

# A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO MEIO EFICAZ DE ATINGIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Elaine Machado Vasconcelos\*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A discriminação. Uma visão histórica e principiológica; 2 A discriminação e os princípios constitucionais relevantes; 3 A discriminação nas relações de trabalho; 4 O tratamento da distribuição do ônus probatório no processo do trabalho; 5 A inversão do ônus probatório no processo do trabalho; 6 Dimensão da abordagem judicial; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

**A**s várias acepções das questões discriminatórias constituem assunto incluso na pauta do dia. Observa-se no cenário nacional uma grande movimentação em torno do tema, não só nas academias como também nos palcos do Legislativo e do Judiciário. A mídia, entendida por muitos como quarto poder da República, tem o cuidado de propagar a discussão da sociedade em torno da problemática, trazendo a lume procedimentos e práticas reveladoras de uma nação que sofre com a discriminação e clama por posturas endereçadas ao afastamento deste mal, que nasceu com a história do povo brasileiro, sem grandes progressos no atual patamar temporal.

A par disso, encontramos a definição de discriminação, valendo registrar a precisa lição de Souza Cruz:

“... entendemos a discriminação como toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como a raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.”<sup>1</sup>

---

\* Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

1 Souza Cruz, 2003, p. 21.

A discriminação não escolhe lugar ou hora; está presente nas ruas, nas relações sociais, familiares, conjugais. A mulher, o menor, o negro, o asiático, o homossexual, o feio, o bonito, o alto, o baixo, o gordo, o magro, o operário, o patrão: todos discriminamos e somos discriminados. Inclusive o juiz é agente passivo e ativo desse processo; mesmo quando tenta desvincular-se de todas modalidades de preconceito e assumir a ideal postura da equidistância, ainda assim está comprometido com o seu inconsciente, ao qual muito raramente tem acesso. Como bem salientado por um atento membro do ministério Público do Trabalho, que se dedica ao estudo do tema: “A discriminação é a materialização do preconceito, um sentimento irracional e ilógico, que costuma estar tão arraigado em nossos próprios valores culturais que não temos sequer consciência dele”.<sup>2</sup>

Durante os últimos dois anos, esta magistrada tem-se dedicado ao estudo do tema *discriminação*, com reflexões supedaneadas na multidisciplinaridade que o envolve, mais retidamente sob o questionamento jurídico-constitucional. Para tanto, imperioso o trabalho de pesquisa acerca da jurisprudência trabalhista brasileira (sentenças, acórdãos regionais e do Tribunal Superior do Trabalho), defluentes de questionamentos de práticas discriminatórias nas relações laborais.<sup>3</sup> O interesse pela temática ensejou a elaboração da monografia final no Curso de Especialização em Direito Constitucional – convênio TR-10<sup>a</sup> Região e Universidade de Brasília (UnB), sob o título: *A Discriminação nas Relações de Trabalho – Uma Leitura da Jurisprudência Trabalhista Brasileira à luz do Liberalismo de Ronald Dworkin e do Comunitarismo de Charles Taylor*.

No transcurso da análise dessa jurisprudência, restou observada questão de relevância de natureza processual, com desdobramentos constitucionais. Trata-se da adstrição dos julgadores ao exame e valoração da prova, frequentemente sob a influência de regras do processo civil, como forma última de buscar soluções e respostas para a entrega da prestação jurisdicional, nas hipóteses em que é discutida a discriminação nas relações de emprego (e trabalho, segundo a competência estabelecida no art. 114 da Constituição Federal).

Explicando melhor, a pesquisa constatou na jurisprudência a busca da solução das lides de uma forma arraigada ao princípio da distribuição da prova, conforme delineado no Código de Processo Civil, fonte subsidiária do Processo do Trabalho, porém sem maiores preocupações acerca da relevância do tema sob o prisma filosófico, social e jurídico-principiológico. Os juízes trabalhistas, de uma forma geral, tratam o tema como muitos outros que se tornaram domésticos na labuta

---

2 Mello, 2000, p. 62.

3 Foram pesquisados dentre outros os seguintes processos: Proc. TRT10, RO 0684/2002, Ac. 1<sup>a</sup> T., 01166.2001.001.10.00.4, DJU 06.12.2002; Proc. TST-RR 381531/97, Ac. 1<sup>a</sup> T., DJU 15.02.2002; Proc. TST ROMS 110056/94, Ac. SDI, DJU 31.03.1995; Proc. TRT12, RO-V 10186/2000, Ac. 1<sup>a</sup> T., n. 04475, DJU 10.05.2001; Proc. TRT3, RO 5207/99, Ac. 1<sup>a</sup> T., DJU 19.05.2000; Proc. TRT3, RO-9371; Proc. TST-RR 48478/92, Ac. 5<sup>a</sup> T., DJU 19.08.1994; Proc. TRT3, RO 3790, Ac. 3<sup>a</sup> T., DJMG 20.07.1999; Proc. TRT12, RO 10186/2000, Ac. 1<sup>a</sup> T., n. 4475, DJ 10.05.2001.

forense – a exemplo do labor extraordinário –, equalizando questões de relevante indagação sob o enfoque simplório da efetivação da prova.<sup>4</sup> E mais: muitas vezes as provas (especialmente depoimentos) colhidas poderiam perfeitamente levar a conclusão diversa daquela alcançada pelos tribunais, caso houvesse uma visão menos atrelada aos rigores do processo civil, focalizando o indício de prova, conjugado com as peculiaridades do caso, a satisfazer a caracterização da discriminação, como sói acontecer nas diversas situações de fraude, porque esta e aquela são normalmente perpetradas com indícios de burla de difícil detecção.

## 1 A DISCRIMINAÇÃO. UMA VISÃO HISTÓRICA E PRINCIPIOLÓGICA

Sempre que nos referimos ao tema discriminação, vem a lume o ideário igualitarista advindo da Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU – 1948: a) Princípio da Igualdade – “Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”; b) Princípio da Não-Discriminação – “Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou qualquer outra situação (...)”. “Art. 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Impende mencionar também a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho de maior relevância – 1998: a) a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; d) *a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*. (grifo nosso).

Por outro lado, a Constituição brasileira de 1988 estabelece, em seu art. 5º, *caput*, 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Além disso, nos 77 incisos do mesmo artigo, a Carta elenca os direitos individuais e coletivos a serem preservados sob tal temática.

O legislador constituinte, em outros dispositivos,<sup>5</sup> cuidou também do conceito de diversidade, quando enfatiza que, dentro do referencial de igualdade, homem e mulher são diferentes; os afro-descendentes, sob o enfoque da descendência e tradição, diferem das raças européia, asiática e indígena; a orientação sexual dos homossexuais é diversa dos heterossexuais, mormente do ponto de vista da aceitação

---

4 Para uma discussão geral, ver Mallet, 2000.

5 Por exemplo, art. 215, § 1º; art. 216, § 5º; art. 231; art. 232.

familiar e social; o portador de necessidades especiais difere daquele que desfruta da plenitude de suas capacidades físicas; o pobre é diferente do rico, tendo em vista a questão relativa ao acesso a bens e serviços, merecendo referência a progressividade do imposto de renda; o católico é diferente do evangélico, do budista, do taoísta, do gnóstico ou do ateu. Este conceito de diversidade tornou-se referencial jurídico-normativo como ponto de partida para se viver numa sociedade plural e democrática.

Malgrado o legado universal histórico e teórico, bem como a elevação da igualdade à condição de princípio constitucional pelo povo brasileiro, através de seus representantes que elaboraram a Carta Maior, observamos a presença de atitudes discriminatórias diretas e indiretas na dinâmica de nossa sociedade. A primeira (direta), cada vez menos manifestada, opera-se na adoção de disposições estabelecedoras de distinções fundamentais em critérios proibidos, a exemplo do que aconteceu com o Clube Fluminense no Rio de Janeiro nos idos de 1970, que proibia a presença de sócio de cor negra. A segunda (indireta) relaciona-se com situações, revelações ou práticas aparentemente íntegras, mas que, na realidade, estabelecem a possibilidade de tratamento desigual em relação a pessoas com as mesmas características.<sup>6</sup>

## 2 A DISCRIMINAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

No trato da discriminação, encontramos autores que sustentam suas argumentações basicamente em determinados princípios fundamentais: igualdade, liberdade, dignidade humana e razoabilidade.<sup>7</sup>

O princípio da isonomia encontra-se enunciado desde o axioma aristotélico. Contudo, naquele patamar histórico, a idéia de igualdade limita-se à concepção formal, ou seja, uma vez compreendido “que não seria justo tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia se se tratassem senhores entre si, ou escravos entre si, desigualmente”.<sup>8</sup>

A concepção embrionária do Estado Liberal relativa à isonomia esteve adstrita ao aspecto formal, traduzido na idéia de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, esse enfoque tornou-se insuficiente diante das desigualdades socioeconômicas derivadas do próprio liberalismo.

Repassando o caminho do constitucionalismo no Brasil, observamos que o princípio da igualdade esteve presente desde os primeiros textos – Constituição Imperial de 1824 e Republicana de 1891 – até a Emenda Constitucional de 1969. Contudo, foi a Constituição de 1988 que tratou da igualdade não somente do ponto de vista formal, mas também material, pois enuncia igualdade de tratamento,

---

6 Gugel, 2000, p. 25.

7 Ver, por exemplo: Marques, 2002; Raupp, 2001; Correia de Mello, 2000; Barroso, 2000; e Souza Cruz, 2003.

8 Afonso da Silva, 2002, p. 27.

superando a mera consideração da igualdade de todos perante a lei – concepção formal obtusa.<sup>9</sup>

Neste sentido, José Afonso da Silva acentua: “Nossas Constituições, desde a do Império, inscreveram o princípio da igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação trata a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”.<sup>10</sup>

Já a referida *isonomia material*, observada na ordem constitucional brasileira vigente, não cuida somente da chamada igualdade perante a lei. Para além disso, o art. 5º da Carta de 1988 deve ser congregado com outras normas constitucionais, que trazem em seu bojo o resultado da preocupação do legislador constituinte com as perquirições da justiça social, o que se tornou relevante para a tarefa do intérprete. Assim é que o referido dispositivo, conforme consignado alhures, preceitua que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso, XLI), fulcrando-se em razões impeditivas da concretização do preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). No mesmo sentido, encontramos no art. 7º, incisos XXX e XXXI, concepções pontuais relativas à isonomia material, a saber, vedação à “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” e “qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência”; e, ainda, o inciso XXXIV, do mesmo artigo, trata da “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”.<sup>11</sup>

Desta feita, é certo afirmar a inconstitucionalidade das formas de discriminação não autorizadas pelo texto da Carta Maior, ou seja: são vedadas as práticas de discriminação negativa, sendo entendidas como positivas as discriminações de pessoas, coisas, fatos e situações na medida em que são admitidas as diversidades de traços entre eles. Conforme salienta Gugel, “a correlação lógica entre o *descri-men* e a equiparação pretendida justifica a discriminação positiva em favor das minorias, posto que estão contidas na própria ordem constitucional do Estado brasileiro”.<sup>12</sup>

A doutrina tem atrelado o princípio da igualdade ao *princípio da razoabilidade* (ou *princípio da proporcionalidade*), entendido como um controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Conforme bem preceitua Barroso, ao discorrer sobre o tema, esse princípio oferece um “parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.<sup>13</sup> Contudo, dada a abrangência dessa noção, segundo o mesmo autor, “[é]

---

9 Cf. Lima, 1993, p. 16.

10 Afonso da Silva, 2002, p. 27.

11 Idem, *ibidem*.

12 Gugel, 2000, p. 24.

13 Barroso, 2000, p. 29.

preciso buscar terreno mais sólido e elementos mais objetivos para a caracterização da razoabilidade dos atos do poder público, dando ao tema densidade jurídica, tal que lhe permita ser adequadamente utilizado por juízes e tribunais”.<sup>14</sup> Assim, esclarece que o princípio constitui base para invalidação de atos legislativos e administrativos nas hipóteses (a) de falta de adequação entre os fins colimados e os meios empregados para obtenção de tais fins; (b) houver caminho alternativo, menos gravoso, para obtenção dos fins em questão; ou (c) ausência de razoabilidade em sentido estrito, a saber, as desvantagens decorrentes da medida impugnada sobejam as vantagens por ela visadas.<sup>15</sup>

Falar em discriminação significa dar relevo, também, ao *princípio da dignidade humana*. A realização deste princípio encontra espaço no art. 3º, IV, da Constituição de 1988, o qual tem por finalidade promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Assim, exige-se não só do Estado, como também da sociedade, a proteção de todos os “outros”, diferentes de nós, pelas suas particularidades individuais e coletivas consubstanciadas na origem, sexo, opção sexual, raça, idade, sanidade.<sup>16</sup>

O juslaborista mexicano De La Cueva pontua a elevada importância deste princípio nas relações laborais. Em suas palavras: “... o trabalhador tem o indiscutível direito de ser tratado com a mesma consideração que pretende o empresário para si. Sem dúvida, as duas pessoas têm posições distintas no processo de produção, mas sua natureza como seres humanos é idêntica nos dois e seus atributos são também os mesmos”.<sup>17</sup>

Por derradeiro, impende assinalar, também por sua relevância para o tema da discriminação, o *princípio da liberdade*, consagrado no art. 5º, XV, da Constituição de 1988.

A liberdade da pessoa física, segundo José Afonso da Silva, “consiste na possibilidade jurídica, que se reconhece a todas as pessoas, de atuar segundo tal vontade e de locomover-se desembaraçadamente dentro do território nacional, compreendida a possibilidade de sair e de entrar no território nacional”.<sup>18</sup>

Observamos que o legislador constituinte ocupou-se de assegurar a “liberdade de ação profissional”, quando estabeleceu no art. 5º, XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Desta feita, congregado o princípio enunciado com os demais anteriormente mencionados, toda pessoa é livre para escolher seu trabalho, seu ofício ou profissão, bem como de exercê-lo, sem qualquer interferência, inclusive do poder público, sendo vedada qualquer atitude discriminatória relativa a esta opção.

---

14 Idem.

15 Idem, p. 35.

16 Cf. Souza Cruz, 2003, p. 17.

17 De La Cueva, apud Marques, 2002, p. 142.

18 Silva, 2002, p. 31.

### 3 A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Feitas tais digressões, observa-se que também o Direito do Trabalho tem absorvido a noção do necessário combate à discriminação, considerando-se que a sociedade democrática moderna distingue-se pela preocupação em estabelecer processos de inclusão social.

O trato da discriminação no Direito do Trabalho brasileiro, muito embora venha adquirindo maior espaço para debates e produções – textos, atos, manifestos, legislação, decisões judiciais etc. –, caminhou lentamente até a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

Volto a ressaltar que os textos constitucionais brasileiros, a partir de 1946, consignaram a valorização do trabalho como condição da dignidade humana. Contudo, somente a Carta de 1988, trazendo a lume o tratamento da isonomia na sua acepção *material*, com preocupação em estabelecer a possibilidade de *discriminação positiva* (tratamento desigual para pessoas em situações comparáveis), consolidou a inconstitucionalidade do que passou a poder ser entendido como *discriminação negativa* (a que fere princípios constitucionais atinentes ao tema).<sup>19</sup>

Congruente com a argumentação do constitucionalista retrocitado, Gugel assinala que, referendando o princípio da igualdade inscrito na Carta de 1988, “estão os direitos sociais dos trabalhadores fundados na igualdade de oportunidades: a proibição da diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX)”.<sup>20</sup>

Desta feita, urge a necessária sensibilização de juízes, assessores, advogados, membros do Ministério Público, sindicatos, enfim, agentes importantes na jurisdição trabalhista para o trato da discriminação no contexto das relações laborais.

De efeito, observa-se a elevação do princípio da isonomia à uma concepção mais ampla – material –, não mais limitada à obtusa acepção formal, vigorante nas cartas anteriores à carta de 1988 –, como também a preocupação do novo texto constitucional em proteger e garantir expressamente a igualdade de tratamento e a oportunidade de acesso dos indivíduos aos postos laborais. Contudo, práticas discriminatórias persistem em muitas circunstâncias na vida dos trabalhadores brasileiros. Poder-se-iam enumerar infindáveis condutas discriminatórias na atividade laborativa brasileira, entre as quais, podem-se citar as seguintes situações:

- a) Os negros, homossexuais de portadores do vírus HIV, têm acesso dificultado e muitas vezes negado nas seleções para vagas de determinados empregos;
- b) Os negros, as mulheres e os homossexuais são preteridos nas ascensões funcionais;
- c) As mulheres sofrem assédio sexual como instrumento de pressão no trabalho;

---

19 Cf. Silva, 2002, p. 29.

20 Gugel, 2000, p. 29.

## D O U T R I N A

- d) Sob a alegada “responsabilidade familiar” especial da mulher, esta sofre discriminação no acesso a postos de trabalho;
- e) Mulheres são demitidas ou não admitidas por motivos de gravidez;
- f) O pretexto da “boa aparência” tem permeado a seleção de trabalhadores “bonitos”, para determinados cargos, configurando a discriminação estética no trabalho;
- g) A “boa aparência” também tem servido de pretexto para a exclusão de obesos, pessoas de baixa estatura, pessoas tatuadas, adornadas por *piercing*, pessoas com cicatrizes, quelóides, queimaduras, feridas ou manchas, homens que usam cabelos e barbas longos, caracterizando também casos de discriminação estética;
- h) Os portadores de deficiência física ou mental, ou ainda os portadores de certas doenças (como o diabetes) não têm o tratamento especial que lhes assegure o ingresso no mercado de trabalho;
- i) A utilização do direito de ação por trabalhadores, mediante o ajuizamento de reclamações trabalhistas contra seus ex-empregadores, tem significado óbice à obtenção de novas colocações no mercado laboral;<sup>21</sup>
- j) Os idosos são praticamente excluídos do mercado de trabalho e compelidos, conseqüentemente, a destinarem-se ao mercado informal de trabalho;
- k) Certas enfermidades, mesmo assim consideradas pela medicina, não são aceitas como tais por muitos empregadores, que insistem em classificá-las como “desvio de caráter”, a exemplo do alcoolismo, ensejando a demissão motivada em preterição das recomendações de suspensão do contrato de trabalho para tratamento de saúde do empregado.

Ao lado do elenco das práticas derivadas de discriminação direta por parte de empregadores, é preciso lembrar ainda a discriminação de empregados em relação a colegas, no que se refere a aspectos concernentes à opção sexual, raça, gênero etc., que importam na responsabilização concorrente do empregador. Exsurge nestas hipóteses a discriminação indireta do empregador, quando o seu dever é de zelar para que o ambiente de trabalho seja seguro e disciplinado.

Além disso, imperioso ressaltar neste trabalho a ocorrência de discriminação, também, do Poder Público. Por exemplo, o acesso a determinadas funções públicas administrativamente dificultado a mulheres, negros, homossexuais, como ocorre nas Forças Armadas.<sup>22</sup>

---

21 O Tribunal Superior do Trabalho proibiu a disponibilização de dados via Internet, através da pesquisa pelo nome das partes (principalmente o nome do reclamante), mediante resolução do então presidente dessa Corte, Min. Francisco Fausto, denotando a preocupação com a formação de “listas negras” discriminatórias de candidatos a postos de trabalho.

22 Ver, por exemplo, matéria jornalística intitulada: “MP Vai Investigar Racismo no Exército”, publicada no Jornal do Brasil em 21.03.2002. A matéria destaca: “O Ministério Público Federal no Rio de Janeiro instaurou inquérito para apurar as denúncias de racismo no Exército, mostradas pelo Jornal



Ressalte-se, ainda, que, curiosamente, a própria Constituição de 1988 não conferiu à empregada doméstica os mesmos direitos dos demais trabalhadores brasileiros (ver art. 7º, XXXIV, parágrafo único).

Por derradeiro, cumpre reconhecer a discriminação às vezes promovida pela própria Justiça do Trabalho, não obstante ser ela mesma depositária das esperanças do jurisdicionado na correção da discriminação praticada no seio da sociedade. Neste sentido, com propriedade destaca o sempre mencionado Márcio Túlio Viana: “a Justiça discrimina, do mesmo modo que a lei discrimina, o processo discrimina, o Estado discrimina, a sociedade discrimina”. Prossegue o autor: “O próprio juiz, pessoalmente, discrimina, e o faz quase sempre sem saber, sem sentir e, por isso, sem querer”.<sup>23</sup>

#### 4 O TRATAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

Conforme consignado preambularmente, constatou-se a dificuldade do magistrado trabalhista em lidar satisfatoriamente com a questão da discriminação nas relações laborais, diante de sua adstrição à dogmática ditada pela distribuição do ônus probatório, com esteio nos parâmetros do processo civil.

Acrescento, ainda, a ocorrência de visões distorcidas, acerca da interpretação do art. 818 da CLT, que foi elaborado como tal, justamente para não necessitar da utilização estreita do Código de Processo Civil. Como bem enunciado pelo legislador, o art. 769 da CLT somente autoriza a aplicação subsidiária do CPC nos casos omissos e naquilo em que for compatível com as normas daquele diploma. Ou seja, o dispositivo consolidado estabeleceu uma interpretação muito mais ampla, possibilitando a efetividade da busca de justiça social no Processo do Trabalho, pois este é de cunho essencialmente protetivo. Assim, poderá o julgador distribuir o ônus da prova de acordo com as peculiaridades de cada caso, sem estar jungido aos critérios formais do processo civil, sendo, inclusive, autorizado a perpetrar sua inversão (do ônus da prova).

Importa reconhecer que, no direito, a atividade interpretativa não tem formato estanque, pois vem tratar de uma ciência no qual não existem verdades absolutas.

No constitucionalismo contemporâneo, encontramos espaço para pontuar que a atividade legislativa se ultima com a interpretação, pois esta se traduz em concretização. Assim, ganha significado de justiça o entendimento segundo o qual o conteúdo da norma só é finalizado quando o intérprete lhe atribui o significado no caso concreto.<sup>24</sup>

Com muita propriedade e clareza, Reis de Paula leciona:

---

do Brasil, na última segunda-feira. O capitão Ailton Moraes Barros, que é negro, acusa oficiais da Força de discriminação racial”. Publicado na Internet, disponível em: <http://www.palmares.gov.br/ClippingEletronico/Clipping2002/mar02/120-marco-21-03-02.htm>. Acesso em: 6 out. 2003.

23 Viana, 2000, p. 271.

24 Ver Coelho, p. 158-159.

“A apreciação do art. 818 da CLT nos levou à conclusão que não há um conflito frontal da norma com o disposto no art. 333 do CPC. De outra sorte, o artigo da Consolidação geralmente é interpretado levando-se em conta a normatização do código processual civil. A generalidade do disposto no texto consolidado – prova quem alega – permite que o critério geral de distribuição do ônus da prova – a prova do fato constitutivo incumbe ao autor, ao passo que ao réu cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos – não seja seguido. É o que se denomina inversão do ônus da prova, que no processo trabalhista tem justificativas próprias, além de manifestações peculiares.”<sup>25</sup>

No mesmo diapasão, Viana ressalta: “Um dos particularismos do processo do trabalho é a possibilidade de inverter-se o ônus da prova”. Prossegue o jurista aduzindo que, segundo o princípio traduzido na expressão *in dubio pro misero*, na dúvida, deve-se decidir a favor do empregado. Acrescentando a lição de Trindade, no referente à prova, consigna em seu artigo: “No Direito do Trabalho, a prova falha, insuficiente ou dividida autoriza a aplicação do princípio, visto que inteiramente consentâneo com as bases da lei do trabalho, de caráter tutelar”.

Viana refere-se, ainda, à conclusão do IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho: “O princípio *in dubio pro operatio* incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do julgador não exista uma convicção absoluta derivada da análise das provas produzidas”.

Congruente com o entendimento exposto caminha o magistério de Manoel Antônio Teixeira Filho:

“A grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto se tem empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador – cuja preocupação, aliás, tem unido pensadores de diversos países – consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vêm procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária.”<sup>26</sup>

O tratamento principiológico das questões de direito ínsitas nas condutas discriminatórias abre a possibilidade de superação da postura estrita do positivismo na construção jurisprudencial. O direcionamento do ônus da prova para o acusado da prática de atitude discriminatória se afigura mais assente com o necessário equilíbrio entre o capital e o trabalho e, conseqüentemente, com o princípio da proteção, mormente diante das dificuldades encontradas pelo discriminado em realizar a prova de suas alegações, quando normalmente indisponíveis os meios

---

25 Reis de Paula, 2001, p. 131.

26 Teixeira Filho, 2003, p. 234.

probatórios para tanto. Esta foi a orientação que permeou a possibilidade de inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 6º, inciso VIII).

Vale ressaltar que o referido art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor), com fito na idéia da hipossuficiência e dificuldades de acesso aos meios probatórios, consagrou o princípio da inversão do ônus probatório, o que foi um avanço para o cidadão brasileiro.

Nesta esteira,

“a União Européia firmou acordo entre os Países-membros, aprovando a inversão do ônus da prova na hipótese do assédio sexual. Nessa mesma direção trilhou o legislador francês, na lei que coíbe o assédio moral no trabalho. Admite-se a inversão do ônus da prova, revertendo para o agressor o encargo de provar a inexistência do assédio, na medida em que o autor da ação já tenha apresentado elementos suficientes para permitir a presunção de veracidade dos fatos narrados.”<sup>27</sup>

## 5 A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

Feitas tais considerações, com espeque no direito francês, e a exemplo do que estabelece o art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, sustento a urgente necessidade de se dar uma postura judicante direcionada a uma interpretação criativa do art. 818 da CLT, para fins de tornar recomendável a inversão do ônus da prova, nos casos de práticas discriminatórias por parte do empregador ou seus prepostos, na relação de emprego. Assim, por meio de interpretação judicial, o encargo de provar a inexistência da conduta discriminatória ficaria com os acusados de praticarem a discriminação no âmbito do contrato de trabalho, quando o reclamante (empregado) tiver apresentado elementos de presunção acerca da veracidade dos fatos narrados na petição inicial.

Em outras palavras, concluo por uma proposta de uma postura judicante diferenciada nas hipóteses de alegação de prática discriminatória por parte do empregador (reclamado) ou seus prepostos, no âmbito do contrato de trabalho, em havendo indícios suficientes a autorizar a presunção em favor do empregado (reclamante). Assim, entendo que deverá o juiz aplicar o art. 818 da CLT conjugado com o princípio protetivo, como derivação do princípio constitucional da isonomia. Por conseguinte, determinará o julgador a inversão do *onus probandi*, revertendo ao empregador a obrigação processual de provar a inexistência da conduta discriminatória.

Assinalo a improcedência do contra-argumento à presente proposta, segundo o qual a possibilidade de inversão do ônus probatório nas hipóteses de questionamento de condutas discriminatórias no contrato de trabalho estaria partindo do pressuposto da culpabilidade, e não da inocência, o que feriria princípio basilar do

---

27 Guedes, 2003, p. 112.

direito. Aqui não se está presumindo a efetividade da conduta aleatoriamente; para além disso, propõe-se a atribuição de provar a inexistência do ato discriminatório quando o julgador identificar elementos condutores da presunção daquela prática. Justifico: o empregador e seus representantes podem tomar eficazes providências para coibir a prática discriminatória no âmbito do trabalho, como também de se precaver contra possíveis acusações desfundamentadas, pois é dele o poder diretivo.

## 6 DIMENSÃO DA ABORDAGEM JUDICIAL

Por derradeiro, e de uma forma bem simplória, gostaria de mencionar a expectativa do jurisdicionado que se sente discriminado e busca o “reconhecimento” do desvio de conduta perpetrada pelo empregador ou seus prepostos através de uma ação judicial. É o Judiciário depositário das energias, sonhos de justiça, concreção da restauração de um bem da vida aviltado, ou seja, a ele cumpre colocar os limites sobre as argumentações das partes para o equacionamento das causas.

Urge citar importante lição do Professor Luís R. Cardoso de Oliveira, quando discorre sobre as dimensões temáticas usualmente presentes nas causas judiciais relativas a processos que envolvem discriminação.

Para o eminente acadêmico, são três as dimensões:

“1) a dimensão dos direitos vigentes na sociedade ou comunidade em questão, por meio da qual é feita uma avaliação da correção normativa do comportamento das partes no processo em tela;

2) a dimensão dos interesses, por meio da qual o Judiciário faz uma avaliação dos danos materiais provocados pelo desrespeito a direitos e atribui um valor monetário como indenização à parte prejudicada, ou estabelece uma pena como forma de reparação; e,

3) a dimensão do reconhecimento, por meio da qual os litigantes querem ver seus direitos serem tratados com respeito e consideração, sancionados pelo estado, garantindo, assim, o resgate da integração moral de suas identidades.”<sup>28</sup>

Pontuadas as dimensões observadas pelo pesquisador, tem-se que o processo relacionado com condutas discriminatórias envolve muito mais do que a inserção do tipo no modelo legal e a mensura pecuniária da indenização compatível. Impõe-se uma consideração muito mais ampla e sensível, aliciada a princípios morais, normalmente eleitos na Carta Constitucional.

Constantemente observamos nas decisões judiciais a consideração das duas primeiras dimensões acima abordadas, ao passo que a terceira ou aparece de forma tácita ou é totalmente excluída do processo judicial, o que denota uma ausência de sensibilidade ao ponto de vista das partes. Beviláqua,<sup>29</sup> quando escreve sobre os conflitos

---

28 Cardoso, 2004, p. 127.

29 Beviláqua, 2001, p. 326.

do consumidor, assinala que, em geral, a demanda não está adstrita ao conteúdo econômico pugnado como indenização, pois os atores nestes processos têm necessidade de expressar suas emoções e de obterem um pronunciamento sobre tal aspecto.

Nos processos cuja temática é a discriminação, na visão do pretense agredido, houve uma quebra ou negação da equivalência entre as partes. E, através do processo judicial, busca-se a restauração desse *status*. Em muitos exemplos citados por Beviláqua, o consumidor faz questão de obter do fornecedor um pedido formal de desculpas na fase conciliatória, mesmo após ter sua demanda de reparação material plenamente satisfeita.<sup>30</sup> A importância do reconhecimento ou reparação moral se faz muito mais presente nos processos de conduta discriminatória do empregador ou um de seus prepostos contra o empregado, pois este já se encontra em um estado de subjugação e fragilidade dentro da relação de emprego em um país de distâncias avassaladoras entre o capital e trabalho. Se tal situação é agravada por uma conduta discriminatória, possivelmente se instala um verdadeiro drama psicológico, dependendo da gravidade da situação.

Assim, a preocupação do juiz com os aspectos singulares dos processos com a temática epigrafada, tendo como pano de fundo os princípios norteadores do direito do trabalho, possibilitando a inversão do ônus probatório, quando verificada verossimilhança da acusação, conforme proposto alhures, denota um caminho mais próximo da busca da pacificação social, dando substância e verdadeiro sentido moral à atividade jurisdicional.

Encerro minhas reflexões registrando que o tema da discriminação liga-se umbilicalmente à proteção dos direitos humanos. A falha sistemática em assegurar a sua efetividade contribui para a propagação das condutas desviadas (discriminatórias), aniquiladoras da dignidade humana.

Hannah Arendt tece considerações a este respeito, ao tratar das condições inerentes ao totalitarismo. Referindo-se à existência de campos de concentração, assinala:

“A desvairada fabricação em massa de cadáveres é precedida pela preparação histórica e politicamente inteligível de cadáveres vivos. O incentivo e, o que é mais importante, o silencioso consentimento a tais condições sem precedentes resultam daqueles eventos, que, num período de desintegração política, súbita e desesperadamente, tornaram centenas de milhares de seres humanos apátridas, desterrados, proscritos e indesejados, enquanto o desemprego tornava milhões de outros economicamente *superfluos* e socialmente onerosos. Por sua vez, isso só pode acontecer porque os Direitos do Homem, apenas formulados, mas nunca filosoficamente estabelecidos, apenas proclamados, mas nunca politicamente garantidos, perderam em sua forma tradicional, toda a validade.”<sup>31</sup> (grifo nosso)

---

30 Beviláqua, op. cit., p. 319.

31 Arendt, 2000, p. 498.

## D O U T R I N A

Que a labuta dos tribunais brasileiros, mediante a construção jurisprudencial calcada em princípios, mesmo avançando para além das sustentações teóricas, saiba evitar contribuir para o “silencioso consentimento” no qual, segundo Hannah Arendt, radica o totalitarismo.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDRT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Mácio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (orgs.). *Discriminação*, São Paulo: LTr, 2000.
- BEVILÁQUA, C. *Notas sobre a forma e a razão dos conflitos no mercado de consumo*. Sociedade e Estado, v. XVI, n. 1-2, 2001.
- CARDOSO, Luis Roberto. Honra, dignidade e reciprocidade. MARTINS, P.H.; NUNES, B. F. (orgs). In: *Série Antropológica*, n. 344, UnB, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de especialização em direito constitucional*. Brasília: 2001, mimeo [convênio da Universidade de Brasília com o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região].
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público Federal*, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, n. 19, 2000.
- MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Mácio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (orgs.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000 .
- MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002.
- MELLO. Discriminação, preconceito e consciência. *Revista do Ministério Público Federal*, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, n. 20, 2000.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *O Ministério Público do Trabalho na eliminação da discriminação*. Relatório de Atividades. Brasília: Procuradoria Geral da União, 2001/2002.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- RIOS, Roger Raup. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado – ESMAFE, 2001.
- RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Alexandre Vitorino da et al. *Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático do direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (orgs.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.