as custas processuais em R\$ 240,00 (duzentos e quarenta), já satisfeitas.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA
Desembargador do Trabalho
Relator

SENTENÇAS



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0024563-30.2015.5.24.0005

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 24/08/2020

Valor da causa: R\$ 500.000,00

Partes:

RECORRENTE: CARMELO GARCIA

ADVOGADO: FRANKLIN EDWARDS FREITAS OLIVEIRA

RECORRENTE: A.R.G. S.A.

ADVOGADO: RAFAEL RAMOS ABRAHAO

ADVOGADO: ANNA CAROLINA BRANT ANDRADE

ADVOGADO: LEONARDO BARTOLOMEU NEVES

ADVOGADO: RODRIGO DE SOUSA ALVARENGA

RECORRIDO: CARMELO GARCIA

ADVOGADO: FRANKLIN EDWARDS FREITAS OLIVEIRA

RECORRIDO: A.R.G. S.A.

ADVOGADO: ANNA CAROLINA BRANT ANDRADE

ADVOGADO: LEONARDO BARTOLOMEU NEVES

ADVOGADO: RODRIGO DE SOUSA ALVARENGA



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª
REGIÃO

PROCESSO N° 0024563-30.2015.5.24.0005-ROT

A C Ó R D ã O

2ª TURMA

Relator : Juiz do Trabalho Convocado RENATO LUIZ MIYASATO

DE FARIA 1º Recorrente : CARMELO GARCIA

Advogado : Franklin Edwards Freitas Oliveira

2º Recorrente : A.R.G. S.A.

Advogado : Rodrigo de Sousa Alvarenga e outros

Recorridos : OS MESMOS

Origem : 5ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

PEDIDO DE DEMISSÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. NULIDADE. RECONHECIMENTO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. 1. O empregador é responsável por manter o meio ambiente de trabalho equilibrado e cumprir a função social da propriedade (CLT, arts. 168 e 169; CF, arts. 5º, 7º, 170, 200 e 225). 2. Em razão disso, não se permite que o empregado, portador de doença grave - no auge dos sintomas - e com mais de um ano de serviço, peça demissão sem observância das formalidades legais (CLT, art. 500). 3. Como o ordinário se presume e o extraordinário se prova, o fato dele estar no exterior e ter supostamente rejeitado proposta da empresa de suspensão do seu contrato de trabalho para tratamento, preferindo pedir demissão, faz presumir que, de fato, ele foi coagido e/ou ludibriado a pedir demissão como condição de retorno imediato ao Brasil (CPC, art. 375). 4. Nesses termos, declara-se a nulidade do pedido de demissão e reconhece-se que ocorreu despedida discriminatória fazendo jus o empregado aos salários em dobro do período de afastamento (Súmula 443 do c. TST).

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO 0024563-30.2015.5.24.0005-ROT) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Inconformadas com a sentença proferida pelo MM. Juíza do Trabalho Substituta Keethlen Fontes Maranhão, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial (f. 990/1004), posteriormente integrada pela decisão de embargos de declaração (f. 1013 /1015), recorrem a ré (f. 1021 e ss.) e o reclamante (f. 1050 e e ss.).

Guias de depósito recursal (f. 1047/1048) e de custas processuais (f. 1049). Contrarrazões ofertadas pelo reclamante (f. 1071 e ss.) e pelo (f. 1105e ss.).

Ante o disposto no artigo 84 do Regimento Interno desta Corte, os autos não foram encaminhados ao d. representante do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Conheço dos recursos das partes, bem como das contrarrazões, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

2 -MÉRITO

2.1 - QUESTÃO DE ORDEM. CORREÇÃO MONETÁRIA

Foi deferida liminar em 27.6.2020 pelo Ministro Gilmar Mendes na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC/STF nº 58 e 59, determinando até o referendo do Pleno a suspensão do julgamento de todos os processos em curso no âmbito desta Justiça do Trabalho que envolvam a aplicação dos artigos 879, § 7º, e 899, § 4º, da CLT (texto reformado) e o art. 39 caput e § 1º, da Lei 8.177/91.

Após, em razão da interposição de Agravo Regimental pelo Procurador-Geral da República (Ag.Reg. na Medida Cautelar na ADC 58/DF), na data de 1º.7.2020, foi proferida nova decisão, com esclarecimentos de que a determinação de suspensão *"não impede o regular andamento dos processos judiciais, tampouco a produção de atos de execução, adjudicação e transferência patrimonial no que diz respeito à parcela do valor das condenações que se afigura incontroversa pela aplicação de qualquer dos dois índices de correção"*.

Assim, não há óbice para que os critérios de correção monetária sejam estabelecidos na fase de liquidação, como, aliás, prevê o art. 491 do CPC. Esse procedimento não ofende a coisa julgada, conforme decisões do c. TST (TST-AgR-AIRR-364-54.2010.5.04.0011, 1ª Turma, Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, DEJT 01/12/2017) e do STJ (AgRg no REsp 1.532.388/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015).

Portanto, diante dos princípios da duração razoável do processo e da celeridade processual (artigos 4º, 6º e 8º do CPC), suscita-se questão de ordem para que o processo tenha seu curso normal, ficando prejudicada a decisão de primeiro grau que fixou o índice de correção monetária e, em consequência, postergando o debate do índice a ser aplicado para a fase de liquidação da sentença, quando deverá ser observada a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Em consequência, fica prejudicado o tópico do recurso do réu quanto à referida matéria.

2.2 - RECURSO DO REU

2.2.1 -EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

O juízo da origem rejeitou a exceção de incompetência por entender que a regra é para facilitação do acesso ao trabalhador e, em se tratando de empregador que arregimenta os empregados em outros municípios ou estados, pode o trabalhador optar em ajuizar a demanda na Vara do Trabalho de seu domicílio, do local da contratação ou do local de prestação de serviços (f. 595 e 993).

Segundo o recorrente: a) o reclamante não foi contratado e nem prestou serviços em Campo Grande/MS; b) conforme as disposições do art. 651 da CLT, a competência seria de uma das Varas do Trabalho de São Miguel do Oeste/SC, local de sua contratação, não havendo óbices de acesso à justiça; c) o entendimento da origem ratifica que o reclamante escolheu o Juízo (f. 1023/1024).

Não lhe assiste razão.

O critério de fixação da competência da Justiça do Trabalho tem como diretriz a proteção ao hipossuficiente, como se observa do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho. Em atendimento a este primado, o caput do referido dispositivo prevê, como regra geral, a competência do local da prestação de serviços, pois seria o local da residência do trabalhador, o que facilitaria o acesso à justiça. Apenas se admite o ajuizamento da ação no domicílio do autor caso ele coincidir com o local da arregimentação, da contratação ou da prestação dos serviços.

No caso, o autor sempre residiu em Campo Grande/MS, inclusive quando foi contratado (f. 639, item 2), presumindo-se que ele foi arregimentado em Campo Grande/MS e firmado contrato em outra localidade (São Miguel do Oeste/SC). Esse, inclusive, foi o procedimento de contratação da única testemunha inquirida (f. 643, item 38).

Sendo assim, não há como se excluir a competência da Vara do Trabalho desta Capital, pois observa a finalidade do referido dispositivo.

Nesse sentido, ainda, decisão do c. TST:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM OUTRO PAÍS. EMPREGADORA COM ATUAÇÃO EM DIVERSAS LOCALIDADES DO BRASIL. Em geral, para fixação da competência em razão do lugar, devem prevalecer os critérios objetivos estabelecidos no art. 651, caput, e § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Somente se admite o ajuizamento da ação no domicílio do autor em situação não prevista no § 1º, se ele coincidir com o local da arregimentação, da contratação ou da prestação dos serviços. A finalidade do dispositivo em comento é viabilizar o acesso do empregado à Justiça, amenizando a desigualdade havida na relação de processual trabalhista, sem deixar de observar os princípios da economia, celeridade e efetividade que regem o processo do trabalho, bem como o direito constitucional de livre acesso à Justiça. (...)" (TST-CC-462-08.2016.5.06.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 26/04/2019).

Em razão do exposto, nego provimento.

2.2.2 - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Segundo o recorrente não há como aplicar ao caso a legislação a legislação brasileira, uma vez que: a) o autor teria sido contratado para trabalhar no exterior, não no Brasil; b) incide o critério da territorialidade ou da *lex loci executionis*, nos termos da Lei n. 7.064/82, Convenção de Havana - que é lei nacional, conforme art. 5º, §2º da Constituição Federal -, e Súmula n. 207 do c. TST; c) o ônus da prova quanto à lei mais favorável é do reclamante que dele não se desincumbiu (f. 1038). Requereu, assim, a extinção do processo (f. 1030).

A possibilidade jurídica do pedido, que era a ausência de vedação expressa no ordenamento jurídico para apreciação de alguma pretensão, continha previsão no CPC de 1973 (art. 267, IV), mas não no código atual (CPC-2015).

Ademais, a aplicação da legislação brasileira decorreu da declaração de unicidade contratual, ou seja, o autor foi contratado e prestou serviços no Brasil e, posteriormente, transferido para o exterior.

Nego provimento.

PRESCRIÇÃO. FGTS

Insurge-se o recorrente em face da sentença que entendeu estar o FGTS sujeito à prescrição trintenária (f. 994), alegando que a prescrição é quinquenária, conforme art. 7º, XXIX da Constituição Federal. Pleiteou, ainda, a dedução dos valores pagos sob a rubrica "antiguedad", sob fundamento de ser similar ao FGTS.

Sem razão.

O prazo prescricional é trintenário, pois a prescrição já estava em curso quando do julgamento do ARE 709.212/DF, nos termos a Súmula 362 do c. TST

Nesse sentido, ainda, decisão do c. TST: TST.

RECURSO DE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO FGTS. SALÁRIO PAGO POR FORA. A prescrição da pretensão de depósitos de FGTS referentes ao salário pago por fora durante o contrato de trabalho é trintenária, nos termos do disposto na Súmula n° 362, I, desta Corte Superior. Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão plenária do dia 13/11/2014, nos autos do ARE 709.212/DF, entendeu que a prescrição aplicável ao FGTS é a prevista no art. 7º, XXIX, da CF, ou seja, quinquenal, declarando inconstitucional o prazo de trinta anos previsto no art. 23 da Lei 8.036/90. Não obstante o novo entendimento, a Suprema Corte optou por modular dos efeitos da decisão: para os casos cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos; se a prescrição já está em curso, aplica-se o prazo que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir deste julgamento. Ao estabelecer a necessidade de modulação dos efeitos da decisão proferida, com eficácia ex nunc, determinou a e. Corte que a prescrição quinquenal não deve incidir nas ações que estejam em curso, mas apenas os processos protocolizados a partir de 13/11/2014. O novo entendimento, portanto, não se aplica ao caso destes autos, já que anterior ao julgamento do e. STF. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST - E-RR - 1290-77.2013.5.02.0078, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 29/01/2016)

Por outro lado, não há como acolher o pedido de dedução de verbas cuja natureza e finalidades eram diversas.

Nego provimento.

2.2.4 - UNICIDADE CONTRATUAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Juíza de origem reconheceu a unicidade dos contratos de trabalho firmados e, tendo o autor sido contratado no Brasil e, posteriormente, transferido para o exterior, aplicou ao caso a legislação brasileira, quando mais favorável que a estrangeira, nos termos da Lei n. 7.064/82, artigos 2º e 3º (f. 994/995).

Sustentou o recorrente que: a) "A contratação do recorrido em um segundo contrato com objeto diverso após o encerramento formalizado de fato e de direito de um primeiro contrato de trabalho não implica por si só em existência de unicidade contratual, pois além de ter sido devidamente formalizada a dispensa do primeiro contrato, com pagamento de verbas rescisórias e emissão de guias, a segunda contratação se deu por uma empresa sucursal estrangeira"; b) não pode ser aplicada a legislação brasileira (f.1039).

Não lhe assiste razão.

Não são controvertidas as datas dos dois contratos de trabalho: o primeiro encerrado em 31/12/2010 e o segundo, iniciado em 01/01/2011 (TRCT de f. 249/250-PDF e contrato de trabalho f. 414/413-PDF). Não houve solução de continuidade no contrato de trabalho, uma vez que a nova contratação ocorreu no outro dia e para o exercício da mesma função.

Com efeito, o recorrente alegou que os objetos dos contratos seriam diversos, atraindo o ônus da prova (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 373, II), contudo não comprovou as alegações, conforme se verifica nas declarações do autor e da testemunha (f. 641/643).

A percepção de verbas rescisórias (relativas ao primeiro contrato) também não obsta o reconhecimento da unicidade.

Segundo a Min. Kátia Magalhães Arruda, "O art. 453 da CLT aborda matéria relativa à contagem de tempo de serviço em caso de readmissão, excluindo esse tempo em caso de recebimento de "indenização legal". Ao contrário do que entende a recorrente, a indenização de que trata o art. 453 da CLT era aquela prevista no caput dos arts. 477 e 478 da CLT (tacitamente revogados pela Constituição Federal), ou seja, não se refere a verbas rescisórias." (TST-RR-721-53.2010.5.03.0143, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª T., pub. DEJT 09/08/2013).

No tocante à legislação, é aplicável ao caso o disposto no art. 1º da Lei n. 7.064/82 (alteada pela Lei n. 11.962/2009). Nesse sentido, decisão do c. TST:

"(...) RELAÇÃO DE EMPREGO E VERBAS RESCISÓRIAS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A Lei nº 11.962/2009, ao alterar o texto do artigo 1º da Lei nº 7.064/82, estendeu a todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior tal aplicação. A garantia abrange não somente os dispositivos concernentes à transferência e retorno para o Brasil, mas também o próprio universo normativo que regula o contrato durante o período de permanência do empregado no exterior. Assim, assegura-se ao trabalhador brasileiro contratado para prestar serviços no exterior a possibilidade de aplicação da legislação pátria " quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria " (inciso II do artigo 3º da Lei nº 7.064/82). Esse panorama jurídico motivou, inclusive, o cancelamento da Súmula nº 207 desta Corte. Afinal, a possibilidade de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador se contrapõe à rigidez do princípio da territorialidade, antes consagrado na jurisprudência deste Tribunal. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional, soberano no exame do conjunto fático-probatório, registrou que a legislação brasileira é mais benéfica à reclamante. Assim, sendo aplicável a legislação brasileira e, tendo a recorrente alegado óbice presente somente na legislação estrangeira, não há equívoco a ser sanado no acórdão regional. Agravo conhecido e não provido" (TST-Ag-AIRR-459-64.2015.5.10.0004, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 21/08/2020).

Nego provimento ao recurso.

2.2.5 - HORAS EXTRAS E REFLEXOS

O Juízo de origem afastou a aplicação do art. 62, II, da CLT e, com base nas provas orais, fixou jornada de trabalho do autor e deferiu horas extras e reflexos (f. 1000).

Insurge-se o recorrente sustentando que: a) o reclamante sempre trabalhou em horário regular, não se justificando a jornada fixada; b) a partir de maio de 2011, o reclamante trabalhou no cargo de encarregado - de confiança e sem qualquer controle de jornada -, inserido na exceção do artigo 62, II, da CLT; c) *"de toda sorte, que a jornada de trabalho definida em sentença se mostrou excessiva, uma vez que o depoimento do reclamante, aliado à prova testemunhal indicam jornada inferior, de 07:00 h às 18:00 h, com intervalo intrajornada podendo haver elástico para (f. 1040); d) não houve prova deslocamento da obra até o acampamento de 30 minutos"* de trabalho após 19h e o intervalo intrajornada era de 1h; e) na apuração devem ser excluídos os períodos em que o autor estava em "baixadas" no Brasil.

Aprecia-se.

Os requisitos para se enquadrar o empregado no art. 62, II da CLT e excepcioná-lo do regime de duração do trabalho são dois: a) funções e atribuições de gestão, a eles equiparados os cargos de diretores e chefes de departamento ou filial; b) diferença salarial por força do cargo de confiança, que não poderá ser inferior a 40% do salário correspondente ao cargo efetivo - independentemente de a diferença corresponder à gratificação de função ou estar abrangida pelo saláriobase do cargo de confiança. (TST-RR - 57200-57.2009.5.04.0019 Data de Julgamento: 13/12/2017, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/12/2017).

Segundo o Min. Hugo Carlos Scheuermann *"A regra contida no artigo 62, II, da CLT, dirige-se "aos gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeitos deste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial". Para o enquadramento em tal dispositivo de lei não basta a simples denominação de cargo de confiança, mostrando-se imprescindível o efetivo exercício de poder de gestão ou de representação, mediante a prática de atos próprios da esfera do empregador, com autonomia para tomada de decisões"* (TST-RR-64941-76.2002.5.01.0020 Data de Julgamento: 16/12/2015, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015).

No caso, a testemunha inquirida declarou que:

"32. o encarregado não tinha poderes para admitir, demitir e aplicar penalidades, mas, apenas os superiores, como os engenheiros" (f. 643).

Assim, o autor não estava enquadrado na exceção legal, fazendo jus à limitação e controle de jornada.

Em relação aos horários propriamente ditos, ao contrário do que sustentou o réu, o autor declarou que a jornada se estendia, às vezes, até 21h (f. 640, itens 14 e 16). A única testemunha inquirida também confirmou que laboravam até 19/20h e, em algumas semanas, até 22h, com 15min de intervalo (f. 642, itens 8, 11 e 12).

Portanto, a jornada fixada pela juíza de origem não foi excessiva e observou a prova oral produzida.

No tocante aos períodos em que o autor gozava férias e/ou descansos no Brasil (na contestação, a ré descreveu, a título de exemplo, alguns períodos - f. 305), em depoimento pessoal o autor confessou que de quatro em quatro meses ficava entre 15 e 20 dias e a empresa contava como férias (f. 641, item 31).

Sendo assim, dou parcial provimento ao recurso para determinar que, na apuração das horas extras, sejam desconsiderados os períodos confessados pelo autor em depoimento pessoal (de quatro em quatro meses, voltava para o Brasil e descansava pelos períodos alternados de 15 e de 20 dias).

2.2.6 - HORAS IN ITINERE

A Juíza de origem deferiu o pedido, sob fundamento de que a ré fornecia a condução, pois não havia transporte público e o local era de difícil acesso (f. 1001).

Sustenta o recorrente que "jornada de trabalho definida em sentença já contempla o período gasto em deslocamentos, não havendo prova de o labor extrapolava os limites definidos, razão pela qual requer-se excluída da condenação as horas "in itinere" (f. 1042).

Não lhe assiste razão.

Para o pagamento das horas in itinere, é mister o preenchimento dos requisitos estipulados no art. 58, § 2º, da CLT (antiga redação, antes da "reforma trabalhista") e na Súmula nº 90 do TST, quais sejam, o fornecimento de condução pelo empregador e local de trabalho ser de difícil acesso ou não servido por transporte público, ou, ainda, a incompatibilidade entre os horários da jornada do empregado e os do transporte público regular.

No caso, a testemunha confirmou ausência de transporte público até os locais de prestação de serviços (f. 642, item 6).

Além disso, ao contrário do que sustentou o recorrente, as horas in itinere foram fixadas independentemente da jornada de efetivo trabalho (f. 1001).

Nego provimento.

2.2.7 - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA

Insurge-se o recorrente em face da sentença que deferiu o adicional, alegando que não houve transferência e, se ocorreu, foi definitiva, não ensejando pagamento do adicional, nos termos do art. 469 da CLT e OJ 113, da SBDI-1 do c. TST (f. 1043).

Sem razão.

O adicional de transferência é devido ao empregado transferido para o exterior, independente da transitoriedade ou provisoriedade, uma vez que a legislação a ele aplicada não faz qualquer distinção (Lei. 7.064/82, artigos 2º e 4º).

Nesse sentido, ainda, decisão do c. TST:

(...) ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. O Regional com base no que dispõe o artigo 2º, inciso III, da Lei nº 7.064/82, entendeu ser devido o adicional de transferência ao reclamante, ao registro de que o referido diploma legal não faz referência a qualquer requisito relativo à transitoriedade da transferência. Tal como proferido, o acórdão regional encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte que, à luz do disposto no artigo 2º da Lei 7.064/82, possui entendimento no sentido de que ao empregado contratado no Brasil, para prestar serviço no exterior, é devido o adicional de transferência, sendo irrelevante se esta ocorreu de forma temporária ou definitiva. Incidem, portanto, a Súmula 333 desta Corte e o art. 896, § 7º, da CLT, como óbices ao prosseguimento da revista. Agravo não provido" (Ag-AIRR-717-13.2012.5.04.0371, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 30/08/2019).

Nego provimento.

2.2.8 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Insurge-se o recorrente em face da sentença que indeferiu honorários advocatícios, sob fundamento de inaplicabilidade da Lei n. 13.467/2017, alegando, em suma, que *"quanto às regras de direito material, aplicam-se aquelas vigentes no curso da relação, não havendo qualquer retroatividade da nova legislação. Todavia, quanto às alterações de caráter processual, as mesmas são de aplicação imediata a todo e qualquer ato processual praticado após a sua edição, como por exemplo, os ônus de sucumbência"* (f. 1046).

Sem razão.

Os honorários de sucumbência possuem natureza jurídica bifronte (material e processual) e, por isso, a aplicabilidade de nova legislação não pode prejudicar situações consolidadas anteriormente (princípio da segurança jurídica e ato jurídico perfeito - CF, art. 5º, caput e XXXVI) nem causar decisões surpresa às partes (NCPC, art. 9º e 10º).

Nesse sentido: - recente decisão do TST: TST-RR - 20192-83.2013.5.04.0026, Rel. Des. Conv.: Cilene Ferreira Amaro Santos, 6ª T., pub. DEJT 15/12/2017; - Instrução Normativa 41/2018 do c. TST (de 21/06/2018).

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso.

2.3 - RECURSO DO RECLAMANTE

2.3.1 -NULIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO. RESCISÃO INDIRETA. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. SALÁRIOS

A Juíza de origem, com base no pedido de demissão assinado de próprio punho pelo autor e na falta de prova nos autos de vício de vontade, indeferiu o pedido de rescisão indireta, de despedida discriminatória e demais verbas (f. 997).

Insurge-se o reclamante alegando que: a) "*não fazia qualquer sentido pedir demissão em meio aos problemas de saúde que o acometia, trabalhando na AFRICA distante um oceano da sua família*" (f. 1054); b) a empresa já desconfiava de sua patologia, pois estava muito doente - desde maio - e havia faltado ao trabalho por alguns dias e, em razão disso, o médico da empresa lhe solicitou alguns exames, dentre os quais, de HIV/AIDS; c) os documentos (que não sabia que também se tratava de pedido de demissão) foram assinados no dia 07/07/2014, data em que descobriu sua doença, mas com data retroativa a 04/07/2014 (f. 1055); d) "*se de fato o recorrente solicitou seu desligamento para voltar ao Brasil em 04/07/2014 para resolver problemas particulares, não faria sentido que o mesmo, em 07/07/2014 fosse atendido pelos médicos da recorrida, Dr. Alfredo Eduardo Mier e Leon Rodriguez, onde os mesmos atestaram que o trabalhador estava acometido de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS)*" (f. 1056); e) ainda estava vinculado à empresa no dia 07/07/2014, conforme documentos denominados "Liquidacion - Finiquito Laboral", "fecha de retiro" e "Certificado de Trabajo", em que consta desligamento em 07/07/2014, exatamente no dia em que os médicos da empresa confirmaram sua patologia (f. 1057); f) aplicável, ainda, ao caso o disposto no art. 500 da CLT, pois estava doente na data; g) a testemunha relatou também despedida após ter o autor contraído o vírus e que houve retorno ao Brasil em avião de linha comercial, não fretado, como sempre ocorria.

Aprecia-se.

Segundo o Min. Renato de Lacerda Paiva, "A CLT, em seus artigos 168 e 169, em sintonia à garantia constitucional que torna o empregador garante constitucional do meio ambiente de trabalho equilibrado e à função social da propriedade (art. 5º, art. 7º, art. 170, art. 200 e art. 225, todos da Constituição Federal), ao fazer tal exigência expressa erige a mesma à condição de

validade para fins de rescisão do contrato de emprego, o qual só se extingue se evidenciada a saúde do obreiro, sendo irrelevante haver ou não o nexo ocupacional do achado patológico" (TST-TutCautAnt - 1001192-28.2020.5.00.0000, Relator: Renato de Lacerda Paiva, p. 24/08/2020).

No caso, não restou dúvidas de que o reclamante estava doente no período em que pediu demissão (independente se dia 04 ou 07) e que a reclamada tinha conhecimento disso, tanto que, em contestação, admitiu ter alertado a ele de que a doença tinha tratamento, não sendo necessário o pedido de demissão. Segue o trecho a seguir transcrito:

"Na verdade, diante dos sintomas apresentados, e diante da possibilidade de ter adquirido o vírus da AIDS, o Reclamante requereu imediato retorno ao Brasil e desligamento da empresa, culminando com o pedido de demissão assinado em 04/07/2014.

Não obstante a empresa Reclamada alertá-lo de que a doença possui tratamento, e de que ele poderia retornar ao Brasil sem rescindir o contrato de trabalho, mas apenas suspendê-lo para fins de tratamento, sendo certo que tal doença não o incapacita para o trabalho, ainda assim o Reclamante insistiu no pedido de demissão, pretendendo extinguir qualquer vínculo empregatício com a empresa Reclamada, o que será comprovado oportunamente" (f. 321).

O contrato de trabalho se encerrou no dia 07/07/2014 (f. 72/73), quando o autor e a ré tinham ciência da concreta possibilidade da patologia HIV/AIDS (f. 75).

Nesses termos, é de se considerar que o ordinário se presume e o extraordinário se prova e, por isso, não seria razoável que uma pessoa doente resolvesse pedir demissão (e ficar sem a proteção legal do empregador e de um seguro saúde de que era beneficiário - f. 587 e ss.), ainda mais quando a ré alegou ter ofertado a suspensão do contrato de trabalho e imediato retorno ao Brasil (conforme contestação acima transcrita, f. 321).

Além disso, a fragilidade de sua saúde na época, o medo da patologia, bem como o fato de estar em outro país e longe de seus familiares e de uma infraestrutura melhor (CPC, art. 375), fez com que o pedido de demissão (se de fato ocorreu essa vontade do trabalhador) perca sua veracidade/validade.

Corroborando essa conclusão, as declarações da testemunha que, apesar de saber dos fatos por terceiros, é mais um indício de prova de que o autor não queria pedir demissão e que teria sido dispensado, in verbis:

"23. sobre a dispensa do autor, ouviu comentários no pátio de que o reclamante havia sido imediatamente demitido após contrair o vírus HIV, tanto que nem aguardaram o avião fretado, tendo retornado para o Brasil nos aviões de linha comercial;

24. não tem conhecimento de outros casos de demissão semelhantes, nem de trabalhadores que tivessem contraído o vírus;

25. tudo o que sabe sobre a dispensa do reclamante é através de comentários, nada tendo presenciado" (F. 643).

Não se pode esquecer, também, que o empregado possuía muitos anos de serviço e estava doente, aplicando-se o disposto no art. 500 da CLT.

Nesse sentido, decisão do c. TST:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015 /2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. REVERSÃO DO PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DO RECIBO DE QUITAÇÃO. EFEITOS. EMPREGADO COM MAIS DE UM ANO DE SERVIÇO. De acordo com a jurisprudência desta Turma e da Eg. SBDI-1, a formalidade prevista no art. 477, § 1º, da CLT encerra norma cogente. Assim, a assistência do respectivo sindicato é imprescindível à validade do pedido de demissão firmado por empregado com mais de um ano de serviço. Ressalva do relator. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-123-98.2016.5.05.0025, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 22/02/2019).

Em razão de todo o exposto: a) impossibilidade de encerramento contratual em razão de o autor encontrar-se doente - CLT, artigos 168/169; b) razoabilidade do pedido - o ordinário se presume e o extraordinário se prova - quando a ré alegou ter ofertado a suspensão do contrato de trabalho e imediato retorno ao Brasil - f. 321; c) fragilidade psicológica provocada pela doença (CPC, art. 375); d) ausência de homologação pelo sindicato, declara-se nulo o pedido de demissão.

Em caso análogo, assim decidiu o c. TST:

(...) REINTEGRAÇÃO E RESTABELECIMENTO DO PLANO DE SAÚDE. O TRT esclareceu que o reclamante pediu demissão em 9/8/2006, no curso da garantia de emprego decorrente da percepção de auxílio-doença acidentário, entre 10/06/2005 e 15/10/2005. Imediatamente após ao pedido de demissão, houve emissão de CAT pela entidade sindical, que apontou como agente causador as mesmas lesões que ensejaram o anterior afastamento, e culminou na concessão de auxílio-doença a partir de 20/09/2006 (pouco mais de um mês após a rescisão contratual). Nesse contexto, há de se concluir, como fez o TRT, que não foi válido o pedido de demissão, mesmo com a assistência sindical, pois o reclamante ainda se encontrava doente, o que foi verificado imediatamente após a rescisão (inclusive pelo INSS) e, a rigor, seu contrato deveria estar suspenso. Intactos os art. 477, § 1º, e 500, da CLT, e 5º, XXXVI, da Constituição Federal.(...)" (TST-IRR-3600-79.2007.5.05.0661, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 08/11/2013).

Portanto, reconhece-se que o autor foi dispensado de forma discriminatória em razão da doença HIV/AIDS (Súmula 443 do c. TST).

Segundo o Des. Conv. Cláudio Armando Couce de Menezes, *"a proteção do trabalhador, em evidência na Constituição, em razão dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, ganha relevo com o novo Código Civil de 2002, que consignou, expressamente, nas disposições gerais aplicáveis aos contratos em geral, vários princípios com o objetivo de limitar o uso irregular, abusivo ou arbitrário do contrato. Os princípios da socialidade, eticidade e boa-fé, que permeiam as relações contratuais, vedam ao empregador a possibilidade de suprimir o direito subjetivo do reclamante, no caso a impossibilidade de dispensa imotivada no curso de*

causa suspensiva do contrato de trabalho (doença devidamente atestada, com indicação cirúrgica, da qual o empregador tomou ciência previamente). O contrato possui uma função social, que serve de limite ao contratante autossuficiente, com a finalidade de evitar posturas arrimadas na prepotência do todo poderoso empregador. Atende, ainda, à necessidade de justiça social e surge como forma de afastar instrumentos de dominação, que aviltam a dignidade humana. O princípio da eticidade tem por objetivo a valorização do ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana. Já a boa-fé é observada no comportamento das partes em todos os momentos da relação contratual. A Jurisprudência desta Corte Superior é uníssona quanto ao direito do empregado em perceber indenização por dano moral quando tem seu contrato de trabalho encerrado pela empresa no curso de causa suspensiva. Assim, a dispensa imotivada de um empregado doente, na iminência de se submeter a procedimento cirúrgico, no momento em que mais precisa, portanto, é discriminatória e, assim, constitui motivo suficiente para causar dor, humilhação, constrangimento e ofensa à dignidade do trabalhador. Com isto, a reintegração do Autor, com a condenação da Ré em indenização por dano moral é medida que se impõe, não merecendo reparos o despacho denegatório" (TST-AIRR-407-63.2013.5.03.0059, Rel. Des. Conv. Cláudio Armando Couce de Menezes, 2ª T., pub. DEJT 19/12/2014).

Portanto, tem o reclamante direito (a ré em momento algum se prontificou à reintegração - CLT, art. 496), observando-se os limites do pedido (f. 24 e 1061), à percepção dos salários em dobro desde a dispensa (07/07/2014) até a presente data (Lei n. 9.029/95, art. 4º II). Nesse sentido, decisão do c. TST: TST-RR-395700-90.2002.5.12.0036, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª T., pub. DEJT 21/11/2008.

Assim, dou provimento ao recurso para declarar nulo o pedido de demissão, reconhecer que ocorreu despedida discriminatória e deferir salários em dobro desde a dispensa (07/07/2014) até a presente data.

Fica prejudicado o pedido de rescisão indireta.

2.3.2 - DANO MORAL

Em razão da declaração de nulidade do pedido de demissão e do reconhecimento de que ocorreu dispensa discriminatória, tem o reclamante direito a ressarcimento, uma vez que o dano é presumido.

Nesse sentido, decisão do c. TST:

"(...) 2.3. Nessa esteira, caracterizada a dispensa discriminatória, conclui-se pela configuração de dano moral. A ilicitude do comportamento dispensa prova do dano, que é presumido, estabelecendo-se pronto nexos de causalidade. 3. DANO MORAL. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. A indenização por dano moral guarda conteúdo

de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade, como no caso sob exame. Agravo de instrumento conhecido e desprovido" (AIRR-11912-41.2015.5.01.0284, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 28/08/2020).

Com efeito, sabe-se que a indenização pecuniária por dano moral tem duplo objetivo, de compensar o prejuízo psicológico e moral sofrido pela vítima e de sancionar, com caráter pedagógico e inibitório, a ação do agente causador do dano, observando-se alguns parâmetros estabelecidos pela legislação (CC, art. 944 e 946; CLT, arts. 223-A e SS.), bem como na jurisprudência.

Considerando referidos elementos, defere-se o pagamento de indenização por dano moral, ora fixada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que corresponde a aproximadamente treze remunerações do trabalhador e que se reputa satisfazer o caráter inibitório e pedagógico, além de ressarcir o dano moral sofrido pela autora.

A correção monetária incidirá a partir da fixação do valor e os juros do ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT (Súmula 439 do c. TST).

Assim, dou provimento ao recurso para deferir ressarcimento por dano moral.

2.3.3 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A Juíza de origem acolheu as conclusões do laudo pericial e indeferiu o adicional (f. 997/998).

O reclamante alega que:

"Excelências, o recorrente trabalhava na pavimentação de estradas na Guiné Equatorial, um dos países mais quentes da África, próximo à linha do Equador, onde a temperatura média anual passa dos 28 graus centígrados.

O r. laudo pericial acostado aos autos não fora realizado em situações semelhantes, pois incomparável o sul de Mato Grosso do Sul com um país africano na linha do equador, é como se comparássemos o frio de Porto Alegre ao frio do Alasca" (f. 1063).

Aprecia-se.

A exposição ao sol, por si só, não enseja o direito ao pagamento do adicional de insalubridade (OJ 173, da SBDI-1 do c. TST).

Por outro lado, o perito analisou local de trabalho similar ao do autor, uma vez que não seria viável viagem ao exterior para confecção do trabalho.

Assim, as alegações tecidas não apresentaram motivação técnica consistente, tampouco convincentes, em ordem a infirmar a conclusão do perito (f. 958).

Em razão do exposto, nego provimento.

2.3.4 - SALÁRIOS DO PERÍODO DE AFASTAMENTO

Insurge-se o recorrente em face da sentença que indeferiu salários relativos a um período em que o autor sofreu acidente de moto (entre 10/02/2013 e 10/12/2013), alegando, em síntese, que a empresa não lhe deu nenhum suporte, nem comunicou o acidente ao INSS (f.1066).

Aprecia-se.

A matéria foi bem apreciada pela sentença de origem, razão pela qual, acolhem-se os fundamentos como razões de decidir:

"Em seu depoimento pessoal o próprio reclamante admite que o acidente de moto sofrido em 2013 não guardou qualquer relação com o labor (estava voltando de uma festa na casa de um amigo quando se acidentou, item 40, ata fl. 643).

À ré incumbia, unicamente, o pagamento dos salários relativos aos quinze primeiros dias de afastamento do obreiro, devendo, ele mesmo, após esse prazo, solicitar o benefício previdenciário atinente, assim que retornou ao Brasil.

A reclamada, aliás, alega que pagava a todos os seus funcionários brasileiros que prestavam serviços na África ajuda de custo para o recolhimento autônomo do INSS - a informação se confirma pelos holerites colacionadas aos autos -, tendo em vista que, em regra, os contratos de trabalho eram regidos pela lei africana.

Não é devida, portanto, indenização postulada - salários do período compreendido entre 10.02.2013 e 10.12.2013.

Não requereu o reclamante o salário relativo aos 15 primeiros dias de afastamento, o que nos permite inferir que tenha sido devidamente quitado pela ré." (f. 998).

Portanto, nego provimento ao recurso. LÁRIOS

VOTO VENCIDO DO EXMO. DES. JOAO DE DEUS GOMES DE SOUZA:

"2.3 - RECURSO DO RECLAMANTE

2.3.1 -NULIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO. RESCISÃO INDIRETA. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. SALÁRIOS

A Juíza de origem, com base no pedido de demissão assinado de próprio punho pelo autor e na falta de prova nos autos de vício de vontade, indeferiu o pedido de rescisão indireta, de despedida discriminatória e demais verbas (f. 997).

Insurge-se o reclamante alegando que: a) "não fazia qualquer sentido pedir demissão em meio aos problemas de saúde que o acometia, trabalhando na AFRICA distante um oceano da sua família" (f. 1054); b) a empresa já desconfiava de sua patologia, pois estava muito doente -desde maio - e havia faltado ao trabalho por alguns dias e, em razão disso, o médico da empresa lhe solicitou alguns exames, dentre os quais, de HIV/AIDS; c) os documentos (que não sabia que também se tratava de pedido de demissão) foram assinados no dia 07/07/2014, data em que descobriu sua doença, mas com data retroativa a 04/07/2014 (f. 1055); d) "se de fato o recorrente solicitou seu desligamento para voltar ao Brasil em 04/07/2014 para resolver problemas particulares, não faria sentido que o mesmo, em 07/07/2014 fosse atendido pelos médicos da recorrida, Dr. Alfredo Eduardo Mier e Leon Rodriguez, onde os mesmos atestaram que o trabalhador estava acometido de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS)" (f. 1056); e) ainda estava vinculado à empresa no dia 07/07/2014, conforme documentos denominados "Liquidacion - Finiquito Laboral", "fecha de retiro" e "Certificado de Trabajo", em que consta desligamento em 07/07/2014, exatamente no dia em que os médicos da empresa confirmaram sua patologia (f. 1057); f) aplicável, ainda, ao caso o disposto no art. 500 da CLT, pois estava doente na data; g) a testemunha relatou também despedida após ter o autor contraído o vírus e que houve retorno ao Brasil em avião de linha comercial, não fretado, como sempre ocorria."

No caso, mantenho a sentença pelos próprios fundamentos, que adoto como razões de decidir.

Nego provimento."

**VOTO CONVERGENTE DA LAVRA DO EXMO.
DES. FRANCISCO DAS CHAGAS LIMA FILHO:**

"2 - MÉRITO

Acompanho o voto do Nobre Relator. Porém, entendo necessário apresentar, em relação a três específicos pontos dos recursos, alguns fundamentos que me parecem relevantes, dada a natureza e a importância da matéria neles tratada, e o faço nos seguintes termos:

2.2 - RECURSO DA ACIONADA

2.2.1 - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

Sustenta a empresa que o reclamante não foi contratado e nem prestou serviços em Campo Grande - MS. Por conseguinte, aqui não poderia reclamar eventuais direitos, pois, nos termos do previsto no art. 651 da Lei Consolidada - CLT, a competência para apreciar e julgar o pedido é de uma das Varas do Trabalho de São Miguel do Oeste - SC, local da contratação, sem que isso implique em dificuldades de acesso à justiça e que o entendimento esposado pela sentença recorrida ratifica o entendimento de que o autor pode escolher o Juízo no qual propõe a ação (f. 1023/1024).

Defende, assim, a reforma da decisão com o reconhecimento da competência da Vara do Trabalho apontada.

A tese foi rejeitada pela sentença.

O voto do Nobre Relator mantém o que decidido, com base nos seguintes fundamentos:

O critério de fixação da competência da Justiça do Trabalho tem como diretriz a proteção ao hipossuficiente, como se observa do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho. Em atendimento a este primado, o caput do referido dispositivo prevê, como regra geral, a competência do local da prestação de serviços, pois seria o local da residência do trabalhador, o que facilitaria o acesso à justiça. Apenas se admite o ajuizamento da ação no domicílio do autor caso ele coincidir com o local da arregimentação, da contratação ou da prestação dos serviços.

No caso, o autor sempre residiu em Campo Grande/MS, inclusive quando foi contratado (f. 639, item 2), presumindo-se que ele foi arregimentado em Campo Grande/MS e firmado contrato em outra localidade (São Miguel do Oeste/SC). Esse, inclusive, foi o procedimento de contratação da única testemunha inquirida (f. 643, item 38).

Sendo assim, não há como se excluir a competência da Vara do Trabalho desta Capital, pois observa a finalidade do referido dispositivo.

Nesse sentido, ainda, decisão do c. TST:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM OUTRO PAÍS. EMPREGADORA COM ATUAÇÃO EM DIVERSAS LOCALIDADES DO BRASIL. Em geral, para fixação da competência em razão do lugar, devem prevalecer os critérios objetivos estabelecidos no art. 651, caput, e § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Somente se admite o ajuizamento da ação no domicílio do autor em situação não prevista no § 1º, se ele coincidir com o local da arregimentação, da contratação ou da prestação dos serviços. A finalidade do dispositivo em comento é viabilizar o acesso do empregado à Justiça, amenizando a desigualdade havida na relação de processual trabalhista, sem deixar de observar os princípios da economia, celeridade e efetividade que regem o processo do trabalho, bem como o direito constitucional de livre acesso à Justiça. (...)" (TST-CC-462-08.2016.5.06.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 26/04/2019)".

Comungo com o entendimento esposado no voto do Relator.

Entretanto, acresço que se tratando de trabalhador contratado no Brasil para prestar serviço no exterior, ainda que a rescisão do contrato ali tenha sido concretizada, pode ajuizar a ação reivindicando eventuais direitos perante a Justiça do Trabalho brasileira, no local da contratação ou no qual passou a residir, nos termos da inteligência sistemática e teleológica do previsto nas normas constantes do art. 651, §§ 2º e 3º da CLT que devem ser interpretadas em harmonia com o princípio-garantia do acesso à justiça, o mais fundamental dos direitos humanos de um sistema jurídico que se pretende democrático, como pondera Mauro Cappelletti, e que encontra abrigo no inciso XXXV do art. 5º da Carta Suprema e em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

De fato, não parece sequer razoável que o trabalhador tendo laborado em proveito da empresa em um país africano, no qual contraiu doença grave e estigmatizante, ali sendo dispensado no exato dia em que constatada a patologia, ao retornar o Brasil, desempregado, passando a residir com a família em Campo Grande - MS onde, aliás, sempre morou, até mesmo para dela receber apoio e onde certamente tem acompanhamento médico, tenha que se deslocar à outro Estado custeando despesas de transportes e hospedagem para poder ajuizar a ação visando o recebimento de direitos violados pela ex-empregadora, apenas porque naquele foi contratado, se a ordem jurídica faculta que o faça no local da contratação, da prestação laboral ou na Vara do Trabalho do Município mais próxima do local em que voltou a residir, máxime quando se sabe que o processo judicial eletrônico permite a parte apresentar a defesa, eletronicamente, de qualquer parte do Mundo, nomeadamente em tempos de pandemia que obrigou a isolamento social, com especial ênfase àqueles que são portadores de patologia como aquela de que é padecedor o trabalhador, ainda mais quando declarada a unicidade dos contratos, um deles executado no Brasil.

Nesse quadro, correta a sentença ao rejeitar a exceção de incompetência, nomeadamente porque a acionada não teve qualquer dificuldade em se defender, inclusive com a apresentação do recurso ora apreciado e, portanto, nenhum prejuízo poderia ter sofrido no fato de a ação ter sido ajuizada nesta Capital Morena.

Assim constatado, e com esses fundamentos, acompanho o voto do Ilustre Relator para manter a sentença e conseqüentemente, improver o apelo.

2.2.2 - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Defende, ainda, a empresa a impossibilidade de aplicação da legislação nacional, porque apesar de contratado no Brasil, o autor cumpriu o contrato no exterior, incidindo o critério da territorialidade - *lex loci executionis* ou *lex excutionis contractus* - nos termos do contido na Lei 7.064/82 e na Convenção de Havana, além do contido no art. 5º, § 2º da Carta de 1988 e do

entendimento previsto na Súmula 207 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST, devendo o autor demonstrar a norma mais favorável, encargo do qual não se desincumbiu (f. 1038).

Deve, pois, o processo ser extinto sem apreciação de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (f.1030).

Também aqui o recurso não prospera.

Em primeiro lugar, vale lembrar que o fenômeno jurídico não se exaure na Lei; antes, como lembra a doutrina, o Direito em sua inteireza, vai além dos Códigos e das Leis positivadas .

O Direito na feliz expressão do saudoso Miguel Reale, é constituído por um conjunto de normas e de princípios, expressos ou implícitos, que disciplinam as relações em sociedade e que desde sua mais remota origem, sempre visou alcançar o justo .

Ademais, com a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015, foram abolidas as chamadas "condições de ação", não se podendo cogitar de impossibilidade jurídica do pedido, pois mesmo no antigo Código de 73 (art. 3º), essas eram apenas o interesse e legitimidade.

E no caso concreto, se alega não apenas uma dispensa discriminatória e fraudulenta de um trabalhador portador de HIV e, portanto, detentor de estabilidade no emprego, mas também a violação de vários outros direitos garantidos pela legislação nacional e também por aquela de 2012 do país em que ocorreu a execução do contrato.

Quanto à legislação aplicável, sob a perspectiva processual, parece não existir dúvida que é a Lei Processual brasileira (arts. 911 e 912 da Lei Consolidada, 1045 e seguintes do CPC e 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

No que se concerne ao Direito Material, o art. 3º da Lei 7.064/82, com as alterações imprimidas pela Lei 11.962/2009, que determinou que suas normas sejam aplicadas a todos os trabalhadores contratados no Brasil e transferidos para o exterior, estabelece:

Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - os direitos previstos nesta Lei;

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Parágrafo único. Respeitadas as disposições especiais desta Lei, aplicar-se-á a legislação brasileira sobre Previdência Social, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e Programa de Integração Social - PIS/PASEP (destaquei).

Como se vê, a legislação brasileira, adotando o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, permite e garante, independentemente do previsto nas normas do país da execução do contrato, a aplicação daquela brasileira ou estrangeira que, em seu conjunto, seja mais favorável ao trabalhador, que no caso concreto, é a brasileira, em que pese existir no país da prestação laboral lei a respeito em vigência desde 2012, pois nacional, no seu conjunto, é mais benéfica ao autor e por isso mesmo, prevalece em detrimento da vigente no local da prestação laboral.

Quanto à invocação da Convenção de Havana, que disciplina o Direito sobre Tratados, também não socorre a recorrente, pois como sabemos, em caso de eventual ou aparente conflito entre normas, ainda que uma das delas seja de natureza internacional, a especial, no caso concreto, a trabalhista brasileira mais favorável, prefere àquela, em obséquio ao princípio da especialidade, máxime quando se constata ter sido reconhecida a unicidade do contrato, o que implica afirmar que este também teve eficácia no Brasil, o que atrai a incidência do ordenamento laboral brasileiro em detrimento daquele da Guiné Ecuatorial, menos favorável ao demandante, vale repetir.

Nesse quadro, e com esses fundamentos, rejeito a tese de impossibilidade jurídica do pedido e reconheço que lei aplicável ao caso concreto, é a brasileira.

Nego, pois, provimento.

2.3.1 - NULIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO. RESCISÃO INDIRETA. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. SALÁRIOS

A sentença recorrida, com base no pedido de demissão assinado de próprio punho pelo autor (finiquito) e por entender não comprovado vício de vontade na manifestação de vontade, indeferiu o pedido de rescisão indireta e de despedida discriminatória indeferindo, como consequência, as parcelas decorrentes (f. 997).

Pugna o demandante a reforma sustentando que *"não fazia qualquer sentido pedir demissão em meio aos problemas de saúde que o acometia, trabalhando na AFRICA (f. 1054) e que a empresa desconfiava de era portador distante um oceano da sua família"* da patologia, pois se encontrava muito doente - desde maio - e havia faltado ao trabalho por alguns dias e, em razão disso, o médico da própria empregadora tinha solicitado alguns exames, entre os quais, o de HIV/AIDS.

Se isso não bastasse, os documentos (que não sabia que também se tratava de pedido de demissão) foram assinados em 07/07/2014, data em que constatada a patologia, mas com data retroativa a 04/07/2014 (f. 1055).

Assim, "se de fato" tivesse solicitado "seu desligamento para voltar ao Brasil em 04/07/2014 para resolver problemas particulares, não faria sentido que o mesmo, em 07/07/2014 fosse atendido pelos médicos da recorrida, Dr. Alfredo Eduardo Mier e Leon Rodriguez, onde os mesmos atestaram que o trabalhador estava acometido de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS)" (sic. f. 1056) quando ainda se encontrava vinculado à empresa - 07/07/2014 - como demonstram os documentos denominados "Liquidacion - Finiquito Laboral", "fecha de retiro" e "Certificado de Trabajo", dos quais consta desligamento em 07/07/2014, exatamente na data em que os médicos da empresa confirmaram sua patologia (f. 1057), sendo, assim, aplicável, ainda, o previsto no art. 500 da CLT, pois estava doente naquela data.

E mais, afirma que a testemunha relata a despedida após ter o autor contraído o vírus e que houve retorno ao Brasil em avião de linha comercial, não fretado, como sempre ocorria.

Passo ao exame.

Com o devido respeito ao que esposado pela sentença recorrida, o recurso merece provimento, ainda que parcial.

Em primeiro lugar, não vejo como acolher a tese de rescisão indireta, pois incompatível com aquela de dispensa discriminatória pelo que, rejeito aquela.

Tudo não obstante, entendo que o ato de rompimento do contrato de trabalho, de fato foi de iniciativa da empresa em face do autor se encontrar enfermo, que a final, e na data da dispensa, veio a se confirmar ser portador de HIV, o que faz presumir abusivo e discriminatório o ato empresarial, nos termos do entendimento constante da Súmula 443 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST, nos seguintes termos:

SÚMULA N.º 443. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. - 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.

Ora, se a empresa tinha pleno conhecimento de que o trabalhador se encontrava enfermo, faltando ao trabalho, sendo acompanhado por médico que integra seu quadro de pessoal, não poderia alegar desconhecer o estado de enfermidade deste, especialmente porque o médico

havia pedido exames para confirmação da patologia, dela se esperando, no mínimo, que aguardasse o resultado do exame.

Entretanto, preferiu, na mesma data em que confirmado o diagnóstico da grave e incurável patologia, se livrar do trabalhador o dispensado como este tivesse pedido demissão, o que verdadeiramente não ocorreu.

Não parece crível, sequer razoável aceitar aversão posta na defesa, de que um trabalhador doente, portador de uma doença grave, incurável e estigmatizante, fosse, sem qualquer motivo plausível, de uma hora para outra, ciente e consciente do estado de enfermidade em que se encontrava, se demitir num país longínquo e sem qualquer recurso, apenas por problemas familiares como tentou a empresa fazer convencer, problemas que, diga-se de passagem, sequer foram declinados.

Nesse quadro, deve prevalecer a versão do autor de que assinou o documento, com data retroativa e em branco sem ter plena consciência do ato que praticara, sendo assim manifesta a fraude e a ausência de manifestação livre de vontade, pois no estado em que se encontrava, além de não poder livremente discernir a respeito das consequências do documento que assinara, inclusive em língua estrangeira, na verdade se encontrava em estado de coação moral e psicológica, não se podendo validar o aludido ato que não passa pelo crivo do contido nos arts. 9º da Lei Consolidada e 151 do Código Civil.

Deveras, a coação moral pode ser considerada como como um estado de espírito, no qual, o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza ou pratica ato que lhe é exigido ou até mesmo sugerido, ou seja, sem manifestar de forma livre e consciente sua vontade, como ocorreu com o autor, data venia.

Como lembra Fabricio Zamproga Matiello, no exame da coação, o julgador deve sempre levar em consideração as condições pessoais da vítima, pois como pondera, uma pessoa em profunda depressão ou assolada por uma patologia grave e incurável como aquela de é portador o demandante, e assim se encontrava quando firmou, em de forma retroativa o "pedido de demissão" - denominado de "fiquinito" - verdadeiramente era muito fácil de ser manobrado ou ludibriado como de fato o foi pela empresa, o que torna aquele documento nulo e de nenhum efeito.

Perante o Direito Comparado, o "fiquinito", documento de rompimento do contrato de trabalho com quitação de direitos oriundos do contrato de trabalho, por iniciativa do empregado, exatamente por isso, no ordenamento jurídico laboral espanhol, por exemplo, é cercado de várias existências e cautelas, como a comunicação expressa, a apresentação da proposta de quitação quando partir do empregador e apenas será válido e eficaz se firmado com a presença do representante

dos trabalhadores na empresa ou da entidade sindical, e ainda assim, os Tribunais têm analisado a validade desse tipo de documento com muita cuidado de modo que se possa verificar se o empregado de fato o firmou de forma livre e consciente (e.g: arts. 29 e 50 do Estatuto de los trabajadores).

Lembra Vicente Puetas quando à essas exigências para validade do "finiquito":

En este sentido se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de dos de febrero de 2000, cuando circunscribe el acto de la firma del finiquito a una "expresiva declaración del ejercicio de su libertad y autonomía individual en el sentido de extinguir el vínculo que le ligaba al empleador". Pero esta afirmación hay que ponerla en relación con lo afirmado por el Tribunal Supremo en una Sentencia de 19 de junio de 1990, al establecer que "la firma de un finiquito en el que se alega causa inapropiada para la extinción del vínculo laboral ha de entenderse que manifiesta negocio jurídico con causa torpe, lo que ha de determinar su carencia de eficacia.

E isso porque:

La privilegiada posición que ostenta el empresario en la relación laboral puede facilitar el ejercicio de ciertas prácticas abusivas bastante habituales por desgracia, como apremiar al trabajador a firmar el finiquito en blanco y de forma anticipada a la resolución del contrato. También existen circunstancias adicionales que crean en el trabajador cierta confusión en el momento de la formalización del finiquito, situándolo en una situación de indefensión.

Por estas razones, siempre ha existido preocupación por rodear la suscripción del finiquito de una serie de garantías legales a favor del trabajador (destaquei).

Como se vê, mesmo perante o ordenamento jurídico comparado (espanhol), no qual parece ter se inspirado a Lei Trabalhista da Guiné Ecuatoriana de 2012, tanto que prevê como causa de nulidade a quitação ou "finiquito" firmado nas condições em que o autor assinou aquela apresentado com a defesa, não se pode validar o "pedido de demissão" por problemas particulares invocado pela empresa, pois na verdade firmado em momento em que o autor se encontrava estado de coação moral (na data em que confirmado o diagnóstico de ser portador do HIV), em virtude do estado em que se encontrava naquele momento, não tendo condições de dimensionar as consequência do ato nem mesmo do documento que firmara com data que não correspondia a realidade nem à sua vontade, o que o torna nulo de pleno direito, nos termos do previsto nos arts. 9º da Lei Consolidada e 104 e 138 e seguintes do Código Civil. Por conseguinte, reconheço que no plano da realidade o autor foi dispensado pela empresa por se encontrar enfermo, portador de uma patologia grave, incurável e estigmatizante, o que torna o abusivo e discriminatório ato empresarial, fazendo jus o trabalhador à reintegração ao emprego, nos termos do entendimento contido na Súmula 443 do Colendo TST.

Entretanto, como posto no voto do Nobre Relator, a empresa não se prontificou à reintegrá-lo e ante a situação concreta como se deu o rompimento do contrato, não parece recomendável a reintegração, e considerando os limites do pedido (f. 24 e 1061), converta-a em

indenização no valor do salário a partir da data de abusiva e discriminatória dispensa, em 07/07/2014 até a data da publicação do v. acórdão, de forma dobrada, nos termos do previsto no art. 4º, inciso II da Lei 9.029/95, a se apurar em liquidação com base no valor do piso garantido à categoria.

Em conclusão, com esses fundamentos provejo parcialmente o recurso interposto pelo autor, nesses limites acompanhando no mais o voto do Nobre Relator.

É como voto.

[1] CAPPELLETTI, Mauro et ale. **Acesso à Justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleett. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

[2] BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 23.

[3] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 67.

[4] REALE, Miguel. **Horizontes do Direito na História**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

[5] ZAMPROGNA MATIERLLO, Fabricio. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: LTr, v. 1, 2008, p. 239-240.

[6] PUERTAS, Vicente. "El finiquito en el Derecho español". Disponível em: < <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4231>>. Acesso em 28.10.2020."

POSTO ISSO

Participaram deste julgamento:

Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida;

Desembargador Francisco das C. Lima Filho; e

Juiz Convocado Renato Luiz Miyasato de Faria.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

**Ausente, por motivo justificado, o Desembargador
João de Deus Gomes de Souza.**

**Sustentação oral: Dr. Franklin Edwards Freitas
Oliveira, pela recorrente-reclamante.**

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, **conhec er dos recursos das partes** e das contrarrazões, e, no mérito, acolher questão de ordem suscitada pelo relator para tornar prejudicada a sentença de primeira instância e o recurso respectivo (do réu) quanto ao tema "correção monetária", postergando o debate para a fase de liquidação da sentença; **dar parcial provimento ao recurso da reclamada** para determinar que, na apuração das horas extras, sejam desconsiderados os períodos confessados pelo autor em depoimento pessoal (de quatro em quatro meses, voltava para o Brasil e descansava pelos períodos alternados de 15 e de 20 dias); **dar parcial provimento ao recurso do reclamante** para declarar nulo o pedido de demissão, reconhecer que ocorreu despedida discriminatória e deferir salários em dobro desde a dispensa (07/07/2014) até a presente data; e deferir ressarcimento por dano moral no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais), nos termos do voto do Juiz do Trabalho Convocado Renato Luiz Miyasato de Faria (relator). O Desembargador Francisco das Chagas Lima Filho junta voto convergente.

Com fulcro na letra "c" do inciso II da Instrução Normativa nº 3/93 do C. TST, atribui-se, provisoriamente, novo valor à condenação, a saber, R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando as custas processuais em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a cargo do reclamado, sujeitas à complementação.

Campo Grande, MS, 28 de outubro de 2020.

**RENATO LUIZ MIYASATO DE FARIA
Juiz do Trabalho Convocado
Relator**

I - RELATÓRIO

Dispensado o relatório, nos termos do artigo 852-I da CLT.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Esclarecimentos iniciais - Lei 13467/17

Inicialmente, esclareço que, tendo o contrato de trabalho do reclamante sido extinto antes da vigência da Lei 13467/17, a relação jurídica de direito material objeto da presente demanda não se submete aos ditames do referido diploma, tendo em vista a garantia do ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República, e artigo 6º da LINDB).

No tocante às normas de direito processual, é certo que, via de regra, aplica-se a lei em vigor no momento em que o ato é praticado, conforme princípio do *tempus regit actum*.

Logo, cada ato ser considerado separadamente para, assim, determinar-se a lei que o rege (Teoria do Isolamento dos Atos Processuais).

Também é certo que a lei nova não pode prejudicar os atos já consumados, sob pena de violar a garantia do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República). Nesse sentido, aliás, é o artigo 14 do CPC.

Como se não bastasse, há necessidade de garantir a segurança jurídica, evitando-se surpreender a parte.

Assim, com relação à aplicação das disposições processuais contidas na Lei 13467/17, deve ser considerada para fins de: (a) benefícios da justiça gratuita (artigos 789 e 790 da CLT), a lei vigente na data do requerimento do benefício; (b) honorários periciais (artigo 790-B da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação (artigo 5º da Instrução Normativa 41 do TST); (c) honorários advocatícios (artigo 791-A da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação (artigo 6º da Instrução Normativa 41 do TST); (d) ônus da prova (artigo 818 da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação; (e) petição inicial (artigo 840 da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação (artigo 12 da Instrução Normativa 41 do TST); (f) processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial (artigos 855-B da CLT e seguintes), a lei vigente na data do ajuizamento da ação; (g) custas processuais (artigo 789, *caput*, da CLT), a lei vigente na data de prolação da presente sentença (artigo 4º da Instrução Normativa 41 do TST).

Traçadas as premissas acima, passo ao exame da lide.

Rescisão indireta

De início, ressalte-se que, tratando-se de ato jurídico (pedido de demissão), sua invalidação, via de regra, só é possível nas hipóteses dos artigos 166 e 167 do Código Civil.

No caso dos autos, é incontroverso que a própria reclamante formulou seu pedido de demissão (fl. 157), tendo ela alegado, contudo, que o fez compelida pelas faltas cometidas pelo empregador, com fundamento nas alíneas "a", "e" e "g" do art. 483 da CLT.

Note-se que a autora não narrou quaisquer das hipóteses dos artigos 166 e 167 do Código Civil, sendo certo que, ao optar por pedir demissão, a reclamante extinguiu o contrato de trabalho por conta própria, sem qualquer coação.

Frise-se que, após praticado o ato jurídico (pedido de demissão), os motivos que levaram a reclamante a fazê-lo são irrelevantes (ainda que se refiram a uma suposta justa causa praticada pelo empregador), exceto na ressalva contida na parte final do artigo 110 do Código Civil ou os já mencionados casos de vício de negócio jurídico (artigos 166 e 167 do Código Civil), situações essas que sequer foram alegadas.

Por fim, se a reclamante entendia que existiam motivos para a justa causa patronal (rescisão indireta), deveria assim ter postulado e não ter ofertado demissão.

Rejeito o pedido.

Consequentemente, são indevidas as diferenças nas verbas rescisórias decorrente da conversão.

Acúmulo de função

Nos termos do parágrafo único do artigo 456 da CLT, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Portanto, via de regra, não há amparo legal para o pagamento de acréscimo salarial por "acúmulo" ou "desvio de função", exceto nas hipóteses do radialista (Lei 6615/78) ou, ainda, quando existir salário profissional, piso salarial previsto em norma coletiva ou no regulamento da empresa, o que não é o caso dos autos.

Caso a reclamante entenda que desempenhou as mesmas funções de outro colega de trabalho que percebia salário superior, deve pleitear na forma de equiparação salarial, apontando um paradigma, o que também não fez.

Por tais razões, rejeito o pedido de acúmulo de função.

Indenização por danos morais

À responsabilidade civil exige-se a conjugação dos seguintes requisitos: dano, ação ou omissão culposa *lato sensu* (ato ilícito) e nexó causal entre dano e ato ilícito.

Por sua vez, o dano moral tem previsão no artigo 5º, X, da Constituição da República, bem como no artigo 186 do Código Civil, e é considerado aquele que causa dor, angústia e sofrimento à vítima, ou ofensa à sua honra.

No caso dos autos, quanto ao trabalho penoso, a testemunha indicada pelo reclamante afirmou que "*os vendedores as vezes auxiliavam os clientes a carregar os produtos até os caixas ou aos veículos dos clientes; que os produtos poderiam ser carregados em carrinhos; que somente nessas situações era necessário carregar tais produtos*", situação que evidentemente não caracteriza qualquer irregularidade.

A tarefa de preencher as prateleiras com produtos só foi mencionada pela testemunha indicada pela autora após questionamento da patrona desta última e, ainda que seja considerada, o próprio depoimento evidencia que não havia violação ao artigo 390 da CLT.

Com relação ao tratamento desrespeitoso dispensado à reclamante, nenhuma das testemunhas presenciou tal fato.

No que toca à alegada ofensa à liberdade religiosa, é necessário esclarecer, de saída, que o assédio moral nem sempre é identificável através de comportamentos expressos e perceptíveis do superior hierárquico, sendo, na maioria das vezes, o resultado de um conjunto de condutas veladas e revestidas de aparente normalidade que, de forma abusiva, incutem tensão e desestabilizam a vítima.

Nesse contexto, a testemunha indicada pela autora afirmou que "*era dito que a participação nas orações não era obrigatória, mas o depoente sentia, em mensagens não literais, que havia um 'recado' no sentido de que quem não participasse das orações não obteria sucesso nas vendas; (...) que o depoente sentia que os empregados que pertenciam a mesma religião dos gerentes eram tratados 'diferentes'; que por esse fato, o depoente se sentia constrangido a participar das orações, a fim de que não fosse dispensado*".

A narrativa evidencia o temor incutido pelos superiores em relação aos funcionários que, como a testemunha, não comungavam da mesma orientação religiosa dos gerentes.

Como se não bastasse, a mesma testemunha ainda afirmou que "*a Sra. Silvana já disse em reuniões que a loja não havia atingido a meta de vendas porque os 'vendedores estavam em pecado e deveriam orar mais'*", revelando que o trabalho dos vendedores era objeto de julgamento sob a ótica da crença religiosa da gerente, o que não se pode admitir.

Com relação à testemunha indicada pela ré, a circunstância de ela não ter presenciado a "*Sra. Silvana ou outro gerente afirmar que as metas da loja não estavam sendo batidas porque os funcionários 'estavam em pecado'*", embora seja relevante, também não evidencia, por si só, que o fato não tenha acontecido.

Com relação às afirmativas de que "*nunca se sentiu pressionado a participar das orações*" e de "*não se sentia discriminado pelos gerentes por não participar das orações*", a própria testemunha declarou posteriormente que participava de 10 a 15 orações por mês, evidenciando que sua participação no ato era frequente.

Nessa toada, se a testemunha participava constantemente das orações por sua própria vontade (como ela própria relatou), é evidente, portanto, que ela não se sentiria "pressionada" a participar dos referidos atos, pois somente poderia ter esse sentimento quem não tinha a intenção deles participar.

Da mesma forma, é natural que a testemunha não se sentisse discriminada por "*não participar das orações*", já que, conforme ela própria narrou, ela participava de tais atos constantemente, sendo certo que somente se sentiria discriminado quem deles não participava.

Portanto, a prova produzida pela ré não infirma as declarações da testemunha indicada pela autora.

Ressalte-se que a ré pretendia a oitiva de outra testemunha para "*prova dos mesmos fatos*", pelo que a oitiva de nova testemunha não teria o condão de alterar a conclusão acima esposada.

Diante de todo o exposto, reputo provado o ato ilícito, consistente no assédio moral de cunho religioso sofrido pela autora.

Com relação ao dano moral, este se mostra evidente em razão da violação aos direitos de personalidade da autora, o que notoriamente acarretou prejuízos à sua autoestima e à sua dignidade.

No tocante ao valor da indenização, essa é fixada de acordo com o artigo 944 do CC (extensão do dano), com o grau de culpabilidade da conduta e com a condição econômica das partes.

Ressalte-se, ainda, a importância de imprimir um caráter pedagógico à pena, diante da conduta da empresa.

Tendo em vista estes parâmetros, seria possível o arbitramento de valor superior ao postulado na inicial (R\$ 3.000,00), por ser razoável a compensar os danos sofridos, suficiente a inibir o ofensor a reincidir na conduta e a não acarretar o enriquecimento indevido da vítima.

Entretanto, em observância aos limites da lide (artigos 141 e 492 do CPC), arbitro a indenização em R\$ 3.000,00.

Acolho o pedido para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00.

Litigância de má-fé

As partes não incidiram em quaisquer das hipóteses previstas nos artigos 80 e 81 do CPC, tendo apenas exercido o seu regular direito de ação (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República), sem qualquer excesso.

Rejeito.

Benefícios da justiça gratuita

Considerando-se a declaração de pobreza juntada com a inicial (fl. 30), não infirmada nos autos por qualquer outro elemento nos autos, defiro ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 790, § 3º, da CLT.

Indenização por despesas com advogado/honorários advocatícios

Segundo o artigo 389 do Código Civil, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Nesse mesmo sentido é o artigo 404 do Código Civil.

Trata-se de indenização de despesas suportadas pela parte que, por ter tido o seu direito violado, necessitou contratar serviços de advogado para a defesa dos seus interesses. Essa indenização se destina, portanto, a ressarcir-la dos honorários pagos em razão de contrato firmado com seu causídico.

Tais dispositivos são plenamente aplicáveis às lides julgadas por esta Justiça Especializada e não há qualquer incompatibilidade com o Direito e o Processo do Trabalho.

As normas previstas na Lei 5584/70 se referem aos honorários sucumbenciais e não tratam dos honorários contratuais, que estão disciplinados no Código Civil, cujos dispositivos podem e devem ser adotados na seara trabalhista, conforme artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

Entretanto, este não é o posicionamento do TST, que entende pelo não cabimento da indenização estabelecida no artigo 389 do Código Civil, sendo devidos na Justiça do Trabalho apenas os honorários sucumbenciais, desde que presentes os requisitos constantes na Súmula 219. Nesse mesmo sentido é a Súmula 18 deste TRT da 24ª Região.

Por medida de disciplina judiciária, adoto o entendimento do TST e do TRT da 24ª Região, no sentido de que não é cabível o pagamento de indenização por despesas por advogado, ressalvado o entendimento pessoal deste magistrado em sentido contrário.

Com relação aos honorários sucumbenciais, nos termos da mencionada Súmula 219 do TST, exige-se para o seu deferimento a concomitância de três requisitos: sucumbência da parte contrária; assistência pelo sindicato da categoria profissional; e comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou de encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

No caso dos autos, o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato da sua categoria profissional, não fazendo jus, portanto, aos honorários advocatícios sucumbenciais.

Portanto, rejeito o pedido de pagamento de indenização pelas despesas com advogado/honorários advocatícios.

Natureza jurídica das verbas objeto da condenação

Em razão da natureza indenizatória da verba objeto da condenação, não há incidência de contribuições sociais e fiscais.

Correção monetária

O valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente desde a data do inadimplemento de cada verba até a data do efetivo pagamento dos valores devidos, independente da data em que a reclamada eventualmente venha a efetuar o depósito da condenação.

Sendo assim, para efeito da correção monetária, o termo inicial corresponderá à data do vencimento de cada obrigação, observando-se a Súmula 439 do TST.

Com relação ao índice de correção monetária, o STF, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 62/2009 e, por arrastamento, do artigo 5º da Lei 11.960/2009 (e, por consequência, do artigo 1º-F da Lei 9.494/97), no tocante à adoção da TR como índice de correção monetária.

O fundamento da inconstitucionalidade é que a adoção da TR impõe restrição desproporcional ao direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Assim, adotando a *ratio decidendi* e em razão da modulação havida nas ADIs 4.357 e 4.425, cujos fundamentos ora são adotados para o caso trazido à baila, bem como em decorrência do julgamento pelo STF da Reclamação 22.012, no qual foi confirmado o acima esposado, **declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 879, § 7º, da CLT**, e determino, para fins de correção monetária, a utilização: a) até 25/03/2015, dos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança, ou

seja, com utilização da TR mensal, *pro rata die* (inciso I do artigo 12 da Lei 8.177/91 em consonância com a Lei 8.660/93); b) a partir de 26/03/2015, do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), *pro rata die*. De resto, o STF suspendeu, na RCL 22012, a modulação engendrada pelo TST (ArgInc-479-60.2011.5.04.0231).

Esse entendimento também é o adotado pelo TRT da 24ª Região na Súmula 23.

Juros de mora

Os juros de mora serão calculados na base de 1% ao mês (um por cento ao mês), de forma simples (não capitalizados), e aplicados *pro rata die*, nos termos do artigo 39, § 1º, da Lei 8.177/91. São devidos desde a data do ajuizamento da ação, nos termos do artigo 883 da CLT, e incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente, conforme Súmula 200 do C. TST.

Na eventualidade de haver adimplementos parciais do crédito exequendo, a imputação do pagamento deve ser levada a cabo de forma preferencial nos juros de mora, consoante regra do artigo 354 do Código Civil.

Observação final - enunciados contidos nas súmulas/OJ's e nos dispositivos das normas mencionadas na presente decisão

As súmulas/orientações jurisprudenciais mencionadas na presente decisão deverão ser aplicadas observando-se a literalidade do seu enunciado na data da prolação da presente sentença, desprezando-se eventuais alterações de entendimentos posteriores a tal data.

Da mesma forma, no cumprimento da sentença, observar-se-á o teor dos dispositivos de normas jurídicas vigentes na data da sua prolação.

III - DISPOSITIVO

Isto posto, ACOLHO EM PARTE os pedidos formulados por ROSIMAR PEREIRA SOARES contra SERTAO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS LTDA para condená-la a pagar o valor de R\$ 3.000,00, referente à condenação de indenização por danos morais, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Tudo nos termos da fundamentação.

Sentença líquida.

Defiro à reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Natureza jurídica das verbas objeto da condenação, recolhimentos fiscais, contribuições sociais, juros e correção monetária conforme a fundamentação.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 60,00, calculadas sobre o valor líquido da condenação de R\$ 3.000,00.

Intimem-se as partes.

ANDRÉ LUIS NACER DE SOUZA
Juiz do trabalho substituto

LB/alns

I - RELATÓRIO

ARNALDO DO CARMO NETO, já qualificado, ajuizou reclamação trabalhista contra 1) METALFRIO SOLUTIONS S.A. e 2) LIFE CYCLE ASSISTENCIA TECNICA LTDA, igualmente já qualificada, postulando a condenação das reclamadas ao pagamento dos pedidos deduzidos na inicial. Juntou procuração e documentos.

Regularmente citadas, as reclamadas apresentaram defesa na forma de contestação, tendo impugnado os pedidos do reclamante. Juntaram atos constitutivos, procuração e documentos.

Realizada a audiência inicial, a primeira tentativa de conciliação foi infrutífera.

O autor apresentou manifestação sobre a defesa e documentos.

Em audiência de instrução, foi colhido o depoimento do autor, bem como ouvidas três testemunhas.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais escritas pela primeira reclamada.

A tentativa final de conciliação final se mostrou prejudicada.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Esclarecimentos iniciais - Lei 13467/17

Inicialmente, esclareço que, tendo o contrato de trabalho do reclamante sido extinto antes da vigência da Lei 13467/17, a relação jurídica de direito material objeto da presente demanda não se submete aos ditames do referido diploma, tendo em vista a garantia do ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República, e artigo 6º da LINDB).

No tocante às normas de direito processual, é certo que, via de regra, aplica-se a lei em vigor no momento em que o ato é praticado, conforme princípio do *tempus regit actum*.

Logo, cada ato ser considerado separadamente para, assim, determinar-se a lei que o rege (Teoria do Isolamento dos Atos Processuais).

Também é certo que a lei nova não pode prejudicar os atos já consumados, sob pena de violar a garantia do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República). Nesse sentido, aliás, é o artigo 14 do CPC.

Como se não bastasse, há necessidade de garantir a segurança jurídica, evitando-se surpreender a parte.

Assim, com relação à aplicação das disposições processuais contidas na Lei 13467/17, deve ser considerada

para fins de: (a) benefícios da justiça gratuita (artigos 789 e 790 da CLT), a lei vigente na data do requerimento do benefício; (b) honorários periciais (artigo 790-B da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação; (c) honorários advocatícios (artigo 791-A da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação; (d) ônus da prova (artigo 818 da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação; (e) petição inicial (artigo 840 da CLT), a lei vigente na data do ajuizamento da ação; (f) processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial (artigos 855-B da CLT e seguintes), a lei vigente na data do ajuizamento da ação.

Traçadas as premissas acima, passo ao exame da lide.

Ausência de interesse processual

A alegação se confunde com o mérito da demanda e com ele será analisada.

Inépcia da inicial

No Processo do Trabalho, a inicial é regida pelos princípios da oralidade e da simplicidade constantes no artigo 840 e § 1º da CLT, não se sujeitando às formalidades do Processo Civil.

No caso, os pedidos do reclamante foram regularmente formulados, tendo sido acompanhados da respectiva causa de pedir, ainda que sucinta.

Tanto é assim que as rés exerceram plenamente seu direito de defesa, apresentando os pertinentes fundamentos, sem qualquer cerceio.

No mais, não há vedação à indicação de mais de um paradigma e não foram formulados pedidos incompatíveis.

As demais alegações são atinentes ao mérito da demanda e com ele serão analisadas.

Verbas rescisórias

As diferenças de verbas rescisórias postuladas pelo autor decorrem do alegado inadimplemento de parcelas também pleiteadas na presente demanda.

Assim, o pedido de pagamento de diferenças de verbas rescisórias será apreciado conjuntamente com a pretensão referente à respectiva parcela principal.

Acúmulo de função

Nos termos do parágrafo único do artigo 456 da CLT, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Portanto, via de regra, não há amparo legal para o pagamento de acréscimo salarial por "acúmulo" ou "desvio de função", exceto nas hipóteses do radialista (Lei 6615/78)

ou, ainda, quando existir salário profissional, piso salarial previsto em norma coletiva ou no regulamento da empresa, o que não é o caso dos autos.

Caso o reclamante entenda que desempenhou as mesmas funções de outro colega de trabalho que percebia salário superior, deve pleitear na forma de equiparação salarial, apontando um paradigma.

Por tais razões, rejeito o pedido de acúmulo de função.

Equiparação salarial

Era do autor o ônus de provar as suas alegações, por tratar-se de fato constitutivo de seu direito (artigo 818 da CLT c/c artigo 373, I, do CPC), encargo do qual não se desincumbiu, já que não produziu qualquer prova nesse sentido.

Rejeito o pedido.

Piso salarial

A cláusula terceira da norma coletiva trazida com a inicial estabelece o seguinte piso salarial:

a) R\$ 760,00 para os trabalhadores que exercem as funções de "ajudante", "auxiliar" e "serviços gerais".

b) O salário inicial para os empregados profissionais será de R\$ 1.090,00.

A ré alegou em defesa que o empregado profissional previsto na alínea *b* "*é aquele que possui formação específica para exercício de determinada função, o que não é o caso da Representante de Atendimento*".

A interpretação adotada pela reclamada se mostra razoável, sendo certo que o reclamante exercia atribuições que não demandavam qualificação profissional específica.

Diante disso, rejeito o pedido.

Reajuste salarial

O reajuste salarial foi devidamente observado pela reclamada, conforme se verifica dos recibos de pagamento.

Rejeito.

Intervalo previsto na NR 17

O Anexo II da NR 17 estabelece, no seu item 5.4.1, que serão concedidas aos operadores de teleatendimento/telemarketing pausas "*a) fora do posto de trabalho*" e "*b) em 02 (dois) períodos de 10 (dez) minutos contínuos; c) após os primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho em atividade de teleatendimento/telemarketing*".

Afasto qualquer argumento quanto à ilegalidade da referida norma, por invasão ao princípio da reserva legal,

na medida em que a competência exclusiva da União para legislar sobre Direito do Trabalho (artigo 22, I, da Constituição da República) foi exercida com a edição da CLT, diploma esse que delegou, em seu artigo 200, ao Ministério do Trabalho o poder de estabelecer disposições regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho.

Por sua vez, a concessão das pausas previstas na NR 17, Anexo II, são medidas destinada a garantir a saúde do operador de teleatendimento, pelo que a referida norma está em consonância com o artigo 200 da CLT, sendo de observância obrigatória pelos empregadores.

No caso dos autos, o reclamante alegou à fl. 8 que *"era obrigado além de desempenhar a sua função a exercer também outras funções, sem a contraprestação das Reclamadas. O Reclamante foi contratado como representante de atendimento e permaneceu por cerca de 02 (dois) meses nessa função, sendo que as atividades desenvolvidas entre outras, eram de atender cliente por telefone, realizar abertura de chamados, abria O.S., elaborar planilhas, cobrar chamada e abrir andina. Todavia, as atividades de elaborar planilhas e cobrar chamada eram atribuições de back office/administrativo 2 e abrir andina de supervisor ou coordenador. Em seguida passou para a função de administrativo, por cerca de 15 (quinze) dias, sendo que as atividades desenvolvidas entre outras, eram de dar andamento nos atendimentos, gerar O.S. no call center, cobrar o serviço dos assistentes técnicos, gerava nota. Após, passou para a função de beck office/administrativo 2, onde permaneceu até a dispensa, onde elaborava planilhas, cobrava chamada, abrir andina, entre outras. Todavia, a atividade de abrir andina era de supervisor ou coordenador" (grifei e negritei)*.

Logo, o reclamante trabalhou apenas os dois primeiros meses do contrato de trabalho no atendimento de clientes por telefone e, ainda assim, nesse período, realizava diversas outras atividades, como ele mesmo mencionou, pelo que não exercia de forma permanente a função de operador de teleatendimento.

Por tal fundamento, rejeito o pedido.

Horas extras

Nos termos do artigo 74, § 2º, da CLT, nos estabelecimentos de mais de dez trabalhadores, é obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Diante disso, nas reclamações trabalhistas em que há pedido de horas extras, é ônus do empregador trazer aos autos os cartões de ponto do empregado, sendo certo que a não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de

trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário (Súmula 338 do TST).

No caso dos autos, as reclamadas trouxeram os cartões de ponto do reclamante, pelo que era desse último o ônus de provar as suas alegações (artigo 373, I, do CPC, c/c artigo 818 da CLT e Súmula 338 do TST), encargo do qual não se desincumbiu, exceto no tocante ao intervalo intrajornada.

Assim, rejeito o pedido de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária ou da 44ª semanal.

Quanto à pausa para refeição, a segunda testemunha indicada pelo reclamante afirmou que *"quando trabalhou no BackOffice a depoente nunca fazia 1h de intervalo, pois apenas se alimentava e já retornava ao trabalho; que isso também acontecia com o autor"*.

A testemunha indicada pelas rés, por sua vez, afirmou que a *"depoente sempre usufruiu de 1h de intervalo; que não se recorda de ter presenciado o reclamante fazendo menos de 1h de intervalo"*.

Considero que, diante do comportamento adotado em audiência, principalmente no tocante à linguagem corporal e às expressões faciais, a segunda testemunha indicada pelo autor se mostrou mais convincente, merecendo credibilidade o seu depoimento, pelo que reputo verídicos os fatos narrados pela mencionada testemunha.

Diante disso, ficou demonstrado que, após 16/5/2014 (quando o autor foi trabalhar no setor de *BackOffice*, ou seja, 2 meses e 15 dias após o início do contrato de trabalho, conforme consta na inicial), o reclamante passou a gozar de 30 minutos de intervalo intrajornada (período arbitrado pelo Juízo tendo em vista o afirmado pela testemunha).

Assim, acolho o pedido para condenar a primeira ré ao pagamento de uma hora extra por dia efetivamente trabalhado a partir de 16/5/2014, inclusive, com reflexos (Súmula 437, III, do TST) em aviso prévio (artigo 487, § 5º, da CLT), férias acrescidas de 1/3 (artigo 142, § 5º, da CLT), décimo terceiro salário (Súmula 45 do TST), FGTS acrescido da multa de 40% (artigo 15 da lei 8036/90) e descansos semanais remunerados (artigo 7º, a, da Lei 605/49, e Súmula 172 do TST).

Rejeito o pedido de reflexos dos descansos semanais remunerados enriquecidos pelas horas extras nas demais parcelas, por adotar o entendimento sedimentado na OJ 394 da SDI-1 do TST.

No cálculo das horas extras observar-se-ão: (a) os dias efetivamente trabalhados; (b) os adicionais de 55% para as horas extras normais (por ter sido habitualmente pago pela reclamada, incorporou-se ao contrato de trabalho, conforme artigo 468 da CLT e princípio da condição mais benéfica) e de 100% para o trabalho não compensado em dias

destinados ao descanso semanal (que deve necessariamente ser concedido até o sétimo dia consecutivo trabalhado) e em feriados; (c) o divisor 220; (d) a globalidade salarial (Súmulas 132, I, e 264 do TST e OJs 47 e 97 da SDI-1 do TST).

Descontos indevidos

Conforme entendimento sedimentado na Súmula 342 do TST, os descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

No caso dos autos, havia autorização para os descontos a título de assistência médica (fl. 353) e assistência odontológica (fl. 354).

Não houve descontos a título de contribuição assistencial.

O desconto a título de contribuição sindical é determinado por lei (artigo 579 da CLT), pelo que se mostra lícito.

Não houve, contudo, autorização para o desconto a título de seguro de vida.

Assim, acolho o pedido para condenar a primeira reclamada a restituir os descontos efetivados a título de seguro de vida.

Multa dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT

Não havia verbas rescisórias incontroversas a serem pagas quando da realização da audiência inicial, pelo que a multa do artigo 467 da CLT é indevida.

Com relação à multa do artigo 477, § 8º, da CLT, o eventual deferimento de verbas em Juízo que ensejam reflexos nas verbas rescisórias não atrai a incidência da multa em comento, razão pela qual a pretensão do autor não merece acolhimento.

Rejeito os pedidos em epígrafe.

Indenização por danos morais/multa prevista em norma coletiva por atraso na devolução da CTPS

O reclamante foi dispensado em 14/1/2015, tendo a homologação da rescisão ocorrido em 29/1/2015, conforme TRCT de fls. 361/363.

E, conforme documento de fl. 379, a CTPS foi devolvida no dia 29/1/2015, ou seja, no mesmo dia da homologação.

Logo, não houve qualquer "atraso" na devolução da CTPS.

Diante disso, rejeito o pedido de indenização por danos morais e de pagamento da multa prevista na cláusula 14ª da norma coletiva trazida com a inicial.

Multa por descumprimento de norma coletiva

Houve violação à cláusula 16ª da norma coletiva (intervalo intrajornada, fls. 48 e 58). As demais cláusulas apontadas não foram violadas.

Entretanto, a cláusula 29ª estabelece que *"No caso de descumprimento de qualquer cláusula da presente Convenção, o sindicato laboral notificará a indústria por AR ou através de outro meio idôneo, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, cumpra a avença. Esgotado esse prazo, persistindo a falta, a empresa incorrerá na multa em favor do empregado, correspondente a 10% (dez por cento), do valor do Salário Mínimo, por infração"* (fls. 52 e 62).

Não tendo o autor demonstrado o cumprimento do requisito necessário para incidência da multa (notificação do sindicato para que, no prazo de 30 dias, cumprisse a avença), rejeito o pedido.

FGTS acrescido da multa de 40%

As reclamadas juntaram o extrato de recolhimento do FGTS (fl. 69), não tendo o autor, por outro lado, indicado qualquer diferença em seu favor.

Rejeito.

Indenização por danos morais

À responsabilidade civil exige-se a conjugação dos seguintes requisitos: dano, ação ou omissão culposa *lato sensu* (ato ilícito) e nexos causal entre dano e ato ilícito.

Por sua vez, o dano moral tem previsão no artigo 5º, X, da Constituição da República, bem como no artigo 186 do Código Civil, e é considerado aquele que causa dor, angústia e sofrimento à vítima, ou ofensa à sua honra.

No caso, não há prova da cobrança de metas excessivas, tampouco de que a ré tenha monitorado as conversas do reclamante pelo Skype e nem de que o autor tenha sido preterido quanto aos reajustes salariais, pelo que o pedido fica rejeitado quanto a tais fatos.

No mais, a primeira testemunha indicada pelo reclamante afirmou que *"presenciava a Sra. Monica proferir 'brincadeiras' desagradáveis, do ponto de vista da depoente, em relação à orientação sexual do autor, tais como: 'era bonito demais para ser viado', 'se eu te pegasse eu o faria virar homem'",* bem como que *"na sua percepção, o reclamante apresentava desconforto e constrangimento com as brincadeiras, sendo que não 'se inteirava' com a autora das brincadeiras"*.

Já a testemunha indicada pelas rés afirmou que “nunca presenciou qualquer problema entre o reclamante e a Sra. Monica; Que nunca presenciou ‘brincadeiras’ no ambiente de trabalho sobre a orientação sexual do reclamante”.

Considero que, diante do comportamento adotado em audiência, principalmente no tocante à linguagem corporal e às expressões faciais, a primeira testemunha indicada pelo autor se mostrou mais convincente, merecendo credibilidade o seu depoimento, pelo que reputo verídicos os fatos narrados pela mencionada testemunha.

Logo, ficou demonstrado que o reclamante era, de fato, vítima do comportamento preconceituoso e discriminatório por parte da Sra. Mônica, que assim agia em razão da orientação sexual do autor.

Embora a Sra. Mônica não fosse a superiora hierárquica direta do demandante, ela ocupava cargo de liderança no setor, conforme comprovado pela testemunha indicada pelas próprias rés, que afirmou que “a Sra. Monica era líder do atendimento”.

Ademais, a mesma testemunha confirmou que “Sra. Monica tinha autorização para se dirigir diretamente ao pessoal do BackOffice”, pelo que é verdadeira a versão do reclamante no sentido de que a Sra. Monica, embora não fosse sua superiora direta, exercia liderança no setor de trabalho.

Como se não bastasse, a Sra. Mônica trabalhava no mesmo espaço físico do reclamante, conforme relatado pela testemunha por ele indicada (item 5).

Nesse contexto, não há dúvidas quanto à responsabilidade da reclamada, já que o empregador é responsável pelos atos de seus prepostos, conforme artigo 932, III, do CPC, responsabilidade essa que é de natureza objetiva, pouco importando, portanto, se o empregador tinha conhecimento ou não dos atos do preposto.

Com relação ao dano, diante da gravidade dos fatos demonstrados, não há dúvidas de que é *in re ipsa*, pois as ofensas sofridas pelo reclamante já demonstram, por si só, violação à sua autoestima e à sua honra subjetiva.

Ainda que assim não fosse, a testemunha indicada pelo autor certificou que este último apresentava desconforto com as brincadeiras, pelo que o dano é inquestionável.

Assim, o reclamante faz jus à indenização por danos morais nesse caso.

Quanto ao valor da indenização, essa é fixada de acordo com o artigo 944 do CC (extensão do dano), com o grau de culpabilidade da conduta e com a condição econômica das partes.

Tendo em vista estes parâmetros, fixo a indenização em R\$ 40.000,00, pouco menos de 43 vezes o valor da

remuneração para fins rescisórios (R\$ 914,70, fl. 31), por entender razoável a compensar os danos sofridos, suficiente a inibir o ofensor a reincidir na conduta e a não acarretar o enriquecimento indevido da vítima.

Acolho o pedido para condenar a primeira reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 40.000,00.

Dispensa discriminatória

Nos termos do artigo 4º da Lei 9029/95, o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre (I) a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais, e (II) a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

As reclamadas alegaram em defesa que *"a Companhia passava por um momento de ajuste de quadro de empregados, onde houve a necessidade de demissão de um número expressivo de trabalhadores. Para que reste inconteste a alegação, durante o mês de julho de 2015 foram efetivadas diversas demissões, sendo certo que somente dia 14/01/2015 - data da demissão da Reclamante - foram dispensados 11 (onze) trabalhadores, ao final daquela semana tinham sido dispensados 35 (trinta e cinco) no decorrer do mês foram dispensados um total de 77 (setenta e sete), como demonstram os documentos anexos. Os critérios utilizados para a demissão desses empregados atenderam simplesmente a critérios objetivos relacionados aos custos e produtividade de cada setor, e ocorreram, basicamente, da grave crise financeira que acometeu o país"*.

De fato, os documentos de fls. 472/473 demonstram um razoável número de dispensas no mês de janeiro de 2015.

Entretanto, a primeira reclamada não trouxe a quantidade de dispensa em outros meses de modo a comparar-se, de fato, no referido mês, houve elevação do número de rescisões.

Sem o cotejamento de tais dados, não há como concluir-se que a primeira ré estava, realmente, promovendo um *"ajuste de quadro de empregados"*.

Frise-se que a primeira demandada é empresa com um grande número de funcionários e, por isso, há um número razoável de contratações e de dispensas todo mês.

Assim, reputo não demonstrada alegação de que a dispensa ocorreu porque a primeira ré *"passava por um momento de ajuste de quadro"*.

Por outro lado, os fatos narrados no tópico anterior fazem presumir que a dispensa, de fato, tem

relação com a perseguição que o reclamante sofria no ambiente de trabalho por parte da supervisora Mônica.

Assim, reputo que a dispensa foi discriminatória, pelo que o reclamante faz jus à indenização prevista no artigo 4º, II, da Lei 9029/95.

Frise-se que o termo final do "período de afastamento", mencionado no artigo 4º, II, da Lei 9029/95, corresponde à data da primeira decisão que fixou a indenização (ou seja, a data de prolação da presente sentença), conforme Súmula 28 do TST.

Nesse sentido, é a seguinte decisão do TST:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO EM DOBRO REFERENTE AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. TERMO FINAL. A jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula nº 28, possui o entendimento de que a indenização prevista no art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95 deve ser limitada ao período de afastamento, que compreende desde a data da rescisão contratual até a data da primeira decisão que reconheceu a dispensa discriminatória. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 20094-49.2015.5.04.0731 Data de Julgamento: 08/08/2018, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/08/2018).

Por tais fundamentos, acolho o pedido para condenar a primeira reclamada ao pagamento da indenização prevista no artigo 4º, II, da Lei 9029/95, correspondente à soma do dobro da remuneração devida entre a dispensa (14/1/15) e a data da prolação da presente decisão, incluindo-se o décimo terceiro salário.

No cálculo da indenização, observar-se-á o último salário base de R\$ 914,70, acrescido da média duodecimal das demais parcelas salariais recebidas.

Responsabilidade da segunda reclamada

As rés não impugnam especificamente a alegação de que compõem o mesmo grupo econômico, atraindo a incidência do artigo 341 do CPC.

Diante disso, acolho o pedido para condenar a segunda reclamada a responder solidariamente pelas obrigações impostas na presente sentença, nos termos do artigo 2º, § 2º, do CPC.

Benefícios da justiça gratuita

Considerando-se a declaração de pobreza juntada com a inicial (fl. 24), não infirmada nos autos por qualquer outro elemento nos autos, defiro ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 790, § 3º, da CLT (redação anterior à vigência da Lei 13467/17, conforme já esclarecido anteriormente).

Indenização por despesas com advogado/honorários advocatícios

Segundo o artigo 389 do Código Civil, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Nesse mesmo sentido é o artigo 404 do Código Civil.

Trata-se de indenização de despesas suportadas pela parte que, por ter tido o seu direito violado, necessitou contratar serviços de advogado para a defesa dos seus interesses. Essa indenização se destina, portanto, a ressarcir-la dos honorários pagos em razão de contrato firmado com seu causídico.

Tais dispositivos são plenamente aplicáveis às lides julgadas por esta Justiça Especializada e não há qualquer incompatibilidade com o Direito e o Processo do Trabalho.

As normas previstas na Lei 5584/70 se referem aos honorários sucumbenciais e não tratam dos honorários contratuais, que estão disciplinados no Código Civil, cujos dispositivos podem e devem ser adotados na seara trabalhista, conforme artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

Entretanto, este não é o posicionamento do TST, que entende pelo não cabimento da indenização estabelecida no artigo 389 do Código Civil, sendo devidos na Justiça do Trabalho apenas os honorários sucumbenciais, desde que presentes os requisitos constantes na Súmula 219. Nesse mesmo sentido é a Súmula 18 deste TRT da 24ª Região.

Por medida de disciplina judiciária, adoto o entendimento do TST e do TRT da 24ª Região, no sentido de que não é cabível o pagamento de indenização por despesas por advogado, ressalvado o entendimento pessoal deste magistrado em sentido contrário.

Com relação aos honorários sucumbenciais, nos termos da mencionada Súmula 219 do TST, exige-se para o seu deferimento a concomitância de três requisitos: sucumbência da parte contrária; assistência pelo sindicato da categoria profissional; e comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou de encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

No caso dos autos, o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato da sua categoria profissional, não fazendo jus, portanto, aos honorários advocatícios sucumbenciais.

Portanto, rejeito o pedido de pagamento de indenização pelas despesas com advogado/honorários advocatícios.

Natureza jurídica das verbas objeto da condenação

Para fins do artigo 832, § 3º, da CLT, são tributáveis as parcelas objeto da condenação, exceto aquelas constantes no artigo 28, § 9º, da Lei 8212/91.

Contribuições sociais e recolhimentos fiscais

As reclamadas deverão recolher as contribuições previdenciárias devidas, tanto as contribuições devidas pelo empregador (artigo 22, I e II da Lei 8212/91 e as referentes aos terceiros) quanto aquelas a cargo do empregado (artigo 20 da referida Lei), sendo que o montante destas últimas será deduzido do crédito do reclamante, conforme Súmula 368, II, do TST.

A apuração do crédito previdenciário será realizada através do regime de competência (cálculo mês a mês dos montantes devidos), observadas as alíquotas e, exclusivamente para as contribuições a cargo do empregado, o limite máximo do salário de contribuição (Súmula 368 do TST), ambos vigentes em cada mês de apuração, bem como a exclusão da base de cálculo do salário-contribuição das parcelas elencadas no artigo 28, § 9º, da Lei 8212/91. No tocante ao fato gerador das contribuições previdenciárias, observar-se-á os itens IV e V da Súmula 368 do TST.

Com relação aos descontos fiscais, o montante da condenação, objeto de pagamento em pecúnia, deverá sofrer a retenção a título de imposto de renda na fonte com observância do regime de caixa, ou seja, retenção na fonte no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário e por ocasião de cada pagamento (parágrafo 1º do artigo 7º da Lei 7713/88 e artigo 46 da Lei 8541/92).

Para tanto, a base de cálculo do imposto de renda retido na fonte será determinada obedecendo-se os seguintes parâmetros: exclusão das parcelas elencadas no artigo 39 do Decreto 3000/99; dedução da contribuição previdenciária a cargo do empregado e demais abatimentos previstos no artigo 4º da Lei 9250/95; bem como exclusão dos juros de mora incidentes sobre as parcelas objeto da presente condenação (independente da natureza jurídica dessas verbas), ante a natureza indenizatória conferida pelo artigo 404 do Código Civil (OJ 400 da SDI-1 do TST).

Os créditos correspondentes aos anos-calendários anteriores ao ano do recebimento devem sofrer tributação de forma exclusiva na fonte e em separado dos demais rendimentos eventualmente auferidos no mês, na forma da regra consignada no artigo 12-A da Lei 7713/88, com a aplicação da tabela progressiva resultante das regras estabelecidas na Instrução Normativa RFB 1500/2014.

Já os eventuais créditos correspondentes ao ano-calendário do recebimento, ou mesmo os anteriores que tenham sido objeto de opção irrevogável do contribuinte para posterior ajuste na declaração anual, devem sofrer

tributação do imposto de renda na fonte relativo a férias (nestas incluídos os abonos previstos no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição e no artigo 143 da Consolidação das Leis do Trabalho) e décimos terceiros salários, efetuados individualmente e separadamente dos demais rendimentos pagos ao beneficiário no mês, sendo que cada desconto será calculado com base na aplicação de forma não cumulativa da tabela progressiva (respectivamente artigos 620 e 638, I do Decreto 3000/99).

Correção monetária

O valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente desde a data do inadimplemento de cada verba até a data do efetivo pagamento dos valores devidos, independente da data em que a reclamada eventualmente venha a efetuar o depósito da condenação.

Sendo assim, para efeito da correção monetária, o termo inicial corresponderá à data do vencimento de cada obrigação, observando-se a Súmula 381 do TST, exceto no tocante à indenização por danos morais, que observará a Súmula 439 do TST.

Com relação ao índice de correção monetária, o STF, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 62/2009 e, por arrastamento, do artigo 5º da Lei 11.960/2009 (e, por consequência, do artigo 1º-F da Lei 9.494/97), no tocante à adoção da TR como índice de correção monetária.

O fundamento da inconstitucionalidade é que a adoção da TR impõe restrição desproporcional ao direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Assim, adotando a *ratio decidendi* e em razão da modulação havida nas ADIs 4.357 e 4.425, cujos fundamentos ora são adotados para o caso trazido à baila, bem como em decorrência do julgamento pelo STF da Reclamação 22.012, no qual foi confirmado o acima esposado, **declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 879, § 7º, da CLT**, e determino, para fins de correção monetária, a utilização: a) até 25/03/2015, dos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança, ou seja, com utilização da TR mensal, *pro rata die* (inciso I do artigo 12 da Lei 8.177/91 em consonância com a Lei 8.660/93); b) a partir de 26/03/2015, do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), *pro rata die*. De resto, o STF suspendeu, na RCL 22012, a modulação engendrada pelo TST (ArgInc-479-60.2011.5.04.0231).

Esse entendimento também é o adotado pelo TRT da 24ª Região na Súmula 23.

Os créditos referentes ao FGTS serão corrigidos pelos mesmos índices acima mencionados (OJ 302 da SDI-1 do TST).

Juros de mora

Os juros de mora serão calculados na base de 1% ao mês (um por cento ao mês), de forma simples (não capitalizados), e aplicados *pro rata die*, nos termos do artigo 39, § 1º, da Lei 8.177/91. São devidos desde a data do ajuizamento da ação, nos termos do artigo 883 da CLT, e incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente, conforme Súmula 200 do TST.

Na eventualidade de haver adimplementos parciais do crédito exequendo, a imputação do pagamento deve ser levada a cabo de forma preferencial nos juros de mora, consoante regra do artigo 354 do Código Civil.

Observação final - enunciados contidos nas súmulas/OJ's e nos dispositivos das normas mencionadas na presente decisão

As súmulas/orientações jurisprudenciais mencionadas na presente decisão deverão ser aplicadas observando-se a literalidade do seu enunciado na data da prolação da presente sentença, desprezando-se eventuais alterações de entendimentos posteriores a tal data.

Da mesma forma, no cumprimento da sentença, observar-se-á o teor dos dispositivos de normas jurídicas vigentes na data da sua prolação.

III - DISPOSITIVO

Isto posto, ACOELHO EM PARTE os pedidos formulados por ARNALDO DO CARMO NETO contra 1) METALFRIO SOLUTIONS S.A. e 2) LIFE CYCLE ASSISTENCIA TECNICA LTDA. para condená-las solidariamente a pagar as verbas constantes na fundamentação, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Tudo nos termos da fundamentação.

Liquidação por simples cálculos.

Defiro ao reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Natureza jurídica das verbas objeto da condenação, contribuições sociais e recolhimentos fiscais e juros e correção monetária conforme a fundamentação.

Custas pelas reclamadas no importe de R\$ 1.800,00, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 90.000,00.

Intimem-se as partes.

ANDRÉ LUIS NACER DE SOUZA

Juiz do trabalho substituto

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 23 de abril de 2020 (*)

«Procedimiento prejudicial — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Directiva 2000/78/CE — Artículos 3, apartado 1, letra a), 8, apartado 1, y 9, apartado 2 — Prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual — Condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional — Concepto — Declaraciones públicas que excluyen la contratación de personas homosexuales — Artículos 11, apartado 1, 15, apartado 1, y 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Defensa de los derechos — Sanciones — Persona jurídica representativa de un interés colectivo — Legitimación activa, aunque no se actúe en nombre de un demandante determinado o no exista una persona perjudicada — Derecho a obtener reparación»

En el asunto C-507/18,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), mediante resolución de 30 de mayo de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de agosto de 2018, en el procedimiento entre

NH

Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, la Sra. R. Silva de Lapuerta, Vicepresidenta, los Sres. J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, P. G. Xuereb e I. Jarukaitis (Ponente), Presidentes de Sala, y los Sres. J. Malenovský, L. Bay Larsen y T. von Danwitz, la Sra. C. Toader, el Sr. F. Biltgen, la Sr. K. Jürimäe y los Sres. C. Lycourgos y N. Piçarra, Jueces;

Abogada General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sr. R. Schiano, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de julio de 2019;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de NH, por los Sres. C. Taormina y G. Taormina, avvocati;

- en nombre de la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford, por el Sr. A. Guariso, avvocato;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. G. De Socio, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno helénico, por la Sra. E.-M. Mamouna, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. B.-R. Killmann y D. Martin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogada General, presentadas en audiencia pública el 31 de octubre de 2019;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, 3 y 9 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16).
- 2 Esta petición ha sido presentada en el marco de un litigio entre NH y la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford (en lo sucesivo, «Associazione»), a propósito de unas declaraciones efectuadas por NH en un programa radiofónico según las cuales no desea colaborar en su bufete de abogados con personas homosexuales.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Carta

- 3 Con el título «Libertad de expresión y de información», el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») dispone, en su apartado 1, lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.»
- 4 El artículo 15 de la Carta, titulado «Libertad profesional y derecho a trabajar», establece lo siguiente en su apartado 1:

«Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.»

- 5 El artículo 21 de la Carta, relativo a la no discriminación, dispone, en su apartado 1, lo siguiente:

«Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.»

Directiva 2000/78

- 6 Los considerandos 9, 11, 12 y 28 de la Directiva 2000/78 enuncian lo siguiente:

«(9) El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal.

[...]

(11) La discriminación por motivos de [...] orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado [FUE], en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

(12) A tal fin, se deberá prohibir en toda la [Unión] cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de [...] orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. [...]

[...]

(28) Las disposiciones de la presente Directiva establecen requisitos mínimos, reconociendo a los Estados miembros la facultad de introducir o mantener disposiciones más favorables. [...]

- 7 El artículo 1 de esta Directiva dispone lo siguiente:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

- 8 El artículo 2 de la citada Directiva, titulado «Concepto de discriminación», establece:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1.

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios [...]

[...]».

9 El artículo 3 de la referida Directiva define el ámbito de aplicación de la misma. A tenor del apartado 1, letra a), de este artículo:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la [Unión], la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación [...], independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción».

10 El artículo 8 de la Directiva 2000/78, que lleva por título «Requisitos mínimos», establece, en su apartado 1, lo siguiente:

«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva.»

11 El artículo 9 de dicha Directiva forma parte de su capítulo II, relativo a los recursos y al cumplimiento. Con el título «Defensa de derechos», este artículo establece, en su apartado 2, lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del

demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.»

- 12 El artículo 17 de la citada Directiva, titulado «Sanciones», dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. [...]»

Derecho italiano

- 13 El decreto legislativo n. 216 — Attuazione della direttiva 2000/78 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (Decreto Legislativo n.º 216, por el que se traspone la Directiva 2000/78 para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), de 9 de julio de 2003 (GURI n.º 187, de 13 de agosto de 2003, p. 4), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n.º 216»), establece, en su artículo 2, apartado 1, letra a), lo siguiente:

«A efectos del presente Decreto [...], se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la religión, convicciones personales, discapacidad, edad u orientación sexual. Este principio exige que no se lleve a cabo ninguna discriminación directa o indirecta, según las definiciones que figuran a continuación:

- a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivos de religión, convicciones personales, discapacidad, edad u orientación sexual.»

- 14 El artículo 3, apartado 1, letra a), de este Decreto Legislativo tiene el siguiente tenor:

«El principio de igualdad de trato sin distinción por religión, convicciones personales, discapacidad, edad u orientación sexual se aplicará a todas las personas tanto en el sector público como en el privado y será susceptible de protección judicial con arreglo a las formas previstas en el artículo 4, en particular en relación con los siguientes ámbitos:

- a) acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación».

- 15 El artículo 5 de dicho Decreto Legislativo establece lo siguiente:

«1. Las organizaciones sindicales, las asociaciones y las organizaciones representativas del derecho o del interés lesionado, en virtud de un poder otorgado mediante escritura pública o documento privado autenticado, so pena de nulidad, tienen legitimación activa a efectos del artículo 4, en nombre y por cuenta o en apoyo de la persona afectada por la discriminación, contra la persona física o jurídica a la que puede imputarse el comportamiento o acto discriminatorio.

2. Los sujetos a que se refiere el apartado 1 también tendrán legitimación activa en los casos de discriminación colectiva cuando no puedan identificarse de modo directo e inmediato las personas perjudicadas por la discriminación.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 16 De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que NH es abogado y que la Associazione es una asociación de abogados que defiende ante los tribunales los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o intersexuales (LGBTI).
- 17 Al considerar que NH había proferido declaraciones constitutivas de una conducta discriminatoria basada en la orientación sexual de los trabajadores y que con ello había infringido el artículo 2, apartado 1, letra a), del Decreto Legislativo n.º 216, la Associazione demandó a NH ante el Tribunale di Bergamo (Tribunal de Bérgamo, Italia).
- 18 Mediante auto de 6 de agosto de 2014, dicho órgano jurisdiccional, actuando como juez de lo laboral, declaró ilegal, por ser directamente discriminatorio, el comportamiento de NH, quien en una entrevista realizada durante un programa radiofónico había manifestado que no deseaba contratar en su bufete ni recurrir a los servicios de personas homosexuales. Por esta razón el Tribunale di Bergamo (Tribunal de Bérgamo) condenó a NH a abonar a la Associazione 10 000 euros en concepto de reparación del daño y ordenó la publicación por extractos de dicho auto en un diario nacional.
- 19 Mediante sentencia de 23 de enero de 2015, la Corte d'appello di Brescia (Tribunal de Apelación de Brescia, Italia) desestimó el recurso interpuesto por NH contra el citado auto.
- 20 Dicha sentencia ha sido recurrida en casación por NH ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), órgano jurisdiccional remitente. En apoyo de su recurso de casación, NH invoca, en particular, la aplicación errónea del artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 216, en la medida en que el juez de apelación reconoció legitimación activa a la Associazione, así como una infracción o una aplicación errónea de los artículos 2, apartado 1, letra a), y 3 del citado Decreto Legislativo, sosteniendo que había expresado una opinión sobre la profesión de abogado presentándose no como empleador, sino como simple ciudadano, y que las declaraciones

controvertidas estaban desvinculadas de cualquier contexto profesional efectivo.

- 21 El órgano jurisdiccional remitente señala que, en su sentencia, el juez de apelación constató, por una parte, que, «en una conversación mantenida durante un programa de radio, [NH] profirió una serie de frases paulatinamente incitado por el propio interlocutor [...] sosteniendo su aversión genérica hacia una determinada categoría de personas, hasta el punto de no quererlas a su alrededor en su bufete [...] ni en una hipotética selección de los colaboradores» y, por otra parte, que entonces no estaba en marcha, ni tampoco programado, proceso de selección alguno.
- 22 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en primer lugar, si una asociación de abogados, como la Associazione, constituye una entidad representativa a efectos del artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2000/78. A este respecto señala, en particular, que la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DO 2013, L 201, p. 60), y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo» [COM(2013) 401 final], enumeran, entre los criterios pertinentes para determinar la legitimación activa de una entidad para ejercitar una acción de representación, no solo la relación entre el objetivo consagrado por los estatutos de la entidad de que se trate y los derechos cuya vulneración se alega, sino también la falta de ánimo de lucro de esa entidad.
- 23 En el caso de autos, la legitimación activa de la Associazione fue reconocida por el juez de apelación a la vista de sus estatutos, según los cuales dicha asociación tiene «la finalidad de contribuir a desarrollar y difundir la cultura y el respeto de los derechos de las personas» LGBTI, «llamando la atención del mundo judicial», y «gestiona la formación de una red de abogados [...]; [y también] favorece y promueve la defensa ante los tribunales y el uso de los instrumentos de defensa colectiva ante los tribunales nacionales e internacionales».
- 24 El órgano jurisdiccional remitente precisa que, en Derecho italiano, cuando la discriminación en el empleo no se ejerce contra una víctima identificada, sino contra una categoría de personas, el artículo 5, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 216 reconoce en efecto legitimación activa a las entidades que figuran en esa disposición, a las que se considera representativas de los intereses del colectivo de personas perjudicadas. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente duda de que a una asociación de abogados que tiene como finalidad principal ofrecer asistencia jurídica a las personas LGBTI, por el mero hecho de que sus estatutos establezcan que también tiene como finalidad promover el respeto de los derechos de esas personas, pueda reconocérsele legitimación activa, incluso para reclamar daños y perjuicios,

contra las discriminaciones ligadas al empleo sobre la base de un interés directo propio.

- 25 En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre los límites que la normativa que prohíbe la discriminación en el empleo y la ocupación impone al ejercicio de la libertad de expresión. Observa que la protección contra la discriminación que ofrecen la Directiva 2000/78 y el Decreto Legislativo n.º 216 tiene como ámbito de aplicación las situaciones de constitución, de ejecución y de disolución de una relación laboral, e incide de este modo en la iniciativa económica. Sin embargo, tales normas le parecen ajenas a la libertad de expresión y no cree que pretendan limitarla. Además, la aplicación de dichas normas está supeditada a la existencia de un riesgo efectivo de discriminación.
- 26 Por consiguiente, se pregunta si para poder considerar que existe una situación de acceso al empleo comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 y de la normativa nacional de transposición de la misma es necesario, al menos, que esté en marcha una negociación individual de contratación de personal o una oferta de empleo destinada al público y si, en ausencia de estas últimas, meras declaraciones que no reúnen las mínimas características de una oferta de empleo destinada al público están protegidas por la libertad de expresión.
- 27 Dadas estas circunstancias, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
 - «1) ¿Debe interpretarse el artículo 9 de la Directiva [2000/78] en el sentido de que una asociación compuesta por abogados especializados en la representación y defensa ante los tribunales de una categoría de personas de orientación sexual diversa y en cuyos estatutos se prevé el objetivo de promover la cultura y el respeto de los derechos de esta categoría pasa automáticamente a ser titular de un interés colectivo y asociación sin ánimo de lucro con legitimación activa para entablar acciones judiciales, incluso con una pretensión indemnizatoria, ante hechos que se consideran discriminatorios contra esta categoría?
 - 2) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación de las normas de protección contra la discriminación establecidas por la Directiva [2000/78], a la luz de la interpretación exacta de sus artículos 2 y 3, una declaración en la que se manifiesta una opinión contraria al colectivo homosexual, mediante la cual, en una entrevista mantenida durante un programa radiofónico de entretenimiento, el entrevistado declaró que nunca contrataría ni recurriría a los servicios de estas personas en su bufete, aunque no tuviese entonces en marcha ni programado proceso alguno de selección de personal?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 28 Con carácter preliminar, es preciso señalar que, mediante su segunda cuestión prejudicial, que procede examinar en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia tanto al artículo 2 de la Directiva 2000/78, relativo al concepto de discriminación, como a su artículo 3, sobre el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Sin embargo, de la petición de decisión prejudicial se desprende que en el litigio principal no se discute si las declaraciones efectuadas por NH están comprendidas en el concepto de «discriminación», tal como está definido en la primera de esas disposiciones, sino si tales declaraciones, habida cuenta de las circunstancias en las que se realizaron, están comprendidas en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva en la medida en que en esta se contemplan, en su artículo 3, apartado 1, letra a), las «condiciones de acceso al empleo, [...] y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación».
- 29 En consecuencia, procede considerar que, mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» contenido en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que en ese concepto están comprendidas declaraciones efectuadas por una persona durante una emisión audiovisual según las cuales en su empresa nunca contrataría ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual, y ello aun cuando ningún proceso de selección de personal estaba en marcha o programado.
- 30 El artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78 establece que esta se aplicará, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión, a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción.
- 31 Esta Directiva no remite al Derecho de los Estados miembros para definir el concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional». Pues bien, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme [véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 2016, Nikiforidis, C-135/15, EU:C:2016:774, apartado 28, y de 26 de marzo de 2019, SM (Menor sometido a «kafala» argelina), C-129/18, EU:C:2019:248, apartado 50].

- 32 Además, al no existir en dicha Directiva definición de los términos «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional», la interpretación de estos debe efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de septiembre de 2014, Deckmyn y Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, apartado 19, y de 29 de julio de 2019, Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625, apartado 65).
- 33 En cuanto a los términos del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78 procede señalar que, en el lenguaje corriente, la expresión «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» hace referencia a circunstancias o a hechos cuya existencia debe acreditarse imperativamente para que una persona pueda obtener un empleo o acceder a un ejercicio profesional determinado.
- 34 Sin embargo, los términos de esta disposición no permiten por sí solos determinar si declaraciones efectuadas al margen de cualquier proceso de selección de una persona para un empleo o para un ejercicio profesional determinado, en marcha o programado, están comprendidas en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva. Por consiguiente, es preciso examinar el contexto en el que se inscribe el referido artículo 3, apartado 1, letra a), así como los objetivos de la citada Directiva.
- 35 A este respecto, procede recordar que la Directiva 2000/78 fue adoptada sobre la base del artículo 13 CE, actualmente, tras su modificación, artículo 19 TFUE, apartado 1, que confiere a la Unión competencia para adoptar las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación basada, en particular, en la orientación sexual.
- 36 Según se desprende tanto de su título y preámbulo como de su contenido y finalidad, la Directiva 2000/78 tiene por objeto, conforme a su artículo 1, establecer un marco general para luchar contra la discriminación basada, en particular, en la orientación sexual por lo que respecta «[a]l empleo y la ocupación», en aras de aplicar, en los Estados miembros, el principio de igualdad de trato, ofreciendo a toda persona una protección eficaz contra la discriminación basada, en particular, en este motivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 2019, E.B., C-258/17, EU:C:2019:17, apartado 40 y jurisprudencia citada).
- 37 En particular, el considerando 9 de dicha Directiva señala que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal. En este mismo sentido, el considerando 11 de la referida Directiva enuncia que la discriminación por motivos de orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado FUE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la

elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

- 38 Con ello la Directiva 2000/78 concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación establecido actualmente en el artículo 21 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 47).
- 39 Habida cuenta de este objetivo y de la naturaleza de los derechos que la Directiva 2000/78 trata de proteger, así como de los valores fundamentales que subyacen a ella, no puede definirse de manera restrictiva el concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional», en el sentido de su artículo 3, apartado 1, letra a), que define el ámbito de aplicación de dicha Directiva (véanse, por analogía, las sentencias de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn y Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, apartado 43, y de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, apartado 42).
- 40 De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 2000/78 es aplicable a situaciones relativas, en el ámbito del empleo y de la ocupación, a declaraciones que versan sobre «las condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección», en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78. Ha considerado, en particular, que pueden estar comprendidas en el ámbito de ese concepto declaraciones públicas sobre una política de contratación de personal determinada, aunque el sistema para contratar considerado no se base en una oferta pública ni en una negociación directa tras un proceso de selección que presuponga la presentación de candidaturas y una preselección de estas en función del interés que presenten para el empresario (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, apartados 44 y 45).
- 41 El Tribunal de Justicia también ha declarado que el mero hecho de que las declaraciones que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba no emanen de quien tiene la capacidad necesaria para definir directamente la política de contratación de personal del empresario de que se trate, o incluso para vincular o representar a ese empresario en materia de contratación de personal, no impide necesariamente que tales declaraciones puedan estar comprendidas en el ámbito de las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional de dicho empresario. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que el hecho de que tal empresario no se distancie claramente de las declaraciones en cuestión, al igual que la percepción del público o de los círculos interesados, constituyen elementos pertinentes que el tribunal que conoce del litigio puede tener en cuenta al realizar la apreciación global de los hechos (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, apartados 47 a 51).

- 42 Además, el hecho de que ninguna negociación con vistas a la contratación de personal estuviera en marcha cuando se realizaron las declaraciones de que se trata tampoco excluye la posibilidad de que tales declaraciones entren en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78.
- 43 De las anteriores consideraciones se desprende que, aunque determinadas circunstancias, como la falta de proceso de selección de personal en marcha o programado, no son decisivas para determinar si unas declaraciones se refieren a una determinada política de contratación de personal, estando por ello comprendidas en el concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional», en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78, sí es necesario, para que tales declaraciones entren en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva según lo define esa disposición, que puedan vincularse efectivamente a la política de contratación de personal de un empresario determinado, lo que exige que el vínculo que presenten con las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional para ese empresario no sea hipotético. La existencia de tal vínculo debe ser apreciada por el órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto en el marco de un análisis global de las circunstancias que caracterizan las declaraciones de que se trata.
- 44 En lo que atañe a los criterios que deben tomarse en consideración a estos efectos, procede precisar, como también ha señalado, en esencia, la Abogada General en los puntos 53 a 56 de sus conclusiones, que son pertinentes en particular, en primer lugar, la posición de la persona que efectúa las declaraciones consideradas y la calidad en la que se ha expresado, que deben acreditar o bien que él mismo es un empleador potencial, o bien que, *de iure* o *de facto*, puede influir de manera determinante en la política de contratación de personal, o en una decisión de contratación, de un empleador potencial o, al menos, puede ser percibido por el público o los círculos interesados como una persona que puede ejercer tal influencia, aun cuando carezca de la capacidad jurídica para definir la política de contratación de personal del empresario de que se trate o incluso de vincular o de representar a este último en materia de contratación de personal.
- 45 Son pertinentes, en segundo lugar, la naturaleza y el contenido de las declaraciones en cuestión. Estas deben referirse a las condiciones de acceso al empleo o al ejercicio profesional respecto al empresario de que se trate y mostrar la intención de este último de discriminar por razón de alguno de los motivos establecidos por la Directiva 2000/78.
- 46 En tercer lugar, debe tomarse en consideración el contexto en el que se efectuaron las declaraciones controvertidas, en particular su carácter público o privado, o incluso el hecho de que se hayan difundido al público, bien a través de los medios de comunicación tradicionales, o por las redes sociales.
- 47 Esta interpretación de la Directiva 2000/78 no queda desvirtuada por la eventual limitación al ejercicio de la libertad de expresión —mencionada por el órgano jurisdiccional remitente— que pudiera implicar.

- 48 En efecto, la libertad de expresión, como fundamento esencial de una sociedad democrática y pluralista que refleja los valores en los que, conforme al artículo 2 TUE, se basa la Unión, constituye un derecho fundamental garantizado en el artículo 11 de la Carta (sentencia de 6 de septiembre de 2011, Patriciello, C-163/10, EU:C:2011:543, apartado 31).
- 49 No obstante, como se desprende del artículo 52, apartado 1, de la Carta, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y su ejercicio puede comportar limitaciones, siempre que estén establecidas por la ley y respeten el contenido esencial de ese derecho y el principio de proporcionalidad, es decir, que sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Pues bien, como señaló la Abogada General en los puntos 65 a 69 de sus conclusiones, así ocurre precisamente en el caso de autos.
- 50 En efecto, las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión que pueden derivarse de la Directiva 2000/78 están efectivamente establecidas por la ley, toda vez que resultan directamente de dicha Directiva.
- 51 Además, tales limitaciones respetan el contenido esencial de la libertad de expresión, ya que se aplican únicamente con el fin de alcanzar los objetivos de la Directiva 2000/78, a saber, garantizar el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social. Así pues, están justificadas por dichos objetivos.
- 52 Dichas limitaciones también respetan el principio de proporcionalidad, en tanto en cuanto los motivos de discriminación prohibidos se enumeran en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, cuyo ámbito de aplicación, tanto material como personal, está delimitado en su artículo 3, y la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de la citada Directiva, al prohibir únicamente las declaraciones que constituyen una discriminación en el empleo o en la ocupación.
- 53 Por otra parte, las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión que se derivan de la Directiva 2000/78 son necesarias para garantizar los derechos en materia de empleo y de ocupación de que disponen quienes pertenecen a los grupos de personas caracterizados por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1 de la citada Directiva.
- 54 En particular, si, en contra de la interpretación del concepto —que figura en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78— de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» expuesta en el apartado 43 de la presente sentencia, determinadas declaraciones estuvieran excluidas del ámbito de aplicación material de esta Directiva por el mero hecho de que se hubieran realizado al margen de un proceso de selección de personal, concretamente en un programa radiofónico de entretenimiento, o por constituir la expresión de una opinión personal de su autor, podría resultar

ilusoria la propia esencia de la protección en materia de empleo y de ocupación concedida por la citada Directiva.

- 55 En efecto, como ha señalado la Abogada General, en esencia, en los puntos 44 y 57 de sus conclusiones, en cualquier proceso de contratación de personal la selección fundamental se efectúa entre las personas que presentan su candidatura y las que no la presentan. Pues bien, la expresión de opiniones discriminatorias en materia de empleo y de ocupación por parte de un empresario o de una persona que se perciba como capaz de ejercer una influencia determinante en la política de contratación de personal de una empresa puede disuadir a las personas aludidas de presentar su candidatura a un empleo.
- 56 Por consiguiente, declaraciones comprendidas en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/78, tal como se define en su artículo 3, no pueden sustraerse al régimen de lucha contra las discriminaciones en el empleo y en la ocupación establecido por dicha Directiva por el hecho de haber sido efectuadas durante una emisión audiovisual de entretenimiento o por constituir igualmente la expresión de la opinión personal de su autor acerca de la categoría de personas a las que se refieren.
- 57 En el caso de autos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si las circunstancias que caracterizan las declaraciones controvertidas en el litigio principal demuestran que el vínculo entre estas últimas y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro del bufete de que se trata no es hipotético, siendo esta una apreciación de naturaleza fáctica, y aplicar, en el marco de tal apreciación, los criterios identificados en los apartados 44 a 46 de la presente sentencia.
- 58 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» contenido en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en ese concepto declaraciones efectuadas por una persona durante una emisión audiovisual según las cuales en su empresa nunca contrataría ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual, y ello aun cuando no estuviera en marcha o programado ningún proceso de selección de personal, siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético.

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 59 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual una asociación de abogados cuyo objeto social consiste en defender ante los tribunales a las personas que tienen, en particular, cierta orientación sexual y en promover la cultura y el respeto de los derechos de esa categoría de personas tiene

automáticamente, por ese objeto y con independencia de su eventual ánimo de lucro, legitimación activa para entablar un procedimiento judicial destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada Directiva y, en su caso, obtener reparación cuando se producen hechos que pueden ser constitutivos de discriminación, en el sentido de dicha Directiva, contra tal categoría de personas y no haya una persona perjudicada identificable.

- 60 En virtud del artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en dicha Directiva puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada Directiva.
- 61 Así pues, del propio tenor de esa disposición se desprende que no obliga a que en los Estados miembros se reconozca a una asociación como la del litigio principal legitimación activa para iniciar un procedimiento judicial que tenga por objeto exigir el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la Directiva 2000/78 cuando no haya una persona perjudicada identificable.
- 62 Sin embargo, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de su considerando 28, establece que los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la citada Directiva.
- 63 Apoyándose en esta última disposición, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2000/78 no se opone en modo alguno a que los Estados miembros reconozcan, en su legislación nacional, el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de dicha Directiva a iniciar procedimientos judiciales o administrativos que tengan por objeto exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada Directiva sin que sea necesario que actúen en nombre de un demandante determinado o que exista un demandante identificable (sentencia de 25 abril de 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, apartado 37).
- 64 Cuando un Estado miembro elige esta opción, le corresponde decidir en qué circunstancias una asociación como la del litigio principal puede iniciar un procedimiento judicial para que se declare la existencia de una discriminación prohibida por la Directiva 2000/78 y para que se sancione. Le incumbe, concretamente, determinar si el ánimo de lucro o la falta del mismo debe incidir en la apreciación de su legitimación activa al efecto y precisar el alcance de tal acción judicial, en particular las sanciones que pueden imponerse a raíz de esta, las cuales deberán ser, conforme al artículo 17 de la Directiva 2000/78, efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluso cuando no exista una persona perjudicada identificable (véase, en este sentido, la

sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, apartados 62 y 63).

- 65 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual una asociación de abogados cuyo objeto social consiste en defender ante los tribunales a las personas que tienen, en particular, cierta orientación sexual y en promover la cultura y el respeto de los derechos de esa categoría de personas tiene automáticamente, por ese objeto y con independencia de su eventual ánimo de lucro, legitimación activa para entablar un procedimiento judicial destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha Directiva y, en su caso, obtener reparación cuando se producen hechos que pueden ser constitutivos de discriminación, en el sentido de la citada Directiva, contra esa categoría de personas y no haya una persona perjudicada identificable.

Costas

- 66 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) El concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» contenido en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en ese concepto declaraciones efectuadas por una persona durante una emisión audiovisual según las cuales en su empresa nunca contrataría ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual, y ello aun cuando no estuviera en marcha o programado ningún proceso de selección de personal, siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético.**
- 2) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual una asociación de abogados cuyo objeto social consiste en defender ante los tribunales a las personas que tienen, en particular, cierta orientación sexual y en promover la cultura y el respeto de los derechos de esa categoría de personas tiene automáticamente, por ese objeto y con independencia de su eventual ánimo de lucro,**

legitimación activa para entablar un procedimiento judicial destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha Directiva y, en su caso, obtener reparación cuando se producen hechos que pueden ser constitutivos de discriminación, en el sentido de la citada Directiva, contra esa categoría de personas y no haya una persona perjudicada identificable.