



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 7

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

COORDENAÇÃO DO TOMO 7

Pedro Paulo Teixeira Manus

Suely Gitelman

Editora PUCSP

São Paulo

2020

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Raffaele De Giorgi
Guilherme Nucci	Ronaldo Porto Macedo Júnior
José Manoel de Arruda Alvim	Roque Antonio Carrazza
Luiz Alberto David Araújo	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Edson Fachin	Rui da Cunha Martins
Marco Antonio Marques da Silva	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Maria Helena Diniz	Teresa Celina de Arruda Alvim
	Wagner Balera

TOMO DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS | ISBN 978-65-990464-2-1

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VI (recurso eletrônico)
: direito do trabalho e processo do trabalho / coords. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman- São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2020
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

DISCRIMINAÇÃO

Cristina Paranhos Olmos

INTRODUÇÃO

A discriminação, por si só, não é necessariamente medida reprovável, podendo constituir inclusive ação afirmativa, a que os sujeitos podem inclusive estar obrigados pelo Direito. Exemplo disso é a discriminação em favor das pessoas com deficiência, ao estabelecer cota mínima a ser preenchida por tais pessoas.

Em breve síntese, a discriminação consiste em tratar de maneira diferente determinada pessoa por motivo não justificável. A discriminação vedada é aquela que, como regra, encontra proibição legal e causa prejuízo à pessoa discriminada.

Desta forma, quando do estudo do conceito de discriminação, é inevitável que seja avaliado o princípio da igualdade, especialmente para que sejam comparadas situações conflitantes, sopesando-se os bens jurídicos que merecem proteção, de acordo com todo o contexto da situação.

Especificamente para o caso da discriminação nas relações de trabalho, foi promulgada a Lei Federal 9.029, em 13.04.1995, que proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

A discriminação nas relações de trabalho pode ocorrer tanto na fase pré-contratual, durante a relação de emprego quanto na fase pós-contratual, gerando responsabilidade para o agente que causou o dano.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceito	3
2. Lei Federal 9.029/1995	9
3. Alcance da proteção contra a discriminação na relação de trabalho.....	10

4. Boa-fé objetiva	11
5. Fase pré-contratual	14
6. Discriminação durante a relação de emprego	23
7. Conclusão	24
Referências	26

1. CONCEITO

O conceito de discriminação leva, desde o início, à sensação de se tratar de medida negativa, que causa prejuízo a alguém.

Trata-se, efetivamente, do conceito de discriminação sob o aspecto prejudicial, ou, sob o ponto de vista jurídico, ilícito, do instituto.

Explica-se: a discriminação, por si só, não é necessariamente medida reprovável, podendo constituir inclusive ação afirmativa, a que os sujeitos podem inclusive estar obrigados pelo Direito. Exemplo disso é a discriminação em favor das pessoas com deficiência, ao estabelecer cota mínima a ser preenchida por tais pessoas.

Etimologicamente, “discriminação” tem origem anglo-americana, e significa o caráter infundado de uma distinção.¹ Pressupõe, portanto, comparação, e, sob o aspecto negativo, analisa se houve distinção, exclusão ou preferência em relação a alguém.

No âmbito das relações de trabalho, algumas situações são mais comuns no que se refere à discriminação: discriminação pelo sexo, pela idade, pela etnia, pela orientação sexual, entre outros.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal dispõe que “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 igualdade, à segurança, e à propriedade”, remetendo aos incisos de mencionado dispositivo legal.

É dispositivo legal inserido no Capítulo I, do Título II, da Carta Magna, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, revelando assim a importância do *status* da igualdade entre as pessoas e, conseqüentemente, entre os trabalhadores. Evidentemente,

¹ Barros, Alice Monteiro de. *Discriminação*, p. 61.

conduta em sentido contrário constitui ilícito, excepcionadas as hipóteses de ações afirmativas.

Em breve síntese, a discriminação consiste em tratar de maneira diferente determinada pessoa por motivo não justificável. A discriminação vedada é aquela que, como regra, encontra proibição legal e causa prejuízo à pessoa discriminada.

A palavra discriminação é derivada de *discriminatio*, de *discriminar* (discriminar, separar, distinguir), vocábulo que “na linguagem jurídica é usado para indicar toda sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre várias funções ou encargos, distinguindo-se umas das outras, para que se diferenciem ou possam ser encaradas consoante a divisão”.²

Assim, a discriminação, de acordo com seu sentido literal, “produz limitação, determinação ou separação entre coisas iguais ou diferentes, entre funções várias ou semelhantes, para que cada uma delas se mostre uma coisa certa, perfeitamente distinta e inconfundível”.³

Assim, sob o aspecto semântico, a discriminação implica a distinção de algo ou alguém, por motivo que torna seus objetos seres diferentes sob algum aspecto.

O tema é tratado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção 111, que em seu art. 1º esclarece que o termo “discriminação” abrange:

“(a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

(b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.”

² DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*, p. 547.

³ *Ibidem*.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em vigor no Brasil desde 1967, conforme Decreto Legislativo 23, também dispõe sobre o tema e estabelece em seu art. 1º:

“Art. 1º. – 1 – Na presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. 2 – Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições ou preferências estabelecidas por um Estado Parte entre cidadãos e não cidadãos seus.”

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher trata da matéria, dando a definição de discriminação no seu art. 1º:

“Art. 1º. – Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

Vera Lúcia Carlos também traz conceitos de discriminação: “a conduta ou ação de estabelecer diferenças que violem o direito das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, tais como raça, sexo, idade, opção religiosa e outros.”⁴

Há que se notar também as considerações de Paulo Jakutis:⁵

“Se preconceito é idéia concebida previamente, sem o indispensável conhecimento do objeto sobre o qual se emite opinião, discriminação pode ser entendida como “o preconceito em movimento”, de sorte a excluir, prejudicar ou marginalizar outrem. Em outras palavras, por discriminação entende-se o desprezo e (ou) prejuízo imposto a uma pessoa, ou grupo de pessoas, por conta de um preconceito. Assim, quando uma pessoa é

⁴ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*, p. 28.

⁵ JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho*, p. 28.

marginalizada e deixa de receber um benefício em razão da cor da pele, da idade, do sexo ou da orientação sexual, política, religiosa, por exemplo, dizemos que essa pessoa está sendo vítima de discriminação, que então pode ser classificada como racial, sexual, etária, política, religiosa, etc.”

Assim, é certo que a discriminação está intimamente ligada à diferenciação que é feita entre pessoas, em determinada situação, em razão de determinada característica, que, por si só, não interfere no bom andamento do trabalho, ou, ainda, que não possui qualquer relação com a atividade desenvolvida.

É a discriminação aleatória, sem qualquer causa justificativa e que nos mais das vezes implica prejuízo ao ofendido.

No aspecto das relações de trabalho, a conduta discriminatória que não pode ser admitida é aquela que trata de maneira distinta os trabalhadores, sem qualquer justificativa ou causa lícita para tanto, preterindo determinada classe de pessoas por motivos totalmente injustificáveis e que não guardam qualquer relação com o tipo de trabalho desenvolvido.

Trata-se, é sabido, de fruto de realidade histórica, especialmente no Brasil, país que escravizou índios e negros, considerando-os socialmente inferiores aos “brancos”, ou, tecnicamente falando, aos “não índios” e “não negros”.

Não se trata de fenômeno que ocorre apenas em razão da etnia, porquanto atinge todas as dimensões da vida e dos seres humanos, de sorte que o elemento de discriminação pode residir também no credo, estado civil, orientação sexual, aparência física, entre outros.

Ainda em relação ao conceito de discriminação há que se ressaltar a definição de Maurício Godinho Delgado:⁶

“Discriminação é a conduta pela qual rege-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.). Mas pode, é óbvio, também

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Discriminação*, p. 108.

derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.”

Para Rodolfo Pamplona Filho⁷ discriminação “consiste no tratamento desigual ou preferencial de alguém, prejudicando outrem.

Também Luís Felipe Lopes Boson⁸ define: “discriminar é estabelecer diferença, distinguir, separar. Em direito, usa-se o termo para indicar toda sorte de divisão entre pessoas, situações ou coisas, de modo a estabelecer entre elas uma diferenciação, ou fazer com que elas possam ser encaradas a partir dessa divisão.”

Sob o prisma filosófico, foi Rousseau quem admitiu a igualdade jurídica, no século XVIII, a qual atingiu seu ápice na Revolução Francesa de 1789, que tinha como “lema” os seguintes princípios: liberdade, igualdade, fraternidade.⁹

Foi a Revolução Francesa responsável pela disseminação das ideias de igualdade no mundo, pondo fim à sociedade feudal e abrindo caminho para novos conceitos que passaram a nortear as relações sociais.

A partir de então passou a existir novo período, no qual não mais se aceitaria a dominação da nobreza, tampouco o sistema de privilégios determinados pelo nascimento do indivíduo. Em síntese, a discriminação injustificável não seria mais aceita.

Assim, o governo, legitimado constitucionalmente, passou a ser submetido periodicamente ao controle popular, por eleições.

Tratou-se de difusão das ideias do iluminismo, defendidas especialmente nos séculos XVII e XVIII, por pensadores como John Locke, Montesquieu, Voltaire, Diderot, Rousseau, Emanuel Kant, entre outros que davam ao homem o privilégio do progresso e aperfeiçoamento ético.

Desta forma, quando do estudo do conceito de discriminação, é inevitável que seja avaliado o princípio da igualdade, especialmente para que sejam comparadas situações conflitantes, sopesando-se os bens jurídicos que merecem proteção, de acordo com todo o contexto da situação.

⁷ FILHO, Rodolfo Pamplona. *Discriminação*, p. 162.

⁸ BOSON, Luís Felipe Lopes. *Discriminação*, p. 268.

⁹ *Liberté, égalité, fraternité.*

De qualquer maneira, não há dúvida de que o princípio da igualdade, como fruto de revoluções históricas, foi inserido pouco a pouco em todo mundo e os sistemas jurídicos estrangeiros o aceitaram com maior ou menor restrições.

Sobre o princípio da igualdade, e especialmente sendo ele o fundamento da proibição à discriminação, é valioso citar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a discriminação não se choca com o princípio da isonomia desde que: (a) não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo, para não contrariar os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica; (b) haja realmente nas situações, coisas ou pessoas características e traços diferenciados; (c) exista correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção estabelecida; (d) a distinção estabelecida tenha valor positivo, à luz do que estabelece a Constituição.¹⁰

É sabido que a legislação não contempla todas as hipóteses e direitos por ela própria resguardados, o que não implica dizer que referidos bens não estejam tutelados e legalmente protegidos. Há inclusive denominação jurídico-doutrinária para tais hipóteses: lacunas na lei.

A lacuna na lei é uma “incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica”,¹¹ revelando, portanto, uma insuficiência que não deveria ocorrer.

Assim, cumpre ao magistrado, ao se deparar com lacuna na lei, constatar se há fatos diferentes e fazer o juízo de valor de que a semelhança se sobrepõe às diferenças.

Deverá também socorrer-se das normas consuetudinárias e, apenas na sua inexistência, é que deve buscar os princípios gerais de direito e, por último, a equidade.

De toda sorte, o juiz deve sempre atentar ao espírito do sistema, “de modo que a norma individual completante do sistema não é, nem pode ser, elaborada fora dos marcos jurídicos.”¹²

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 8º,¹³ determina como deve proceder o juiz e mesmo as autoridades administrativas, na falta das disposições

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 53.

¹¹ *Idem*, p. 219.

¹² *Idem*, p. 299.

¹³ “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

legais ou contratuais. Os princípios, portanto, encontram amparo legal para sua aplicação no Direito do Trabalho, o que é essencial ao se analisar o instituto da discriminação nas relações de trabalho.

Há inúmeras disposições legais que vedam a discriminação em nosso ordenamento jurídico, bem como no Direito Internacional (Convenções da Organização Internacional do Trabalho, entre outros) e mesmo nos sistemas jurídicos estrangeiros.

2. LEI FEDERAL 9.029/1995

Especificamente para o caso da discriminação nas relações de trabalho, foi promulgada a Lei Federal 9.029, de 13.04.1995, que proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Referida lei tipifica como crime determinadas condutas discriminatórias e estipula os ônus da prática da discriminação, quer sob o ponto de vista administrativo, quer sob o ponto de vista trabalhista individual.

Na forma do que expõe Márcio Túlio Viana, “a Lei 9.029/95 regulamenta boa parte das regras isonômicas contidas na Constituição. E o que é mais positivo: caminha na mesma direção e não de marcha-a-ré.”¹⁴

Embora a Lei Federal 9.029/1995 traga inovação no que se refere aos direitos individuais, especialmente à garantia à não-discriminação, a lei não contemplou todas as hipóteses de preconceito contra o trabalhador.

A despeito disso, é certo que o empregado goza de total proteção contra a discriminação, ainda que o fundamento desta não esteja previsto expressamente na Lei Federal 9.029/1995.

Além das disposições constitucionais que asseguram a proteção contra a discriminação, todas as suas formas estão, de maneira geral, combatidas pela Lei Federal 9.029/1995.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito de trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

¹⁴ VIANA, Márcio Túlio. *A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios*, p. 355.

Portanto, as sanções para as hipóteses de discriminação previstas na Lei Federal 9.029/1995, do ponto de vista trabalhista, devem ser aplicadas, por analogia, a todo e qualquer tipo de ato discriminatório.

Assim, à exceção da tipificação penal, a Lei Federal 9.029/1995 pode e deve ser aplicada a todo tipo de discriminação no trabalho, repise-se, mesmo aqueles que não foram expressamente contemplados pela lei em comento.

A Lei Federal 9.029/1995 “proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”¹⁵

Há que se observar ainda que a Lei Federal 9.029/1995 tratou do momento pré-contratual e do momento de vigência do contrato de emprego, mas silenciou sobre a fase pós-contratual, quando a discriminação também pode ocorrer com frequência.

Ainda que ao empregador seja assegurada a liberdade para decidir quem contratar, sua liberdade não é plena e irrestrita, mas sim relativa, pois “interage com outras liberdades, ou mais propriamente, com as liberdades dos outros.”¹⁶

Há que se notar que o princípio da propriedade privada dá ao empregador a liberdade de escolher entre dois empregados quando da admissão destes, mas também o fim social da lei (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) deve ser observado.¹⁷

A discriminação injustificada pelo empregador configura ato ilícito e, como tal, gera, além das sanções trabalhistas impostas pela Lei Federal 9.029/1995, também indenização por danos morais.

3. ALCANCE DA PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO

A matéria tem sido razoavelmente comum na Justiça do Trabalho, eis que, sob a alegação de assunção de risco da atividade empresarial, e, mais, poder diretivo do

¹⁵ VIANA, Márcio Túlio. *A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios*, p. 355.

¹⁶ *Idem*, p. 358.

¹⁷ *Idem*, p. 359.

empregador, em algumas oportunidades há clara discriminação ilícita na contratação ou manutenção do contrato de trabalho, mais especialmente, do contrato de emprego.

Há situação muito comum de discriminação na fase pré-contratual que, é certo, configura-se quando o empregado deixa de ser contratado para determinada função por razões que não se relacionam com suas aptidões para o exercício das tarefas a ela inerentes, mas por questões que não se relacionam com o pacto laboral.

Exemplo do que se afirma é o empregado não ser contratado em razão de, por exemplo, ser homossexual, ou ser gordo, ou ser negro, todas questões que não se relacionam com o contrato de trabalho, e que não interferem, de forma alguma, no resultado de suas atividades.

Trata-se, portanto, de discriminação na fase pré-contratual, que não deixa de ser ilícita, e, por isso, exigir a adoção de medidas combativas.

4. BOA-FÉ OBJETIVA

Com o advento do Código Civil de 2002, houve a *constitucionalização do direito civil*, e, por evidente, todos os outros ramos do direito, inclusive e especialmente o direito do trabalho, também devem ser analisados sob essa ótica.

A “noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar)”.¹⁸

A boa-fé objetiva, conceito trazido pelo Código Civil de 2002, deve ser a *base* de todo o relacionamento contratual (art. 422, Código Civil), e é a fonte da responsabilidade pré e pós-contratual, inclusive para efeitos de reparação civil.

É que todos os relacionamentos contratuais não vigoram apenas durante a vigência do contrato firmado, mas também *antes* e *após* a vigência do contrato. Trata-se do relacionamento contratual, que pode ser analisado antes, durante, e após o contrato.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*, p. 51.

O dever de boa-fé objetiva abarca outros direitos, chamados de *direitos reflexos* ou *deveres anexos à boa-fé*, que irradiam da boa-fé objetiva, e devem estar presentes no contrato, em sua fase anterior (pré) e posterior (pós).

São exemplos dos *deveres anexos à boa-fé* o dever de proteção, lealdade, confiança, equidade, razoabilidade, colaboração e transparência.

O dever de proteção implica concluir que após extinto o vínculo de emprego, as partes continuam vinculadas a fim de não proporcionarem danos mútuos nas pessoas, e em seus patrimônios.

O dever de lealdade consiste em não adotar atitudes que possam implicar a diminuição de vantagens, ou infligir danos (dever de não-concorrência e dever de sigilo).

Sobre o tema da boa-fé objetiva, as lições de Miguel Reale:¹⁹

“Andou bem o legislador ao se referir à boa-fé que é o cerne ou a matriz da eticidade, a qual não existe sem o intentio, sem o elemento psicológico da intencionalidade ou de propósito de guardar fidelidade ou lealdade ao passado. Dessa intencionalidade, no amplo sentido dessa palavra, resulta a boa-fé objetiva, como norma de conduta que deve salvaguardar a veracidade do que foi estipulado. Boa-fé é, assim, uma das características essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado, sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes. Como se vê, a boa-fé é tanto forma de conduta como norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, como exigência e adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destas só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como este se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam. Poder-se-ia concluir afirmando que a boa-fé representa o superamento normativo, e como tal imperativo, daquilo que no plano psicológico se põe com intentio leal e sincera, essencial à juridicidade do pactuado.”

¹⁹ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*, p. 77.

É importante ressaltar que para se avaliar a boa-fé objetiva nos contratos deve ser sempre sopesada a necessidade social da realização do contrato, e, especialmente, o elemento que substitui o ato volitivo na vinculação do contrato.

É verdade que o *pacta sunt servanda* continua vigorando no direito das obrigações, mas não se baseia mais na vinculatividade da vontade individual instrumentalizada em contrato, nem na necessidade da preservação de segurança jurídica como segurança do cumprimento dos interesses jurídicos individuais.

A segurança jurídica ambicionada é aquela que se relaciona com a certeza de que as partes poderão cumprir as obrigações assumidas, sem abusos nem excessos.²⁰

“Conclui-se, portanto, pela tríplice função da boa-fé objetiva:²¹

- (1) atuar como cânone hermenêutico e integrativo, propiciando elementos para interpretação do conteúdo dos contratos;
- (2) fonte de deveres jurídicos, notadamente deveres secundários ou anexos;
- (3) limite ao exercício de direitos subjetivos, estabelecendo balizadores ao exercício dos direitos.”

É importante também ressaltar a relevância da boa-fé objetiva na proteção dos direitos fundamentais. É que o contrato firmado em desrespeito aos princípios de valorização social (direitos fundamentais) são caracterizados como desconformes à função social,²² e, nesse sentido, é “função social do contrato o instituto que faz a ponte entre a relação negocial privada com os requisitos de observância aos princípios constitucionais de valorização humana”²³ (exatamente a boa-fé objetiva).

A responsabilidade das partes contratantes deve ser revestida a boa-fé objetiva em todas as fases contratuais, como já visto, por isso, é correto afirmar que antes de o contrato ser firmado, durante a sua vigência, e, também, após sua extinção, há a obrigação de adoção da boa-fé objetiva.

Nesse sentido é o julgado do C. Tribunal Superior do Trabalho:

“A competência da Justiça do Trabalho para dirimir os dissídios motivados por dano moral não se estabelece linearmente, mas em decorrência da

²⁰ SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*, p. 77.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 640-641.

²² GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*, p. 124.

²³ SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Op. cit.*, p. 81.

situação jurídica em que se encontra o trabalhador nos períodos pré-contratual, contratual e pós-contratual e do nexo de causa e efeito entre a lesão perpetrada e o vínculo de emprego. Revista conhecida e provida. (TST, RR n. 439272-1998, 4ª T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 6.4.2001, p. 685.)”

5. FASE PRÉ-CONTRATUAL

É correto afirmar que há deveres que nascem antes da relação obrigacional, pois mesmo nessa fase há manifestação de vontade dos contratantes.

É que mesmo antes do contrato, há complexo projeto de elaboração de seus interessados em negociar, destinado à formalização e conclusão do contrato, e, exatamente por isso, há inquestionável incidência de deveres anexos.

É importante ressaltar desde logo que há diferença conceitual entre a proposta e o pré-contrato, não se confundindo, inclusive para efeitos de reparação civil.

A proposta é a *oferta*, e possui previsão própria, especificada nos arts. 427 a 435 do Código Civil.

Já o pré-contrato, objeto de nosso interesse, pode ser considerado como o momento em que as partes efetivamente negociarem a base do contrato, ou se uma das partes prometer algo e não cumprir ou ocultar informações essenciais à correta formação do contrato – projeto de contrato em elaboração – para Orlando Gomes, não é necessário que se trate de uma “proposta contratual perfeita e acabada”, pois “basta que os interessados estejam em entendimentos a respeito do futuro contrato ou que se encontrem *vis a vis* numa posição que induza um deles à convicção de que o outro celebrará o contrato que lhe foi prometido. O importante é que a confiança seja ‘traída’”.

É sabido que qualquer processo de formação passa por longa negociação entre seus representantes, através de mensagens enviadas por *e-mails*, memorandos, fax, telefonemas, reuniões, e demais formas de comunicação convenientes.

Exatamente em razão disso, há responsabilidade pré-contratual se um dos participantes, em motivo justo, interromper ou abandonar de forma arbitrária a “negociação”.

O dever de boa-fé objetiva, estampado no art. 442 do Código Civil, deve ser seguido durante as prévias tratativas, e encarado como verdadeiro “dogma”, guiado pela ética.

Assim, para que exista a obrigação de reparar na fase pré-contratual, basta que a ruptura das negociações preliminares seja injustificada, arbitrária ou culposa. Em juízo, a parte prejudicada fica obrigada a demonstrar apenas a existência da violação.

Durante as tratativas, as partes *devem* planejar, discutir, refletir, exarar as palavras empenhadas com veracidade, lealdade, probidade.

Nesse momento, as partes *não devem* frustrar as expectativas geradas em torno da negociação; há o vínculo do pré-contrato, capaz de produzir efeitos, inclusive o dever de reparação, se for o caso.

A indenização atende ao *interesse negativo*: despesas e prejuízos relativos à frustração do contrato – *o que a parte perdeu ou deixou de ganhar em face da negociação encetada e posteriormente frustrada pela parte adversa* – despesas que sofreu para se credenciar à negociação ou em razão do tempo que gastou (dano emergente), abrangendo também as oportunidades imediatas que deixaram de se concretizar (lucro cessante), em face da frustrada quebra ou vício contratual da parte contrária.

Há, portanto, *tutela da confiança negocial* que propugna pela harmonia do comportamento das partes, e, nesse aspecto, quando da reparação civil, verifica-se a existência de *culpa in contrahendo*.

A expressão *culpa in contrahendo* foi usada pela primeira vez em 1893, por Rudolf Von Ihering, em *De la culpa in contrahendo ou des dommages. Interes dans les conventions nulles ou reste imparfaites*, preocupando-se, num primeiro momento, apenas com os atos que causassem vício ao contrato, mas, aperfeiçoada a teoria para estender a reparação a todos os atos ilícitos que causem dano à parte contrária (inclusive no que se refere à responsabilidade pré-contratual).

O art. 227 do Código Civil português expressamente faz referência à responsabilidade pré contratual:

“Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

A redação do art. 466-B do Código Civil, trazida pela Lei Federal 11.232/2005 em nosso ordenamento, também faz referência à responsabilidade pré-contratual:

“Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”

A jurisprudência também confirma a responsabilidade civil pré-contratual:

“Caracterizada a promessa de contratação e efetivada a retenção dos documentos dos reclamantes, impossibilitando eventual contratação por outra empresa, correta a condenação ao pagamento de indenização correspondente a um dia de salário da função pleiteada por dia de retenção dos documentos.” (TRT 9ª Região, RO 9399-96, Ac. 2ª Turma, n. 21.432-97, Rel. Des. Ricardo Sampaio, DJPR 15.8.1997.)”

“Promessa de emprego descumprida. Dano pré-contratual. Indenização devida. As tratativas negociais preliminares aptas a convencerem a outra parte, acobertadas pela boa-fé objetiva, dão origem a obrigações pré-contratuais, cuja frustração injustificada gera a responsabilidade pré-contratual. A promessa de emprego é obrigação de resultado, cuja inexecução atrai ao proponente (empregador) o ônus de provar os motivos que a frustraram. Nesse sentido os ensinamentos de José Affonso Dallegrave Neto, no livro Responsabilidade civil em direito do trabalho, 2ª. ed., São Paulo: LTr: ‘Tanto o dano pré quanto pós-contratual não decorrem da violação de obrigação principal do contrato, mas da ofensa a um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02)’. O fundamento para a responsabilidade civil pré-contratual é a tutela da confiança comercial que propugna pela harmonia do comportamento das partes, solucionando eventual conflito entre a vontade e a declaração manifestada. No campo contratual há um dever determinado e aceito pelas partes e a quebra do contrato implica, por si só, na culpa presumida em virtude do inadimplemento (culpa in contrahendo), máxime quando uma delas procede de forma a convencer a outra da seriedade das tratativas. Nesse caso, a parte leva o ex-adverso a adotar medidas tendentes à contratação, efetuando despesas, assumindo compromissos com terceiros, agindo no

propósito aparente que vai ser firmado com o contrato, e, não obstante tudo isto retira-se injustificadamente das negociações, causando um dano à outra parte. O agente deve responder por perdas e danos de seu proceder culposo.” (TRT 17ª Região, RO 00450.2007.009.17.00.1, Ac. 3099/2009, Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes, DOES 18.3.2009.)

“Dano moral. Ato discriminatório. Responsabilidade pré-contratual. A empresa que colhe de candidata a emprego oferecido por ela informações acerca de sua saúde física e mental não pratica ato discriminatório na fase jurídica da pré-contratação se demonstra que a declaração não era exigida como requisito para admissão, mas sim para efeito de adesão a plano de saúde oferecido como benesse no contrato de trabalho dos seus empregados. Do mesmo modo, não há como imputar à mesma empresa a prática de abuso da liberdade de não contratar em razão de não se consumir a admissão de candidata que se declara portadora de diabetes, se a empresa prova que admitiu em seu quadro funcional empregados já portadores de doenças físicas, que se submetem a tratamento permanente, desincumbindo-se do encargo processual que lhe é atribuído.” (TRT 3ª Região, RO 0258-2005-107-03-00-5, 5ª Turma, Rel. Des. José Roberto Freire Pimenta, DJMG 25.6.2005.)

Não é demais ressaltar que a Constituição Federal colocou o trabalho como valor (art. 1º, IV), fixou o trabalho como direito social (art. 6º), protegeu a relação de emprego contra a despedida arbitrária (art. 7º, I), fundamentou a ordem econômica na valorização do trabalho (art. 170) e tornou a busca do pleno emprego princípio de tal ordem (art. 170, VII).

Assim, é perfeitamente compreensível que o trabalho, e, especialmente, o direito ao trabalho, goze de posição privilegiadíssima em nosso ordenamento, tanto assim que assegurada pelo texto constitucional.

É exatamente sob tal aspecto, inclusive considerando a absoluta indisponibilidade de alguns direitos, especialmente os de cunho social, que deve ser verificada a responsabilidade pré-contratual no direito do trabalho.

A fase pré-contratual (distinta do contrato preliminar, como visto) exige a adoção da boa-fé objetiva, e, em sua ausência ou descumprimento dos deveres anexos, irradiados pela mesma, é de rigor a reparação.

Exemplo típico de tal situação, de afronta aos direitos essenciais do trabalho, como visto, é a existência de “listas negras”, que consignam os trabalhadores que já se socorreram do Judiciário trabalhista, a fim de evitar a contratação de tais pessoas por futuros empregadores. Trata-se, evidentemente, de clara situação de *discriminação ilícita*, que não pode subsistir, tampouco encontra justificativa legal ou fática.

A situação já foi até mesmo objeto de ação civil pública, ajuizada no Paraná, processo 09/2004, em face de empresa de telecomunicações que se valia de uma empresa de investigação, a fim de obter informações sobre existência de ações na Justiça do Trabalho e também registros criminais de possíveis candidatos a emprego.²⁴

Em primeiro grau, a sentença julgou procedente o pedido, e condenou a empresa a abster-se da utilização de banco de dados ou de se utilizar de informações trabalhistas, criminais ou creditícias de candidatos a emprego, além de abster-se de adotar qualquer critério de seleção de pessoal fundado em sexo, idade, cor ou estado civil.

Apreciando o recurso ordinário interposto, o Tribunal Regional do Trabalho reformou parcialmente a sentença, excluindo a determinação de a ré se abster de exigir de empregados e candidatos a emprego certidões ou atestados de antecedentes criminais, e excluir da condenação a determinação para pagamento de indenização por danos morais coletivos.

Não há dúvidas, portanto, a respeito da existência da responsabilidade pré-contratual, que obsta, especialmente para o presente estudo, a discriminação mesmo antes da admissão do pretense empregado.

A fase pré-contratual é fase em que os direitos fundamentais do trabalho são habitualmente desrespeitados, apesar da escassez de ações no Poder Judiciário com tal objeto.

Importante, no aspecto, trazer as lições de Gabriela Neves Delgado:

“Se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno. Primeiro, devido

²⁴ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*, p. 48.

ao nexó lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é que é o instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador. Ao se reconhecer o trabalho digno como valor e direito fundamental é necessário também torná-lo viável. Conforme já explicitado, e apesar de seguir na contramão da proposta mais comum de exaltação da autonomia privada nas relações de trabalho para se atender às exigências do capital, considera-se que é função estatal proteger e preservar o valor do trabalho digno por meio da regulamentação jurídica. Mas a regulamentação jurídica proposta deve ser objetiva e direta, visando ao aperfeiçoamento do Direito do Trabalho. Isso significa que pelo menos os direitos de indisponibilidade absoluta devem ser assegurados a todo e qualquer trabalhador. Nesse sentido é que se defende o papel do Direito em reconhecer toda e qualquer manifestação do valor trabalho digno, ou seja, o Direito do Trabalho deve considerar todas as formas de inserção do homem em sociedade, que se façam pelo trabalho e que possam dignificá-lo. Portanto, os direitos de indisponibilidade absoluta devem ser considerados patamar mínimo para a preservação da dignidade do trabalhador. É essa a diretriz fundamental para a legitimação da universalidade do Direito do Trabalho perseguida na presente obra.”²⁵

Nesse sentido, não há como se negar a obrigação relacionada aos direitos do trabalhador, inclusive na fase anterior ao contrato, ou seja, na fase pré-contratual.

A fase pré-contratual e todas as obrigações a ela inerentes, inclusive o dever de boa-fé objetiva, é reconhecida pela doutrina clássica, citando-se, como exemplo, Manuel Alonso Olea, que faz as seguintes divisões relativas à tal fase:

“- La primera estaría formada por los actos, relaciones e instituciones que preceden inmediata o próximamente a la celebración del contrato de trabajo, englobados bajo el término colocación, em relación com la cual pueden ser estudiadas las migraciones interiores y exteriores del carácter laboral.

²⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*, pp. 69-72.

- La segunda la formarían los actos, relaciones e instituciones em conexión precedente mediata con el próprio contrato de trabajo, fundamentalmente la formacion profissionnal, unaz modalidad de la cual es la que se adquiere a través del contrato de aprendizaje.”²⁶

É recorrente, na fase pré-contratual, situações de discriminação do candidato ao emprego, que ensejam a reparação civil.

Sandra Lia Simon fala que a situação do candidato a emprego é muito delicada, e que o princípio da igualdade deverá nortear o processo, proibindo-se exames que visem a “desvendar” aspectos da personalidade que não atinentes ao campo profissional, lembrando ainda que exames de gravidez, HIV, a violação à intimidade genética, são terminantemente proibidos pelo sistema jurídico, com base nos princípios da dignidade humana e não-discriminação.²⁷

Além da situação de discriminação do candidato ao emprego, outra situação recorrente em que se verifica a responsabilidade pré-contratual é o momento das negociações preliminares, especialmente nas entrevistas para o emprego, impondo-se que em tais ocasiões as perguntas devem guardar relação com o emprego ou função.

Há que se considerar que “os limites entre o recrutamento racional e a invasão de privacidade são bem tênues e que, algumas vezes, ocorrem entrevistas estressantes, que ultrapassam os limites do razoável, bem como submissão do candidato a baterias de testes sem que ao final seja aprovado”.²⁸

Por certo que tratamento vexatório e a criação de falsas expectativas no candidato a emprego podem causar dano patrimonial e dor moral, especialmente porque o candidato é premido pela necessidade do emprego de tal maneira que abdica de direitos da personalidade.

Ora, se até os empregados abdicam, em diversas oportunidades, da defesa dos direitos da personalidade, imagine-se aqueles que buscam a colocação no mercado de trabalho.

Exemplo do que se alega é tratado por Luciano Augusto de Toledo Coelho:²⁹

²⁶ OLEA, Manuel Alonso. *Derecho del trabajo*, p. 387.

²⁷ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*, pp. 129-144.

²⁸ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*, p. 41.

²⁹ *Idem*, p. 43.

“Recente notícia no Jornal Folha de São Paulo (18 de junho de 2006) menciona que um delegado foi considerado inapto em um teste psicotécnico por “não atingir um determinado grau de heterossexualidade”. O exame aplicado, chamado de escala de EPPS (Escala de preferência pessoal de Edwards), foi considerado pelo Conselho Regional de Psicologia como sem condições para avaliação, e se baseia em frases, às quais o candidato diz se concorda. Ora, a fragilidade desse tipo de testagem é evidente, depois, meras perguntas e respostas são extremamente relativas para se avaliar um candidato a emprego, eis que dependem muito do momento e da opção que pode ser, inclusive, “chutada” ante a necessidade de terminar a prova. Testes psicológicos, por si só, nada provam, e não podem ser utilizados de forma exclusiva para avaliações, máxime se reprovados pelo conselho profissional dos psicólogos.”

Não resta dúvida, portanto, da responsabilidade do “possível” empregador mesmo no momento “anterior” à efetivação do contrato.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“Concurso público – Exame psicotécnico. Não se nega que os exames psicotécnicos possam detectar desequilíbrio psicológico sério patológico e exacerbado. Por tais motivos é que o psicotécnico deve ser aplicado por vários psicólogos e não por um único psicólogo, como no caso dos autos, pois pode haver grave erro no resultado, com prejuízo irreparável ao candidato bem classificado nas provas anteriores. Ademais, o resultado obtido num exame ou num teste psicológico, por sua vez, nem sempre reflete a aptidão ou não do indivíduo para o cargo a ser ocupado ou a atividade a ser desempenhada.” (TST, decisão 17.12.93, proc. ROMS 61911/1992, DJU 15.4.94, Rel. José Calixto Ramos)

“Embratel. Assédio moral. Dinâmica grupal. Desvirtuamento. Violação ao patrimônio moral do empregado. Indenização. A dinâmica grupal na área de Recursos Humanos objetiva testar a capacidade do indivíduo, compreensão das normas do empregador e gerar a sua socialização. Entretanto, sua aplicação inconsequente produz efeitos danosos ao equilíbrio emocional do empregado. Ao manipular tanto a emoção, como o íntimo do indivíduo, a dinâmica pode levá-lo a se sentir humilhado e menos capaz que os demais. Impor “pagamentos” de “prendas”

publicamente, tais como dançar a dança da “boquinha da garrafa”, àquele que não cumpre sua tarefa a tempo, configura assédio moral, pois, o objetivo passa a ser o de inferiorizá-lo e torná-lo “diferente” do grupo. Por isso, golpeia a sua auto-estima e fere o seu decoro e prestígio profissional. A relação de emprego cuja matriz filosófica está assentada no respeito e confiança mútua das partes contratantes, impõe ao empregador o dever de zelar pela dignidade do trabalhador. A CLT, maior fontes estatal dos direitos e deveres do empregado e empregador, impõe a obrigação de o empregador abster-se de praticar lesão à honra e boa fama do seu empregado (art. 483). Se o empregador age contrário à norma, deve responder pelo ato antijurídico que praticou, nos termos do art. 5º, X, da CF/88. Recurso provido.” (TRT 17ª Região, RO 01689.2004.008.17.00-0, Ac. 08693/2005, Rel. Juíza Sonia das Dores Dionísio, DJU 18.11.05)

Para Enoque Ribeiro dos Santos,³⁰ a fase pré-contratual é o momento inicial das conversações entre o empregador, ou seus prepostos, e o empregado, de forma que eventuais violações a direitos da personalidade podem ocorrer desde esse momento, com dever de reparação pelo ofensor.

Tal entendimento é perfilhado por Eva Sónia Moreira da Silva, que afirma que a assunção voluntária da entrada em negociações seria a fonte dos deveres pré-contratuais, e que a responsabilidade pré-contratual ocorre tanto no caso de interrupção das negociações, como no caso de o contrato vir a celebrar-se com vícios ou invalidade, pelo fato de a celebração provocar danos a uma das partes.³¹

Conclui-se facilmente que embora as partes não estejam obrigadas a celebrar um contrato, devem manter conduta correta no desenvolvimento das negociações, e em todas as suas tratativas.

Verificada situação de discriminação ilícita, ainda que na fase pré-contratual, não resta dúvida que a reparação é devida, sem prejuízo de, por exemplo, ser exigida obrigação de fazer do empregado para que seja admitido caso a recusa seja fundamentada em discriminação ilícita.

³⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*, pp. 125-127.

³¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 75.

6. DISCRIMINAÇÃO DURANTE A RELAÇÃO DE EMPREGO

A situação mais comum em que se nota a discriminação dos trabalhadores é durante o contrato de trabalho.

São bastante comuns na jurisprudência situações em que se nota a discriminação dos trabalhadores por razões de natureza estritamente íntima, que não podem ser admitidas, já que não guardam qualquer relação com o regular desenvolvimento do contrato de trabalho.

Exemplos corriqueiros são a dispensa de empregados porque são homossexuais, porque são soropositivos, porque são negros, porque são mulheres, porque se tornaram *velhos* para o mercado de trabalho, entre outras motivações totalmente desprendidas do contrato de trabalho.

Na hipótese de a razão da discriminação não se coadunar com o contrato de trabalho e as exigências para seu desenvolvimento, considera-se que se está diante de discriminação ilícita, e, como tal, há que se impor também a reparação.

Inicialmente, note-se que a Lei Federal 9.029/1995 impõe sanções penais e trabalhistas, mas há também sanções civis e administrativas quando se verifica discriminação no trabalho.

O art. 3º da Lei Federal 9.029/1995 impõe àquele que contrariar os termos da lei: “I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência; II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais”.

Em relação às sanções de natureza trabalhista, a Lei Federal 9.029/1995 determina que ao empregado caberá a opção 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; ou, II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.

Exatamente pela natureza do ato discriminatório, é certo que em algumas oportunidades a reintegração não é medida adequada, pois o trabalhador discriminado poderá ficar ainda mais exposto a chacotas e ofensas extrapatrimoniais, não se

solucionando o conflito, ao contrário, deixando o trabalhador à mercê de ainda mais discriminação (a discriminação contra o reintegrado).

Recomenda-se, portanto, que em algumas oportunidades a indenização seja o remédio a ser deferido, sem que se faculte ao empregado a opção do art. 4º da Lei Federal 9.029/1995.

Às formas de discriminação que não foram expressamente previstas pela Lei Federal 9.029/1995, são igualmente aplicáveis as sanções previstas em referida lei, como já tratado.

As indenizações previstas na Lei Federal 9.029/1995 são cumuláveis com a indenização por dano moral a que o empregador seja eventualmente condenado pelo mesmo ato discriminatório.

Assim, verificada a prática discriminatória, além das indenizações previstas na Lei Federal 9.029/1995, é de rigor a condenação à indenização por danos morais.

Em síntese, a edição da Lei Federal 9.029/1995 foi passo de importância imensurável ao tratar-se das medidas de combate à discriminação.

Isoladamente, a Lei Federal 9.029/1995 não prevê todas as hipóteses de discriminação, mas conjugada com os outros preceitos legais que tratam da matéria, já mencionados, conclui-se que a proteção contra a discriminação está suficientemente positivada.

7. CONCLUSÃO

Feitas algumas considerações a respeito da discriminação nas relações de trabalho, é de se elogiar a doutrina e jurisprudência trabalhista, que, mesmo em momento de tamanha fragilidade de tal segmento, especialmente após a edição da Lei Federal 13.467/2017, têm demonstrado inquestionável sensibilidade a respeito da matéria.

Trata-se, indiscutivelmente, de ascensão da proteção aos direitos da personalidade, que, como tal, contam com proteção constitucional, e também de ordem internacional.

O Tribunal Superior do Trabalho tem se manifestado a respeito da matéria, como se infere de recente julgado:

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. SELEÇÃO DE EMPREGADOS. PERQUIRIÇÃO SOBRE A SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE CANDIDATO A EMPREGO. DISCRIMINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. É certo que nos termos do art. 1º da Lei nº 9.029/95 são vedadas práticas discriminatórias nas relações de trabalho. Efetivamente, não é legítima a exigência de informações acerca da situação econômico-financeira de candidato a vaga de emprego. Tal prática empresarial se reveste de nítido caráter discriminatório, vedado pelo ordenamento jurídico por ofensa à dignidade da pessoa humana, violação da intimidade, vida privada e honra do empregado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERQUIRIÇÃO SOBRE A SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE CANDIDATO A EMPREGO. REQUISITO PARA CONTRATAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO. FIXAÇÃO DE MULTA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VALOR ARBITRADO. A revisão do montante fixado nas instâncias ordinárias somente é realizada nesta extraordinária nos casos de excessiva desproporção entre o dano e a gravidade da culpa, em que o montante fixado for considerado excessivo ou irrisório, não atendendo à finalidade reparatória. Pois bem, no caso em apreço, o e. Tribunal Regional , ao fixar multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por empregado atingido, o fez em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade suficiente para reprimir a conduta ilícita da empresa, bem como a gravidade da lesão consistente na imposição de informações acerca da situação financeira na contratação de empregados, e o caráter pedagógico, o que inviabiliza a pretensão, na medida em que não violados os dispositivos invocados. Por divergência jurisprudencial tampouco merece processamento a revista. Com efeito, nenhum aresto transcrito parte das premissas acima delineadas, sendo inespecíficos, portanto, na forma da Súmula nº 296, I, desta Corte. Agravo

de instrumento desprovido.” (TST - ARR: 8268520135040017, Rel. Des. Breno Medeiros, Data de Julgamento: 14.3.2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.3.2018)

Infere-se da decisão a clara intenção de se proteger princípios fundamentais da Constituição Federal, a exemplo da *dignidade da pessoa humana*, buscando-se, com isso, alcançar patamar de excelência no que se refere à proteção dos direitos da personalidade.

Em síntese, o sistema legislativo evoluiu bastante no que se refere à proteção da discriminação na relação de trabalho, admitindo-se a proteção inclusive nas fases pré e pós-contratual (além, evidentemente, da fase contratual), sendo certo que o órgão jurisdicional máximo da Justiça do Trabalho reiteradamente tem se pronunciado no sentido de combater a ofensa a discriminação.

Trata-se, é certo, de verdadeira evolução social, digna de respeito à Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BELTRAN, Ari Possidônio. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERNARDES, Hugo Gueiros. Limites do poder disciplinar do empresário. *Revista LTr*, nº 06, vol. 46, São Paulo: 1982.

BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro mundo possível, vol. II: convivência, respeito, tolerância*. Petrópolis: Vozes, 2006.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

CARLOS, Vera Lúcia Carlos. *Discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Método, 2004.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo Coelho. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho: dano moral e material, acidente e doença do trabalho, dano pré e pós-contratual, responsabilidade subjetiva e objetiva, dano causado pelo empregado, assédio moral e sexual*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GITELMAN, Suely Ester. *O assédio moral como causa de rescisão do contrato de trabalho*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da PUC – SP, 2005.

JAKUTIS, Paulo. *Manual do estudo da discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA FILHO, Francisco das. A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade. *Revista LTr*, nº 10, vol. 65, São Paulo: 2001.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira e ROMAR, Carla Teresa Martins. *Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. AIDS no local de trabalho: um enfoque internacional e comparado. *Revista LTr*, nº 03, vol. 65, São Paulo: 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2000.

OLEA, Manuel Alonso. *Derecho del trabajo*. 27. ed. Madri: S.L.Civitas Ediciones, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. por Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. *Os direitos de personalidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

VIANA, Márcio Túlio. *Discriminação*. Luiz Otávio Linhares Renault (coord.).
São Paulo: LTr, 2000.