

Sentença da Ação Trabalhista nº NNN-NN.2021.5.10.0021

RESUMO DO PROCESSO

Trata-se de Ação Trabalhista ajuizada por YYYYYYYYYY em desfavor de XXXXXXXX. Em sua petição inicial, a parte reclamante sustenta que sua dispensa foi discriminatória e postula a condenação das parcelas descritas na exordial e as benesses da justiça gratuita. Atribui à causa o valor de R\$ 587.107,71. Juntou documentos. Ante o advento da pandemia do novo coronavírus, foi dada vista para juntada de defesa no PJe e para réplica e prazo para as partes se manifestarem sobre interesse em acordo e sobre a necessidade de prova oral e/ou pericial.

A reclamada junta defesa, argui prejudicial de prescrição quinquenal, negou a ocorrência de discriminação, traz

considerações acerca da pretensão deduzida em juízo e pugna pela improcedência do pedido. Colaciona documentação. A parte reclamante junta réplica. Na audiência de instrução, com as partes presentes e não havendo acordo, foi dispensado os depoimentos pessoais. Não foram apresentadas testemunhas. Sem outras provas, a instrução foi encerrada. Razões finais reiterativas e proposta conciliatória final rejeitada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA

A parte reclamada impugnou o valor da causa apontado na petição inicial. Com a

vigência da Lei 13.467/2017, o valor dado à causa, em face da soma dos pleitos líquidos apresentados, serve não apenas para definir o rito processual que tramita a ação trabalhista e para fixar o valor das custas em caso de improcedência do pedido, mas também para a apuração de honorários advocatícios em caso de sucumbência, ainda que parcial, da parte reclamante.

Todavia, assim como a parte reclamante passou a ter o dever de apontar o valor líquido de cada pleito, a parte reclamada, ao impugnar o valor da causa, deve igualmente, em face do princípio da paridade de armas, indicar a importância que entende correta para cada pretensão e, assim, indicar o valor correto da causa, sob pena de rejeição liminar da impugnação genérica. Sendo essa hipótese dos autos, não procede a impugnação. Além disso, ao contrário do alegado pela reclamada, não vislumbro incompatibilidade entre a pretensão deduzida em juízo e os valores indicados nos pleitos apresentados em juízo. **REJEITO** a impugnação do valor da causa.

DIREITO INTERTEMPORAL

Considerando as alterações promovidas na legislação trabalhista pela Lei 13.467/2017, registra-se que sobre os aspectos processuais indicados, será considerada, nesta sentença, a legislação vigente quando da propositura da reclamação trabalhista. No que diz respeito às relações de direito material, vale, o princípio constitucional de vedação à retroatividade das leis, de maneira que a Lei 13.467/2017 não alcança as relações jurídico-trabalhistas já consumadas.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

A parte reclamada invoca a prescrição quinquenal da pretensão. Efetivamente, o contrato de trabalho perdurou por mais de 5 (cinco) anos, contados do ajuizamento da Reclamação Trabalhista, atraindo a incidência da prescrição quinquenal, nos termos dos arts. 11 da CLT e 7º, XXIX, da Constituição Federal e que também alcança o FGTS (Súmulas 216 e 362 do TST). Em face do princípio da actio nata, a prescrição somente começa a

fluir a partir da ciência da lesão (art. 189 do Código Civil). Na seara trabalhista, em regra, o empregado tem ciência da lesão a direitos de trato sucessivo por ocasião do pagamento, quando, nesses casos, é violado o direito. Por isso, a prescrição quinquenal somente atinge as parcelas pecuniárias cuja época própria de pagamento é anterior ao quinquênio do ajuizamento da Reclamação Trabalhista.

JULGO EXTINTO, com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, II, do NCPC, a pretensão relativa aos direitos pecuniários postulados cuja época própria de pagamento seja anteriores a 06/01/2016.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. MULHER. INDENIZAÇÃO

Discute-se nos autos a regularidade da dispensa da reclamante, apontada por ela como discriminatória.

Em sua petição inicial, a reclamante narra que laborou para a reclamada por 21 anos e que jamais teve qualquer penalidade, pois sempre atuou como uma funcionária exemplar. Menciona que no dia 12/01/2019 foi diagnosticada com endometriose profunda com acometimento de vários compartimentos pélvicos, sendo orientada a procurar três médicos especialistas para seu tratamento. Informa que foi submetida à procedimento para retirada de 20cm do intestino em razão de “obstrução intensa” (fls. 6), sendo marcada para o dia 31/05/2019 cirurgia para troca do cateter, no entanto, não foi realizada devido a imprevistos do médico cirurgião responsável. Aponta que a citada cirurgia foi reagendada para 21/06/2019. Alega que os especialistas que a acompanham estão avaliando a necessidade de “retirada de um pedaço do Ureter e da Bexiga” (fls. 6). Enfatiza que sempre marcou seus exames aos finais de semana para não se ausentar das atividades profissionais e que “a reclamada tinha total ciência do quadro de saúde da reclamante” (fls. 6, há grifos no original) e de toda situação referente a seu tratamento médico, inclusive da nova data da sua primeira cirurgia. No entanto, destaca que em 12/06/2019 a empresa comunicou-lhe que não tinha mais interesse em seus serviços.

Em defesa, a reclamada impugna todos os fatos narrados na exordial, confirma as datas de admissão e rescisão, afirma que, em maio de 2019, a reclamante passou a exercer a função de especialista financeira e advoga, em apertada síntese, que a dispensa da autora decorreu da “necessidade de redução de custos operacionais” (fls. 117), em face de “dificuldades do cenário econômico” (fls. 118), tendo havido dispensas de diversos funcionários. Sublinha o correto pagamento das verbas rescisórias devidas, sem ressalva sindical nesse particular. Acrescenta que sempre agiu dentro do bom senso, educação e respeito a todo tipo de diversidades. Refere, ainda, que a empregada encontrava-se apta quando da dispensa, não tendo havido conduta discriminatória em razão do quadro de saúde por ela apresentado. Recorda que exige de todos os empregados o cumprimento do Código de Ética e que disponibiliza canal interno para denúncia junto a ouvidoria. Defende a regularidade da dispensa, invoca o poder diretivo que possui e pugna pela improcedência do pedido.

Por ocasião do início da audiência de instrução processual, este magistrado, ao deparar com a dificuldade de provar a discriminação oculta e, atento aos comandos dos arts. 373 do NCP e 818 da CLT, deu ciência às partes sobre a “possibilidade da inversão do ônus da prova e da aplicação de técnicas diferenciadas de ônus probatório, inclusive a teoria dinâmica do ônus da prova” (fls. 321 do PDF).

1. Desigualdade entre homens e mulheres

A busca pela igualdade entre as pessoas é fruto de um processo histórico de construção dos direitos fundamentais que, ao longo do tempo, encontrou percalços e influxos e que, até hoje, encontra dificuldades para superar barreiras culturais, educacionais e sociais e de tornar-se realidade nas relações interpessoais. O Direito e a Justiça são desafiados, a todo instante, a concretizar a igualdade, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

A luta pela igualdade entre homens e mulheres e do reconhecimento dos direitos

das mulheres tem seu marco histórico na Déclaration des Droits de la femme et de la Citoyenne (Declaração de Direitos das Mulheres e das Cidadãs), escrita por Olympe de Gouge (nome civil: Marie Gouze) em 1791, dois anos após a Declaração de Direito dos Homens e do Cidadão, e que estabelecia que a mulher nasce livre e mantém-se igual ao homem em direito e que defendia que todas as cidadãs e todos os cidadãos, iguais perante a lei, devem ter igual acesso a todos os cargos, em todos os postos e empregos públicos, segundo suas capacidade e seus talentos¹. Por suas idéias, Olympe de Gouge foi morta na guilhotina.

Em um tempo em que a concepção hegemônica era de que a razão era privilégio masculino², o desejo da igualdade entre os sexos inspirou figuras como Nísia Floresta Brasileira Augusta (nome civil: Dionísia Gonçalves Pinto)³, Mary Godwin Wollstonecraft⁴ e, muito tempo antes, François Poulan de La Barre⁵, entre outras valorosas defensoras.

Para Catherine Mackinnon⁶, as desigualdades são oriundas da existência de hierarquias estruturais e não simplesmente do tratamento diferenciado entre pessoas e grupos. Para ela, subjacente às relações interpessoais desiguais, há uma estrutura social hierarquizada que as amolda, bem como ao direito e aos desenhos institucionais⁷.

Nesse sentido, há um sistema, uma estrutura, que mantém as mulheres,

1 MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 60.

2 CAMPOI, Isabela Candeloro. O livro “O Direito das mulheres e a injustiça dos homens” de Nísia Floresta: literatura, mulheres e o Brasil do século XIX. São Paulo, Revista História, v. 30, n. 2, 2011.

3 AUGUSTA, Nísia Floresta Brasileira. **Direito das Mulheres e injustiça dos homens**. São Paulo: Cortez Editores, 1989 (publicação original de 1832).

4 WOLLSTONECRAFT, Mary Godwin. **A Vindication of the rights of woman**. Londres: 1792.

5 LA BARRE, François Poulan de. **De l'égalité des deux sexes**. Paris: 1673.

6 MACKINNON, Catharine A. Substantive equality: a perspective. **Minnesota Law Review**. Minneapolis, v. 96, 2011

7 MACKINNON, Catharine A. **Toward a feminist theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

por diversas formas, em uma relação de subordinação para com os homens e que, para alguns, é denominada de patriarcado⁸. Trata-se de uma assimetria, caracterizada por uma desigualdade funcional e por situações de domínio/subordinação de origem sexual decorrentes de uma desigualdade de poder na tomada de decisões nos diversos âmbitos sociais⁹.

Segundo Lia Vainer Schucman¹⁰:

as relações de gênero funcionam por meio de um sistema de signos e símbolos que representam normas, valores e práticas que transformam as diferenças sexuais de homens e mulheres em desigualdades sociais, sendo estas tomadas de maneira hierárquica valorizando o masculino sobre o feminino.

Exercem importante papel na manutenção dessas assimetrias os estereótipos, generalizações de atributos aplicadas a toda uma categoria ou grupo de pessoas, de modo que representam um olhar generalista sobre papéis, direitos, deveres, tarefas e características que os membros desse grupo devem ter¹¹.

Os chamados estereótipos de
8 DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009.

⁹ PEREIRA, Rosângela Saldanha. Abordagem teórica sobre a questão de gênero e desenvolvimento rural: dos projetos assistenciais ao planejamento de gênero. In: STADUTO, Jefferson Andronio Ramundo; SOUZA, Marcelino de, NASCIMENTO. Carlos Alves do. **Desenvolvimento Rural e Gênero: abordagens analíticas, estratégias e políticas públicas**. Porto Alegre: UFRGS, 2015, p. 21.

¹⁰ SCHUCMAN, Lia Vainer. **Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”**: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. Tese de Doutorado (em Psicologia). São Paulo: USP, 2012, p. 89.

¹¹ SILVA, Adriana Manta; RODRIGUES, Joana Rêgo Silva. A perspectiva de gênero como ferramenta à serviço da efetivação da igualdade no âmbito da atuação jurisdicional: In: LA CRUZ, Maíra Guimarães de; HERMES, Manuela; VALE, Sílvia Teixeira do (Orgs). **Direito antidiscriminatório do trabalho: aspectos materiais e processuais**. Salvador: Escola Judicial/TRT 5ª Região, 2021, p. 121

gênero podem estar relacionados com: i) o sexo, quando centrados nas diferenças biológicas entre os sexos; ii) a sexualidade, compreendendo as formas aceitáveis de sexualidade e as ideias sobre como grupos se comportam sexualmente; iii) os papéis e comportamentos, relativo aos papéis e às expectativas esperadas de cada grupo; ou ser iv) compostos, quando interagem com outras categorizações de outros grupos marginalizados¹², gerando a chamada interseccionalidade (com discriminações de múltiplas origens).

No campo das relações de trabalho, apesar do aumento da participação feminina no mercado de trabalho, pré-concepções estereotipadas de que a mulher é frágil, desregulada emocionalmente e limitada intelectualmente, perpetuam o trabalho feminino em postos periféricos, em funções de menor prestígio social e com baixa remuneração¹³, ou quando conseguem ascender, com remuneração, em média, 20,5% menor do que homens que ocupam a mesma função¹⁴.

Essas distorções têm raízes na divisão sexual do trabalho, que, mesmo neste século XXI, é “um dos principais fatores que dificultam a ascensão das mulheres na carreira e perpetuam a desigualdade salarial”¹⁵. A divisão sexual do trabalho tem dois pilares: a separação, que destina trabalhos distintos a homens e mulheres, e a hierarquização, que dá mais valor ao trabalho do homem em detrimento ao da mulher¹⁶. Para Giulia

¹² COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Gender stereotyping: transnational legal perspectives**. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2010. p. 25.

¹³ SIQUEIRA, Carolina Gandolfo Davanzo J.; FERIATO, Juliana Marteli Fais. A Precarização Do Trabalho Tem Rosto De Mulher. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 15, n. 1, 2021.

¹⁴ G1. **Mulheres ganham em média 20,5% menos que homens no Brasil**. 8 mar. 2022. Disponível: <https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/mulheres-ganham-em-media-205percent-menos-que-homens-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 25 dez. 2022.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: CNJ/Enfam, 2021, p. 103.

¹⁶ CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. **Enigmas de gênero: mulheres e carreira na magistratura federal**. Tese de doutorado (em Direito). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2021, p. 187.

Manera e Ruth Olivier Moreira Manus¹⁷, “a inclusão das mulheres no mercado de trabalho foi feita aos solavancos, inexistindo um real processo de aceitação da pluralidade e de efetivação de políticas de isonomia”.

O ambiente de trabalho é, na verdade, um terreno fértil para discriminações, pois a assimetria inerente à relação empregatícia favorece a prática velada de condutas discriminatórias, o que não exclui a ocorrência deste tipo de conduta também entre colegas no mesmo nível hierárquico.

As práticas discriminatórias quando olhadas pela perspectiva de gênero, somadas a outras interseccionalidades, como orientação sexual, raça e classe social, ganham proporções ainda maiores, especialmente, porque estas trabalhadoras se mantêm na base da pirâmide nas estruturas organizacionais, tornando as discriminações em relação a elas mais propícias e, não raras vezes, naturalizadas¹⁸.

Diversas metáforas são utilizadas pela literatura especializada para descrever algumas práticas discriminatórias à mulher no ambiente de trabalho:¹⁹

• **Teto de vidro:** é a barreira invisível ou oculta que impede a ascensão profissional das mulheres, gerando uma segregação ocupacional;

• **Piso pegajoso:** decorre das dificuldades das mulheres em superar as amarras de precariedade, de baixa remuneração e de pouca mobilidade para poderem ascender profissionalmente, produzindo uma segregação horizontal;

• **Labirinto de cristal:** constituído dos obstáculos e das barreiras presentes no longo e complexo trajeto profissional e que podem levar as mulheres a desaparecerem em muitas

de suas etapas;

• **Fronteiras de cristal:** é o empecilho de ordem geográfica que as mulheres encontram em razão da sua impossibilidade de mudança de domicílio, necessária para ascensão profissional, por optarem pela família em detrimento da carreira;

• **Viés da corda bamba:** é a necessidade de assumir um ponto de equilíbrio entre a masculinidade e a feminilidade, sob pena de, sendo feminina, ser rejeitada por ser “frívola” e, sendo masculina, ser vista como aproveitadora que ninguém quer trabalhar;

Diante da discriminação, incumbe ao Direito resguardar à vida, à integridade física, à saúde e à antidiscriminação, impedindo, combatendo ou erradicando atos, condutas, comportamentos, medidas e normas que causem violência à mulher, produzam diferenciação injustificada, sofrimento psíquico e adoecimento mental. O Direito vem evoluindo e estruturando-se para dar respostas a toda e qualquer forma de discriminação, nas suas diversas formas.

2. Combate à discriminação

A partir dos vários diplomas legais em vigor no país, extrai-se o seguinte conceito de discriminação:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência sob qualquer forma e que tenha o objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública e privada²⁰

A discriminação decorre de “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ele vivenciada”²¹;

20 CHEHAB, Gustavo. A dificuldade probatória de práticas antidiscriminatórias e a ameaça ao efetivo e adequado acesso à Justiça. *Revista Juris poiesis*. Rio de Janeiro, v. 25, n. 37, 2022, p. 114

21 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 767.

17 MANERA, Giulia; MANUS, Ruth Olivier Moreira. Mulheres e trabalho: uma trajetória jurídico-literária da desigualdade formal e representativa. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 24, n. 47, 2021, p. 13

18 BRASIL. CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. op. cit., pp. 107-108.

19 CHAVES, op. cit., pp. 279-309.

é uma violação ao princípio da igualdade (da isonomia), é uma grave violação dos direitos fundamentais que, além de atentar contra a dignidade da pessoa humana e a integridade psicofísica de alguém, ameaça e compromete a própria convivência pacífica e harmônica entre os indivíduos que compõem a rica diversidade cultural, racial, social e econômica de uma comunidade.

Por não ter justificativa razoável, a discriminação é arbitrária e contrária ao Direito, tem muitas causas (étnica ou racial; cor, traços ou marcas da pele; características físicas ou estéticas; idade; sexo; religião; nacionalidade ou naturalidade; enfermidades; condição social ou econômica; grau de instrução, etc) e apresenta-se sob diversas modalidades (condutas comissivas ou omissivas; intencionais e deliberadas ou institucionais; veladas e inconscientes; isoladas ou reiteradas e, até, sistemáticas ou estruturais). Sua origem mais comum é o preconceito (juízo desqualificador sobre alguém em razão de uma característica externa ou identificada de uma pessoa, seguimento ou grupo; uma percepção mental negativa em face de indivíduos ou grupos socialmente inferiorizados ou uma representação social conectadas a tal percepção²²), mas pode advir de assimetrias, de contextos culturais ou de estereótipos de diversas espécies.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Resolução 217/1948 da Assembleia-Geral da ONU e ratificada pelo Brasil, fixou como princípio universal que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei” e que “todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação [...]” (art. 7º). Também no âmbito da ONU foi aprovada, em 2015, a Agenda 2030 que tem como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5:

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas 5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte 5.2 Eliminar todas

22 RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15.

as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos 5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, [...]”²³.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José), adotada pelo Brasil pelo Decreto 678/1992, também assegura a igualdade das pessoas perante a lei e estabelece que todos têm direito, sem discriminação, a igual proteção legal (art. 24).

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pelo Decreto 4.377/2002, considera discriminação contra a mulher:

toda a 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 liberdades fundamentais** nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (art. 1º, grifou-se).

Além dessas normas internacionais, a proibição de qualquer prática discriminatória está presente nos Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre Direitos Cívicos e Políticos (ratificados pelos Decretos 591 e 592/1992, respectivamente), na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto 65.810/1969) e na Convenção 111 da OIT (Decreto 62.150/1968, atualmente abrigada pelo Decreto 10.880/2019).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção

23 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030. Objetivos de desenvolvimento sustentável**: igualdade de gênero. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 26 dez. 2022.

de Belém do Pará)²⁴, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 1.973/1996, entre outras disposições, estabelece:

Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

... omissis ...

Artigo 3. Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 4. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

a) direito a que se respeite sua vida;
b) direitos a que se respeite sua integridade física, mental e moral;

... omissis ...

f) direito a igual proteção perante a lei e da lei;

g) direito a acesso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos;

... omissis ...

Artigo 6. O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

a) o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e

... omissis ...

Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicas ajam em conformidade com essa obrigação; b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

... omissis ...

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso à restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; [...]"

A Constituição Federal de 1988: i) dispõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem, entre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); ii) estabelece como um dos objetivos fundamentais da República do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV); iii) prevê a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput); iv) assegura a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I); v) prevê a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e

24 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Jun. 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); vi) considera crime inafiançável e imprescritível a prática de racismo (art. 5º, XLII); vii) protege o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX); viii) proíbe diferenças salariais, de funções e critérios de admissão, fundada em distinção de pessoas (art. 7º, XXX); ix) repele a discriminação de pessoas com deficiência em relação a salários e acesso ao emprego (art. 7º, XXXI); x) veda distinção entre trabalhos de natureza diversas e de seus profissionais (art. 7º, XXXII).

A legislação ordinária brasileira é rica em leis que asseguram a igualdade e a isonomia e proíbem práticas discriminatórias pelas mais diversas origens, como, p. ex., fundadas em critérios raciais e étnicos (Lei 12.288/2010), por idade avançada (Lei 10.741/2003), por deficiência (Lei 13.146/2015) e no trabalho, especialmente em detrimento da mulher (Lei 9.029/1995).

A igualdade pode ser examinada sob uma perspectiva formal ou substancial²⁵. Pela perspectiva formal (ou meramente procedimental), trabalhada por John Hart Ely²⁶ e que é insuficiente para as distorções do mundo real²⁷, “há uma prática discriminatória deliberada comprovável por hostilidade, por antipatia e por preconceito” e, no plano substancial, não importa a intenção, mas as situações de desigualdades injustificadas e ilícitas decorrente de estigma, de estereótipos ou de desvantagem (ou privação) vivenciadas pela vítima²⁸. A concepção substancial mostra-se mais adequada para propiciar uma igualdade concreta e foi esse o modelo adotado pela Constituição brasileira (arts. 3º,

25 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, pp. 23-26

26 ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge, Massachusetts; London: Harvard University Press, 1980.

27 CRUZ, op. cit., pp. 23-26.

28 CHEHAB, Gustavo. Discriminação oculta e estrutural da mulher mãe e trabalhadora no cumprimento de metas de produtividade e os danos a sua saúde mental. In: ABREU E LIMA, Cristiano Siqueira de; RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral; LOURENÇO FILHO, Ricardo (Orgs). **Direitos fundamentais trabalhistas: análise crítica da teoria da jurisprudência**. Brasília: Venturoli, 2022

5º, I e XLII)²⁹.

A discriminação pode ser: a) direta (ou, no direito norteamericano, disparate treatment), quando é “plenamente verificada a partir da análise do conteúdo do ato discriminatório” e há intenção e consciência sobre a conduta praticada³⁰; b) indireta (institucional, estrutural ou disparate impact), quando existem “realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias”³¹, tais como medidas legislativas, administrativas ou empresarias que acentuam ou mantêm injustiça ou causam resultado (impacto) desfavorável a grupos ou pessoas³²; e c) oculta (ou velada), oriunda do direito francês, em que a prática intencional é disfarçada pelo emprego de instrumentos e meios, aparentemente neutros, mas que escondem a real intenção discriminatória.³³

A discriminação indireta (institucional ou estrutural) tem como elementos: a) a norma (medida, prática ou costume) aparentemente neutra e que produz um impacto (resultado) desproporcional e não desejado, que leva, assim, a uma discriminação; b) a ausência de justificativa objetiva da medida (norma ou prática) que encobre a discriminação; c) a falta de intenção em discriminar, pois, caso presente a intenção, a discriminação será direta.³⁴

Incumbe ao Poder Judiciário conferir plena força normativa à Constituição e aos Tratados internacionais criando “uma jurisprudência igualitária, pautada nos valores democratizantes e igualitários da Carta de 1988 e dos instrumentos internacionais

29 CRUZ, op. cit., pp. 23-26.

30 OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. **Revista Jus Navegandi**. Teresina, a. 11, n. 1176, set. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8950/>. Acesso em: 25 dez. 2022.

31 CRUZ, op. cit., pp. 30-31

32 OLIVEIRA NETO, op. cit.

33 ID., *ibid*.

34 CERDÁN, Pilar Betrián. La discriminación indirecta. In: OLGUÍN, Ana María Ibarra (Org.). **Discriminación: piezas para armar**. México: Suprema Corte de la Nación, 2021, pp. 65-68.

ratificados pelo Brasil³⁵. Em um contexto de discriminação estrutural ou de práticas veladas e ocultas de desigualdades, há requisitos, procedimentos e práticas em matéria probatória que impõem obstáculos e restrições concretas que impedem as mulheres, entre outros grupos, de realizarem seu direito de pleno e substancial acesso à Justiça pela ausência de proteção jurisdicional efetiva³⁶. Tal atuação judicial acarreta uma segunda prática discriminatória, de caráter institucional, e, também, a perpetuação da discriminação, como já reconhecido em condenações internacionais sofridas pelo Brasil.

3. Dificuldade probatória da discriminação

Há muito se discute se a verdade dos fatos pode ser alcançada, ou até, almejada no âmbito do processo judicial³⁷. Para Michele Tarrufo³⁸, há uma impossibilidade absoluta para conhecer a realidade do que quer que seja. Para outros, a prova, em um plano objetivo, é o meio hábil para demonstrar a ocorrência de um fato e, sob uma perspectiva subjetiva, é a certeza, a convicção, formada em torno de um fato³⁹.

De qualquer sorte, a prova é útil para, de certo modo, revelar uma certeza de um fato (ou, pelo menos, uma convicção) ou a verdade (o que se acredita ser verdadeiro) de

uma afirmação e é o meio apto e lícito para firmar o convencimento do Juiz⁴⁰

Seu objeto é a coisa, o fato, o acontecimento a ser conhecido e valorado pelo Juiz⁴¹ e, em sentido estrito, permite conhecer a existência material de um fato que o Juiz tem que valorá-lo juridicamente⁴². Sem a prova, os direitos subjetivos de alguém perante terceiros seriam mera aparência, sem solidez nem eficácia; mais ainda, a administração da Justiça não existiria sem a prova; sem ela não há ordem jurídica alguma⁴³.

O processo se serve da prova, como o organismo do oxigênio, para vivificar as proposições factuais, possibilitando a atividade decisória do juiz. As provas se destinam a demonstrar, no contexto do processo, quais proposições de fato merecem ser consideradas na formação da decisão⁴⁴.

A prova pode ser direta ou indireta. Haverá prova direta quando ela for capaz de demonstrar, por si mesma, o fato, não sendo necessário, por isso, qualquer raciocínio lógico para a comprovação do fato. Há, entre outras palavras, conformidade, em tese, entre o fato e a sua prova.

A prova indireta ocorre quando, comprovado outro fato, é possível concluir o fato controvertido em face da correlação entre eles⁴⁵. Ou seja, o fato provado é distinto do controvertido a que se busca demonstrar,

35 PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. In: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 1.

36 PESSOA, Adélia. Mulher em situação de violência e acesso à Justiça. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Democratizando o acesso à Justiça**. Brasília: CNJ, 2021, p. 32.

37 ARRUDA ALVIM, Teresa; GUEDES, Clarissa Diniz. Apontamentos sobre a finalidade da prova e o novo CPC. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e outros. **O novo Processo Civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, v. I, p. 156.

38 TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 35-36.

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 411.

40 COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 215; SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 198.

41 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 419.

42 CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, v. I, p. 258.

43 ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de la prueba judicial**. 2. ed. Buenos Aires: Victor P. Zavalía, 1972, t. I, p. 12.

44 DUARTE, Zulmar. Verdade sobre a prova. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 237.

45 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 251..

mas a existência daquele leva o juiz a percebê-lo. A prova indireta pode derivar de indícios e de presunções⁴⁶ ou por meio de um raciocínio lógico-dedutivo fundados em fatos secundários que se relacionam com o fato a ser demonstrado⁴⁷. A construção lógica, dedutiva ou indutiva, que chegue ao fato e à circunstância a ser provada, como indícios e presunções, caracteriza a prova indireta⁴⁸.

Indício é “todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido [...], devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos”⁴⁹. Pode constituir indício, a informação estatística, que exprime, pela frequência, “os dados científicos considerados relevantes ou idôneos para revelar a probabilidade da aplicação de um enunciado relativo a fatos específicos que precisam ser provados”⁵⁰.

Presunção é a ilação feita a partir de um fato conhecido e provado para, por dedução ou por determinação legal, chegar-se a existência de outro, não conhecido, mas que se pretende provar⁵¹. Havendo presunção legal de existência ou de veracidade, o fato controvertido não precisa ser demonstrado (art. 374, IV, do NCPC). O princípio geral de todo sistema probatório brasileiro, elaborado por Nicola Malatesta⁵², é de que “o ordinário se presume, o extraordinário prova-se”. Dentre as presunções, destaca-se a máxima de

experiência, decorrente de “uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece”⁵³ (art. 375 do NCPC), que pode levar, até mesmo, a apuração dos fatos⁵⁴.

Em se tratando de discriminação:

A prova direta é particularmente útil nas práticas públicas ou explícitas de discriminação, onde o ofensor não esconde o tratamento diferenciado e, algumas vezes, exprime a motivação ilícita de sua conduta sob a forma de comentários, piadas, “brincadeiras”, gestos, etc. Nesse caso, testemunhos, imagens, documentos, confissões podem ser utilizadas para se concluir pela discriminação (ou pela justificação do tratamento diferenciado).

Todavia, em grande parte das vezes, não haverá prova direta da discriminação.⁵⁵

Comprovar atos e ações discriminatórias, especialmente as ocultas e as estruturais em razão de sua aparência neutra, é particularmente difícil⁵⁶. Na verdade, é inadequado exigir a prova direta da prática ou da intenção discriminatória velada⁵⁷ ou, ainda, utilizar regras tradicionais de distribuição do ônus da prova quando inexistente a prova direta⁵⁸. O ônus da prova

46 MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, pp. 151, 179-277.

47 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 310.

48 RANGEL, op. cit., p. 422.

49 DELLEPIANE apud PITT, Gioconda Fianco. **Prova indiciária e convencimento judicial no Processo Civil**. Dissertação de Mestrado (em Direito). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 31. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/15503/000686005.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 dez. 2022

50 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 349.

51 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 426.

52 MALATESTA, Nicola. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 132,

53 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 50.

54 ID, p. 41.

55 CHEHAB. **A dificuldade probatória de práticas antidiscriminatórias e a ameaça ao efetivo e adequado acesso à Justiça**, op. cit., p. 119.

56 CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 76, n. 3, jul./set. 2010

57 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 66/2006. **Caso n. 12.001: Simone André Diniz vs. Brasil. San José, 21 out. 2006**. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em 24 dez. 2022.

58 AROCHENA, José Fernando Lousada. La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral. Cuadernos de derecho judicial. Madrid, n. 7, 2005; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do tra-

é uma regra destinada “a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram”⁵⁹, quando ausentes elementos de convicção dos fatos controvertidos⁶⁰. Sob o plano subjetivo, ônus da prova é um encargo atribuído a uma das partes e, em uma perspectiva objetiva, é regra de julgamento em caso de ausência de prova⁶¹.

Dentre as várias teorias e técnicas de ônus probatório, o sistema processual brasileiro adotou, como regra geral (arts. 818 da CLT e 373 do NCPC), a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), inspirada na doutrina italiana de Chiovenda, Carnelutti e Betti⁶² e com raízes no direito romano⁶³, distribuindo-o de acordo com as alegações das partes e com a natureza dos fatos deduzidos em juízo. Assim, quem alega um direito deve demonstrar a existência dos fatos que o alicerça⁶⁴. O autor deve comprovar os fatos constitutivos do seu direito e que são suficientes para produzir um efeito jurídico⁶⁵ e que deram origem a relação jurídica deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*)⁶⁶. Ao réu cabe comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, que

balho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, 2008, n. 32. p. 111.

59 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 325.

60 PALACIO, Lino Enrique. **Manual de Derecho Procesal Civil**. 17. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 398.

61 VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Jus Navegandi**. Teresina: jun. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>. Acesso em: 24 dez. 2022

62 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova do Direito Processual Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 167.

63 RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no novo Código de Processo Civil. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rich; SCAPARO, Eduardo (Orgs.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015, p. 138.

64 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. I, p. 342.

65 CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Editorial Reus, 1925, t. II, p. 257.

66 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 378.

demonstram que das alegações do autor “não decorrem os efeitos por ele pretendidos”.⁶⁷

A teoria estática do ônus da prova, contudo, não leva em consideração “o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art., 5º, XXXV, CF), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estão em paridade de armas e, por isto, têm iguais condições de produzir a prova”⁶⁸. Por isso, referida teoria “atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. ‘Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos que a vida apresenta’”⁶⁹.

A aplicação da teoria estática do ônus da prova encontra, entre seus limites, a chamada prova diabólica, que é “aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida”⁷⁰, em situações como discriminação, violência sexual ou doméstica, assédio e outras lesões veladas, ocultas, invisíveis, estruturais ou imperceptíveis a direitos fundamentais quando a vítima não possui qualquer meio de prova. A ordem jurídica não impõe às partes o encargo de produzir provas impossíveis. Ao contrário, o acesso adequado à Justiça e o devido processo legal pressupõem o livre exercício da ampla defesa e do contraditório e a paridade de armas (art. 5º, II, XXXV, LIV e LIV, da Constituição e art. 7º, NCPC).

Eduardo Cambi⁷¹ adverte:

O juiz não pode ser mero expectador do drama processual, mas [deve] assegurar concretamente os direitos dos cidadãos, os quais não podem ficar entregues à sua própria sorte e risco. O magistrado não se pode contentar com uma igualdade puramente formal entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento

67 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3, p. 443.

68 CAMBI, op. cit., p. 353.

69 DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, op. cit., p. 62.

70 DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, op. cit., p. 60.

71 CAMBI, op. cit., pp. 364-366.

e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça [...]. Não se pode exigir de alguém provas além do que esteja ao seu alcance demonstrar, porque isso gera um **ônus probatório diabólico**. [...] Os direitos fundamentais, especialmente os de caráter social (art. 6º da CF), não podem ficar desprotegidos pela aplicação desmedida do art. 333 do Código de Processo Civil [atual art. 373 do NCPC], a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos materiais”.

Por isso, a dogmática jurídica utiliza-se de um sistema excepcional de ônus probandi, onde a regra geral opera mal porque foi “elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas”⁷².

Dentre essas técnicas, destacam-se: a) o princípio da aptidão para a prova, na qual o ônus probatório é do litigante que tem melhor condição (melhor aptidão) para fazê-lo (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor)⁷³; b) inversão do ônus da prova, a fim de garantir a paridade substancial de armas entre os litigantes (art. 5º, II e LIV, da Constituição Federal; arts. 1º e 373, §§ 1º a 3º, CPC e 818, §§ 1º a 3º, CLT), particularmente quando apresentado um início de prova pelo ofendido; c) prova por verossimilhança, fundada em um juízo de probabilidade da veracidade do fato⁷⁴ que é capaz de gerar uma “presunção natural que tem por fonte uma norma da experiência”⁷⁵ (art. 375 e, ainda, arts. 300, 311, 701 e, a contrario sensu, 345, IV, 1ª parte, todos do NCPC); d) teoria dinâmica do ônus da prova, “aquela segundo a qual

72 CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 31, 2005, p. 15.

73 Cf. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 617.

74 CHEHAB, O **princípio da não discriminação e o ônus da prova**, op. cit.

75 DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. **A prova pela verossimilhança e o direito do trabalho**. Revista do TRT da 3ª Região. Belo Horizonte, n. 22, 1974, p. 35.

cabe o ônus probatório para quem - pelas circunstâncias do caso e independentemente de agirem como demandante ou demandado - está em melhor posição para produzir a respectiva prova”⁷⁶ (art. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCPC; e, mais recentemente em relação às mulheres, e) Protocolo de julgamento por perspectiva de sexo, de gênero ou de opção sexual, em que se coloca luz sobre as desigualdades desestruturantes da sociedade⁷⁷, as vivências da vítima de violência ou da ofensa, o seu contexto, e o modo do Judiciário receber, processar, tratar e julgar litígios judiciais (Recomendação 128/2022 do CNJ c/c arts. 8º do NCPC e 7, “f” e “g”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher).

O sistema de Justiça, portanto, deve ser aprimorado para, não apenas reconhecer a discriminação quando ela é direta e explícita, mas também adotando e reconhecendo, pelos mais diversos meios e técnicas de prova e de encargo probatório, a discriminação velada e também o impacto desproporcional de condutas de empregadores que reforçam, reproduzem ou adotem medidas que causam danos à dignidade da mulher trabalhadora, que a diminuam enquanto mulher ou, de alguma forma prejudiquem ou afetem à saúde das trabalhadoras.

4. Protocolo de julgamento. Recomendação 128/2022 do CNJ.

A exigência de prova direta da discriminação e a adoção de rígida regra de ônus probatório, em matéria penal, levaram a condenação do Brasil, em outubro de 2006⁷⁸,

76 PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional**. In: MORELLO, Augusto M. (coord) e outros. *Las Responsabilidades Profesionales: Libro al Dr. Luis O. Andorno*. La Plata: LEP, 1992, p. 263.

77 SILVA, Adriana Manta da. **Qual a importância do protocolo para a magistratura?**. In: TOSS, Luciane; TA-BOAS, Anna Borba (Coords). *O gênero como categoria jurídica: cartilha para atuação da advocacia*. Rio de Janeiro: OAB/RJ, 2022, p. 22.

78 Em março de 1997, em São Paulo, Simone André Diniz candidatou-se a emprego de doméstica, atraída pelo anúncio que tinha a informação “Pref. Branca”, e, após ligar para o número indicado, não obteve o emprego por, ao que acredita, ser negra. Aberto o inquérito policial com base no art. 20 da Lei 7.716/1989, o

pela Corte Interamericana Direitos Humanos, que concluiu:

79. [Segundo Racusen], os juízes brasileiros exigem provas diretas da desigualdade de tratamento em que o ato discriminatório, não só ofende alguém com base em sua raça, mas também demonstra motivação discriminatória. Portanto, em um eventual processo penal, a maioria dos juízes requerem a verificação de três elementos 1) evidência direta do ato discriminatório, 2) a evidência direta de discriminação do ofensor à vítima, e 3) a prova da relação de causalidade entre as mesmas.

80. Para o autor, a exigência de todos esses elementos para a verificação do ato racista, representa uma regra probatória muito rigorosa, difícil de alcançar. Ao invés de inferir a causalidade na ordem cronológica dos acontecimentos ou da lógica, os juízes brasileiros geralmente examinam os comentários discriminatórios do agressor de maneira restritiva e requerem prova direta de causalidade⁷⁹.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁰, a Justiça brasileira, ao exigir prova direta da discriminação, pratica discriminação indireta (institucional) por impedir “o exercício ou gozo do direito desse mesmo cidadão a acessar a justiça para que se repare a violação”.

Pouco depois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸¹, no Caso 12.263, Márcia Barbosa de Souza e familiares vs. Brasil, considerou comprovados os fatos

juiz criminal, atendendo a solicitação do Ministério Público, arquivou o feito por falta de provas (cf. ARANTES, Paulo de Tarso Lugon.

79 O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, jul-dez/2007, n. 31, pp. 128-129).

80 ID., § 87, tradução livre.

81 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório 38/07. **Caso 12.263: Márcia Barbosa de Souza e familiares vs. Brasil**. 26 jul. 2007, §§ 50-51. Disponível em: <http://cidh.org/annualrep/2007port/Brazil12.263port.htm>. Acesso em: 25 dez. 2022.

relacionados à violação do direito à vida, às garantias judiciais, ao acesso à justiça e aos direitos da mulher e observou o contexto de impunidade ante atos violentos por parte da Administração da Justiça, que afeta desproporcionalmente as mulheres como grupo, mediante “atitudes de funcionários judiciais baseadas em conceitos socioculturais discriminatórios que atingem principalmente a mulher” e que tem como consequência atrasos extremos e injustificados no processamento de casos de violência contra a mulher.

Diante de tais condenações e do compromisso internacional do Brasil com a preservação dos direitos fundamentais das mulheres, o Conselho Nacional de Justiça⁸², atento à iniciativa de outros países da América Latina, elaborou um protocolo para tratamento de demandas judiciais envolvendo violações e ofensas afetas ao sexo, ao gênero e à orientação sexual. Em fevereiro de 2022, o CNJ, por meio da Recomendação 128/2022, recomendou a adoção do referido protocolo por todos os órgãos de Justiça, facultando os julgamentos segundo tal perspectiva.

O Protocolo reconhece a influência, ao longo do tempo, das desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas das mulheres na produção e na aplicação do direito e, a partir disso, “identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas”⁸³. O objetivo principal do Protocolo é alcançar a superação desses percalços que impossibilitam a percepção da igual dignidade entre homens e mulheres, particularmente no ambiente judicial e no conceito de acesso à Justiça⁸⁴. Mais ainda, o Protocolo traz “diretrizes para efetivação do direito à igualdade e à não discriminação nos julgamentos ocorridos nos diversos âmbitos da Justiça”⁸⁵, isto é, para que o sistema de

82 BRASIL. CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. op. cit.

83 BRASIL. CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, op. cit., p. 8.

84 ID, p. 9.

85 MELO, Fernanda de Mendonça; RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral. Gênero e caminhos para o acesso à Justiça do Trabalho: invisibilidade da mulher no campo laboral. **Revista CNJ**. Brasília, edição especial Mulheres Justiça, ago./2022, p. 149

Justiça não reproduza, em seus julgamentos, estereótipos ou práticas de discriminação estrutural.

O Protocolo do CNJ⁸⁶ traz um guia para a atuação judicial dos(as) magistrados(as), com 7 passos e uma ou várias perguntas para cada um deles:

- **Passo 1: primeira aproximação com o processo**, em que se questiona se as desigualdades estruturais têm algum papel relevante na demanda judicial;

- **Passo 2: aproximação dos sujeitos processuais**, na qual se avalia a existência de circunstâncias especiais que devem ser observadas para que a Justiça seja um espaço igualitário para mulheres;

- **Passo 3: medidas especiais de proteção**, em que é verificada a necessidade de proteção da vítima, a(s) medida(s) apropriada(s) a ser(em) adotada(s) e a assimetria de poder entre as partes;

- **Passo 4: instrução processual**, no qual é avaliada se a instrução processual está reproduzindo violências de gênero institucionais;

- **Passo 5: valoração de provas e identificação de fatos**, em que se avalia i) a possibilidade de produção de prova relevante, ii) a necessidade de atribuir um peso diferente ao relato da vítima; questiona-se iii) se as provas podem estar contaminadas com estereótipos de gênero e iv) se a experiência pessoal do Juiz está interferindo na apreciação dos fatos, v) se está dando um peso diferente a evento por idéias pré-concebidas, vi) se algum fato relevante está sendo minimizado, e vii) se está ignorando dinâmicas de desigualdades estruturais;

- **Passo 6: identificação do marco normativo e precedentes aplicáveis**, em que se busca i) o marco jurídico, nacional ou internacional, ii) precedentes, iii) pronunciamentos, consultas ou informes do sistema internacional de justiça, aplicável ao caso, e iv) as ferramentas normativas para solucionar assimetrias na relação jurídica e v) avalia-se se a solução atende ao comando constitucional;

- **Passo 7: interpretação e aplicação do direito**, no qual é ponderado se i) a

86 BRASIL. CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, op. cit., pp. 44-54 e 54-57.

interpretação dada reflete na realidade do grupos subordinados ou está restrita à percepção de mundo do julgador, ii) se a norma foi construída a partir de estereótipos negativos sobre grupos subordinados, iii) trata do modo desigual grupos ou indivíduos ou iv) produz impacto desproporcional a certo grupo ou perpetua desigualdades estruturais.

Para o julgamento das ações judiciais, na perspectiva proposta pelo CNJ e pelo seu valoroso grupo de trabalho, os passos 5, 6 e 7 têm especial relevância e importância.

Particularmente, em questões afetas à alegação de dispensa discriminatória no trabalho, o Protocolo do CNJ⁸⁷ traz os seguintes questionamentos para análise sob a perspectiva de sexo:

1. A trabalhadora ou o trabalhador se insere em algum grupo vulnerável ou historicamente discriminado?
2. No meio ambiente de trabalho no qual a pessoa ou o grupo estão inseridos existem outras trabalhadoras ou outros trabalhadores com as mesmas características?
3. Nos processos seletivos, quais foram os perfis das candidatas selecionadas ou dos candidatos selecionados?
4. A conduta questionada, se praticada em relação aos grupos majoritários, produziria a mesma consequência?
5. A prática adotada habitualmente pelo empregador ou pela empregadora leva a resultados discriminatórios ainda que não tenha havido intenção de discriminar?
6. A prática da empregadora ou do empregador está relacionada ao trabalho e se coaduna ao negócio?

Resta, então, perquirir se a doença que acomete a reclamante é capaz de ensejar discriminação ou tratamento diferenciado injustificável.

5. Endometriose

A reclamante aduz ser acometida por endometriose profunda.

87 ID., p. 112.

Endométrio é a camada mucosa interna da parede do corpo do útero⁸⁸. Endometriose é uma “doença ginecológica crônica, benigna, estrogênio-dependente e de natureza multifatorial que acomete principalmente mulheres em idade reprodutiva”⁸⁹, causada pela “presença de glândulas endometriais e estroma fora da cavidade uterina”⁹⁰ e que atinge cerca de 10% das mulheres em idade reprodutiva e de 35 a 50% das mulheres inférteis⁹¹. No Brasil, a estimativa em 2016 era de que essa patologia afetava 7 milhões de brasileiras⁹².

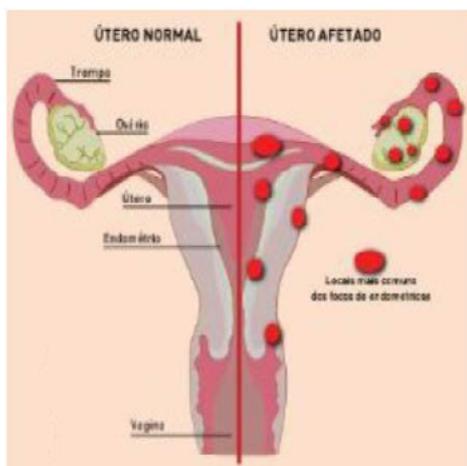


Figura 1: focos de endometriose no aparelho reprodutivo da mulher (Ciência em Foco: Vamos falar de endometriose?, 2015).

Os principais sintomas associados à endometriose são “dismenorreia, dor pélvica crônica ou dor acíclica, dispareunia de profundidade, alterações intestinais cíclicas (distensão abdominal, sangramento nas fezes, constipação, disquezia e dor anal

88 MOORE, Keith L.; DALLEY, Arthur F.; AGUR, Anne M. **Anatomia orientada para a clínica**. 7. Ed. Rio de Janeiro, 2014, p. 469.

89 PODGAEC, Sérgio e outros. **Protocolos Febrasgos: endometriose**. Ginecologia. São Paulo, n. 32, 2008, p. 5

90 SOUZA, Carlos Augusto B. e outros. Endometriose. In: FREITAS, Fernando e outros (Orgs.). **Rotinas em ginecologia**. 6. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 144.

91 CARDOSO, Jéssica Vilarinho e outros. Perfil epidemiológico de mulheres com endometriose: um estudo descritivo retrospectivo. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**. Recife, v. 20, n. 4, out./dez. 2020, p. 1070.

92 BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolos da atenção básica: saúde das mulheres**. Brasília: Instituto Sírio-Libanês de Ensino e Pesquisa, 2016.

no período menstrual), alterações urinárias cíclicas (disúria, hematúria, polaciúria e urgência miccional no período menstrual) e infertilidade”⁹³. Segundo Bárbara L. Hoffman e outros⁹⁴, “as pacientes com endometriose podem ser assintomáticas, subférteis ou apresentar graus variáveis de dor pélvica”. A literatura médica aponta que a “endometriose pode envolver intestino delgado, ceco, apêndice ou colo retossigmoide e levar à obstrução intestinal em alguns casos”⁹⁵.

Para alguns, a alta incidência de endometriose tem relação com a vida moderna da mulher, que engravida mais tarde – particularmente em razão de sua inserção no mercado de trabalho – e tem menos filhos⁹⁶. O estresse é um elemento importante no desenvolvimento da doença, pois gera “picos de adrenalina, substância associada à liberação de estrógeno, hormônio feminino que alimenta as células do endométrio fazendo que cresçam mais rapidamente”⁹⁷. Porém, a literatura médica aponta diversos fatores, riscos e causas prováveis ou associadas.

A *American Fertility Society* classifica a endometriose em leve (ou mínima), moderada e grave (ou severa) em face de fatores como a profundidade da invasão, a bilateralidade e no comprometimento ovariano.⁹⁸

Na endometriose profunda (ou infiltrativa), que segundo Drauzio Varella⁹⁹ é a manifestação mais grave da doença, há a “presença de implantes de tecido endometriótico com profundidade maior do que 5 mm, fibrose e hiperplasia muscular abaixo de peritônio” e seu diagnóstico e

93 PODGAEC e outros, op. cit., p. 6.

94 HOFFMAN, Barbara L. e outros. **Ginecologia de Williams**. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed/Mc Graw Hill, 2014, p. 281.

95 HOFFMAN e outros, op. cit., p. 288.

96 A “DOENÇA da mulher moderna”. Ciência em pauta: vamos falar sobre endometriose?, Florianópolis, UFSC, 2015, edição especial endometriose, p. 4.

97 PODGAEC apud A “DOENÇA da mulher moderna”, op. cit., p. 4.

98 SOUZA e outros, op. cit., p. 150.

99 VARELLA, Drauzio. **Endometriose**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/endometriose/>. Acesso em: 25 dez. 2022.

manejo são dificultados¹⁰⁰. Os principais locais (sítios) da endometriose profunda são as regiões retrocervical (ligamentos uterossacros e tônus uterino), a vagina, o intestino (reto, sigmóide, íleo e apêndice), a bexiga e os ureteres¹⁰¹. Há evidências que sugerem que a dor provocada pela endometriose (e a sua intensidade) está relacionada com a profundidade da invasão, inclusive quando infiltrada no intestino¹⁰².

O tratamento clínico da endometriose, com o uso de progestagênios e de anti-inflamatórios, e as terapias complementares, como fisioterapia, acupuntura e analgésicos têm o objetivo principal de alívio das dores álgicas e a melhora da qualidade de vida e não a diminuição das lesões ou a cura da doença¹⁰³. Porém, não havendo melhoras dos sintomas no tratamento clínico (ou sendo ele contraindicado) ou em caso de endometriose profunda ou ovariana maior que 6 mm e com sinais de suboclusão (lesão em ureter, íleo, apêndice ou retossigmoide), o tratamento indicado é o cirúrgico para a “remoção completa de todos os focos de endometriose, restaurando a anatomia e preservando a função reprodutiva”¹⁰⁴, se possível.

Além da associação da endometriose com a infertilidade feminina, estudos “têm demonstrado uma associação entre endometriose e câncer, em especial alguns tipos específicos de neoplasia ovariana” e em pacientes que utilizaram reposição hormonal apenas com estrogênio, sem uso de progesterona¹⁰⁵. Tal risco é moderado.

Em pesquisa realizada por Carla Marins Silva e outros¹⁰⁶, constatou-se que, em geral, os sintomas da endometriose pioram “com o passar do tempo e que os intervalos entre as crises de dor eram cada vez menores” e destacaram que:

100 SOUZA e outros, op. cit., p. 145

101 PELLOGLIA, Alessandra; PETTA, Carlos Alberto. Endometriose profunda: como abordar?. *Femina*. v. 39, n. 9, set. 2011, p. 452

102 HOFFMAN e outros, op. cit., p. 286.

103 PODGAEC e outros, op. cit., pp. 7-10.

104 ID., p. 10.

105 SOUZA e outros, op. cit., p. 146

106 SILVA, Carla Marins e outros. Experiências das mulheres quanto às suas estratégias até o diagnóstico da endometriose. *Escola Anna Nery*, v. 25, n. 4, 2021, p. 4.

Muitas mulheres transmitiram a sensação de que os seus círculos de convivência desvalorizavam as suas queixas. As participantes percebiam julgamentos pessoais sobre os seus sintomas vistos como “bobagem”, “frescura” ou “coisa de mulherzinha”. A percepção de que seus sintomas eram ignorados revela a falta de empatia por parte de quem deveria acolhê-las. A ausência real ou percebida de apoio social repercute diretamente no estado emocional dessas mulheres¹⁰⁷.

Em relação ao trabalho, Carla Marins Silva e outros continuam:

dentre as histórias compartilhadas, observou-se que a endometriose repercute também no âmbito laboral, quando reduz o desempenho profissional e as suas percepções dos sintomas são desvalorizadas. As frequentes queixas álgicas parecem ser irrelevantes em meio à necessidade de produção do mercado de trabalho. Como resposta a esse contexto, percebe-se o absenteísmo ou o presenteísmo devido à falta de condições físicas e emocionais para trabalhar¹⁰⁸.

Citando estudo de K. E. Nnoaham e outros¹⁰⁹, Alessandra B. Trovó de Marqui¹¹⁰ esclarece que os sintomas de endometriose comprometem a produtividade no trabalho, em cerca de 10,8 horas semanais de trabalho e 4,4 horas de absenteísmo. Pesquisa realizada por Marie Paloma P. Passos e outros¹¹¹ entre 110 mulheres com endometriose atendida pelo Hospital das Clínicas de Porto Alegre revelou que quase 89% delas tinham dismenorreia (cólica menstrual), 70% tinham dispareunia (dor genital durante ou após relações sexuais) e 92% dor pélvica crônica, 80% referiu-se a absenteísmo social e que

107 ID, ibid.

108 ID., p. 5.

109 NNOAHAM. K.E e outros. **Impact of endometriosis on quality of life and work productivity**: a multicenter study across ten countries. *Fertil Steril*, 2011

110 MARQUI, Alessandra B. Trovó de. **Revista de Enfermagem e Atenção à Saúde**. Uberaba, v.3, n. 2, abr./jul. 2014, p. 99.

111 PASSOS, Marie Paloma P. e outros. Características clínicas e álgicas de mulheres com endometriose e dor pélvica crônica. *Anais*. 34ª Semana Científica do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Porto Alegre, 2014.

nenhum tratamento é altamente eficaz.

As dores frequentes das pacientes com endometriose, muitas vezes por longos anos, é a principal queixa que gera limitações à mulher, com perdas de dias de trabalho, influência negativa na carreira da mulher e prejuízos financeiros¹¹², principalmente pela redução da capacidade laboral por absenteísmo devido à dor, ao internamento hospitalar ou por falta de capacidades cognitivas e psicológicas para desenvolver as suas tarefas laborais¹¹³.

No mesmo sentido, Michele Saray Bonfim¹¹⁴ sublinha que a dor advinda da endometriose causa afastamento do convívio social e atividades físicas, educacionais e de lazer e afeta as relações no trabalho. Em sua pesquisa, ela traz narrativas de vivência de dor incapacitante e de busca de reposição das faltas ao trabalho.

Luciana Abrantes Rodrigues e outros¹¹⁵, em pesquisa quantitativa realizada em 2018 com 10 mulheres entre 18 e 60 anos atendidas pela Santa Casa de Misericórdia do Pará, concluiu que “todos os âmbitos da vida da mulher são prejudicados pela endometriose, podendo interferir amplamente em sua QV ao impedir a realização de atividades cotidianas e afetando suas relações interpessoais”. Eles encontram repercussão dessa doença na vida profissional de 70% delas e consequências como frustração, indisposição, vergonha,

112 BRITO, Camila Caires e outros. O impacto da endometriose na saúde física e mental da mulher. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**. v. 13, n. 11, p. 2. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/9191>. Acesso em: 24 dez. 2022

113 MORAIS, Ronisa Leal e outros. **Preditores de endometriose em mulheres atendidas em um Hospital Universitário**. Monografia de Residência (em Medicina). Teresina: Universidade Federal do Piauí, 2021.

114 BONFIM, Michele Saray. **Vivências sócio-afetivas de pacientes com endometriose**: uma compreensão psicoanalítica clássica. Dissertação de Mestrado (em Psicologia). Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2019, pp. 88 e 91.

115 RODRIGUES, Luciana Abrantes e outros. Análise da influência da endometriose na qualidade de vida. **Fisioterapia em movimento**. n. 35, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/fm/a/Yx6jYtnnqhFHLhNFGcScLq/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 24 dez. 2022.

preocupação e ausências ao serviço em decorrência da dor¹¹⁶.

Cecil G. Helman¹¹⁷ ensina que a dor crônica de endometriose, com o passar do tempo, deixa de despertar a compaixão e a solidariedade do outro, e cai na invisibilidade concreta ao ponto de desaparecer “da memória das pessoas”. Há uma banalização da dor.

Paulo Alexandre de Souza S. Bento e Martha Cristina N. Moreira¹¹⁸ advertem que a convivência das mulheres com dor faz com que seus interlocutores, entre os quais os colegas de trabalho, inicialmente compreendam e tentem colaborar; mas, ao longo do tempo, não tenham mais a mesma disposição em ajudar, afastam-se delas, perdem a paciência e elaboram julgamentos. “Culturalmente, há, de fato, uma desqualificação alusiva à dor da mulher com endometriose, por seu caráter invisível e, portanto, questionável”, concluem eles¹¹⁹.

De fato, “a dor crônica é um longo e doloroso entrave à existência”¹²⁰, inclusive no seio profissional. Quem convive com ela sofre e padece, com o tempo, um processo de banalização que é capaz de gerar um estigma social, particularmente no trabalho. “A dor, devido ao seu caráter invisível, permanece na esfera da subjetividade e, por conseguinte, do ‘injustificável’. A dor permanece num limbo de incertezas, o diagnóstico não consegue conferir, de todo, uma justificativa para sua existência, levando as mulheres ao descrédito”¹²¹.

Por isso, as mulheres que sofrem de dores crônicas, como no caso de endometriose profunda, tendem a serem prejudicadas,

116 ID., *ibid.*

117 HELMAN, Cecil G. **Saúde, cultura e doença**. 5. Ed. Porto Alegre: Armed, 2009, p. 177

118 BENTO, Paulo Alexandre de Souza S.; MOREIRA, Martha Cristina N. Quando os olhos não vêem o que as mulheres sentem: a dor nas narrativas de mulheres com endometriose. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. v. 28, n. 3. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/physis/2018.v28n3/e280309/>. Acesso em: 24 dez. 2022.

119 ID., *ibid.*

120 LE BRETON, David. **Antropologia da dor**. São Paulo: Fap/Unifesp, 2013, p. 31.

121 BENTO e MOREIRA, *op. cit.*

isto é, a sofrerem um juízo desqualificante capaz, por si só, de negar-lhe o tratamento compatível com a situação concreta por ela vivenciada. Embora a endometriose não seja reconhecida como doença grave para fins previdenciários apta a levar a aposentadoria por invalidez, sua repercussão na vida e na qualidade de vida da mulher é intensa, pode levar a períodos de dor incapacitante, pode levar a invasão a outros órgãos e tecidos, representa risco moderado ao aparecimento de câncer ovariano e é capaz de, por si só, trazer estigma e preconceito, particularmente nas relações interpessoais (como na relação de trabalho).

6. Tratamento jurídico-trabalhista à discriminação por doença estigmatizante

No âmbito trabalhista, a discriminação é tratada de modo particular pela Convenção 111 da OIT, pela Lei 9.029/1995 e pela Súmula 443 do TST, além de outras normas de caráter geral.

A Convenção 111 da OIT define o que considera discriminação no trabalho, nos seguintes termos:

Artigo 1º 1. Para fins da presente convenção, o termo 'discriminação' compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de 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. [...]

O art. 1º da Lei 9.029/1995 fala em qualquer distinção em razão, por exemplo, do sexo. O art. 4º da Lei 9.029/1995 faculta

ao empregado vítima da discriminação por ocasião do rompimento do vínculo de emprego optar pela reintegração com a indenização integral de todo o período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração (isto é, de todas as verbas que compõem a remuneração) desse período que ficou afastada.

A Súmula 443 do TST estabelece uma presunção de discriminação em casos de doenças graves que suscitem estigma e preconceito:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.
PRESUNÇÃO. EMPREGADO
PORTADOR DE DOENÇA GRAVE.
ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO
À REINTEGRAÇÃO [...] Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscitem estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Em situação de doença mental, em que se debatia a discriminação rescisória, o TST atribuiu ao empregador o ônus de comprovar a licitude da dispensa:

[...] III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014 E DAIN 40 DO TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE. TRANSTORNO BIPOLAR E DEPRESSÃO. DOENÇAS MENTAIS ESTIGMATIZANTES. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 443 DO TST. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA À REINTEGRAÇÃO. PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA EM DOBRO. 1. Cinge-se a controvérsia em se definir se há regularidade jurídica na dispensa sem justa causa do reclamante, após o retorno da licença previdenciária levada a efeito por decorrência do desenvolvimento de transtorno afetivo bipolar e depressão. 2. O TRT modificou a sentença para reconhecer que a dispensa do autor não foi discriminatória, sob os fundamentos de que as doenças mentais que acometem o reclamante não suscitam

estigma ou preconceito e de que era do autor o ônus de comprovar o fato constitutivo alegado na inicial quanto ao caráter discriminatório da dispensa. 3. O acórdão regional registrou expressamente a premissa fática de que, após a alta médica previdenciária, depois do afastamento por "depressão e transtorno afetivo bipolar", o empregador não considerou o reclamante apto para o exercício das funções laborativas e não permitiu que ele trabalhasse. 4. **O entendimento desta Corte Superior tem se consolidado no sentido de que o ônus da prova da dispensa não discriminatória cabe ao empregador, à luz da sistemática de proteção da relação de emprego digna e isonômica (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, e 7º, I, da Constituição Federal) e da aplicação do princípio da aptidão para a prova.** Ressalte-se que tal atribuição do ônus ao empregador visa a assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho, de forma a garantir efetividade à previsão constitucional de busca do pleno emprego, nos termos do art. 170, VIII, da Constituição Federal, e a preservar o valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil. 5. Saliente-se que a Constituição Federal, além de ter erigido como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), repudia todo tipo de discriminação (art. 3, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I). 6. Acresça-se que integra compromisso internacional do Brasil (Convenção 111 da OIT) o repúdio a toda forma de discriminação no âmbito laboral. 7. Dessa forma, é ônus do empregador comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação lícita. Precedentes da 2ª Turma do TST. 8.

No caso em análise, a natureza das doenças mentais que acometem o reclamante atrai a presunção contida na Súmula 443 desta Corte. Cumpre destacar que o combate ao estigma associado às doenças mentais tem sido objeto de grande preocupação por parte da Associação Mundial de Psiquiatria (AMP) e da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP). 9. Neste sentido, verifica-se que inexistiu qualquer registro no acórdão regional de que a dispensa do reclamante ocorreu por motivo disciplinar, técnico, econômico, financeiro ou outro. Evidencia-se dos elementos fáticos delineados pela Corte Regional que o empregador detinha pleno conhecimento sobre o quadro de saúde do reclamante, bem como sobre a probabilidade de novos afastamentos em razão das doenças mentais que o acometiam. 10. Desse modo, ante o ordenamento jurídico vigente, constata-se que a dispensa do reclamante configurou-se discriminatória e ultrapassou os limites de atuação do poder diretivo do empregador e alcançou a dignidade do empregado, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade da despedida discriminatória. Assim, conclui-se que o Tribunal Regional, ao entender que não houve discriminação na dispensa do reclamante, decidiu em dissonância ao entendimento consubstanciado na Súmula 443 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. [...]” (TST, RRAg 1001135-14.2017.5.02.0241, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 21/10/2022, grifou-se).

OTST também já se pronunciou acerca da presunção de dispensa discriminatória de empregado debilitado, ainda que a doença não seja classificada como grave:

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 6. DISPENSA DE EMPREGADA DOENTE

E PORTADORA DE PATOLOGIA OCUPACIONAL. NULIDADE DA DISPENSA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física do empregado. Esse entendimento pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1º, III e IV e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Na esfera federal, sobressai o disposto no art. 1º da Lei 9.029/1995, que veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros. Na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 443/TST, que delimita a pacificação da jurisprudência trabalhista nesse aspecto, com o seguinte teor: "Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego". Importante registrar que, seguindo a diretriz normativa proibitória de práticas discriminatórias e limitativas à manutenção da relação de trabalho, tem-se que a não classificação da doença do empregado como grave que suscite estigma ou preconceito, a teor da Súmula 443 desta Corte Superior, não constitui, por si só, em óbice à constatação da ocorrência de dispensa discriminatória, quando tal prática ilícita emergir do acervo

probatório produzido nos autos. Nesse passo, se o ato de ruptura contratual ofende princípios constitucionais basilares, é inviável a preservação de seus efeitos jurídicos. No caso concreto, a Corte Regional foi enfática ao afirmar o caráter discriminatório da dispensa, explicitando que " a dispensa da reclamante por parte da acionada deu-se após o seu adoecimento psíquico, surgido ou agravado em decorrência do labor, com ampla ciência da empresa demandada do quadro psicológico da autora. Tais enfermidades psíquicas acarretam, sim, grande estigma social, circunstância que reforça o entendimento até aqui adotado, no sentido de que houve dispensa discriminatória da recorrente ". Anotou, ainda, que " a conduta da demandada foi de encontro à dignidade da pessoa humana, valor consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), na medida em que praticou dispensa discriminatória, já que ciente de que a acionante era portador de doença psíquica " grave, de caráter ocupacional, e que implicou incapacidade total e definitiva para o trabalho. Nesse contexto, tem-se que o patrimônio moral da Obreira foi efetivamente violado, sendo, portanto, cabível a condenação para indenizá-la pelos danos morais suportados pela dispensa discriminatória, nos moldes do art. 4º da Lei nº 9.029/95 . Logo, considerando-se que o ato de ruptura contratual ofendeu princípios constitucionais basilares, é inviável a preservação de seus efeitos jurídicos, devendo ser mantida a decisão recorrida. Ademais, a controvérsia foi solucionada a partir das provas produzidas e valoradas pelo Órgão Julgador (arts. 371 do CPC/2015 - 131 do CPC/1973 - e 852-D da CLT), sendo, portanto, inadmissíveis as assertivas recursais de que o Reclamante não comprovou o caráter discriminatório da dispensa. Por fim, afirmando o Tribunal Regional, após minuciosa

análise da prova, o preenchimento dos requisitos configuradores da doença ocupacional, e dispensa discriminatória e os danos morais delas decorrentes, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido" (TST, AIRR 696-02.2016.5.05.0102, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 13/11/2020).

Por ocasião do julgamento do AIRR 10.952-52.2015.5.15.0038, DEJT 3/9/2021, a 3ª Turma do TST, sendo relator também o Ministro Mauricio Godinho Delgado, concluiu que a dispensa de empregado doente visou evitar diagnóstico mais grave (a verificação da extensão da enfermidade) e, por isso, era discriminatória.

Portanto, ainda que a doença não leve à invalidez, sendo ela grave (inclusive pela sua repercussão na vida do paciente), estigmatizante e apta a ensejar preconceito, ela é capaz de atrair a presunção decorrente da Súmula 443 do TST, particularmente se o ato demissional ocorrer em período de debilidade física ou durante exames para diagnóstico ou para tratamento da enfermidade da qual o empregador tinha ciência.

Dispõe o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero:

Na atuação judicial com perspectiva de gênero, é recomendável lembrar que a ocorrência da violência ou do assédio normalmente se dá de forma clandestina, o que pode ensejar uma readequação da distribuição do ônus probatório, bem como a consideração do depoimento pessoal da vítima e da relevância de prova indiciária e indireta¹²².

Também no plano internacional, há tratamento diferenciado para situações de
122 BRASIL. CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, *op. cit.*, p. 114.

discriminação, especialmente em matéria trabalhista.

A União Européia adotou a Diretiva 97/80/CE, de 15/12/1997¹²³, sobre o ônus da prova em casos de discriminação por sexo, cujo artigo 4º estabelece:

Artigo 4º. Ônus da Prova. 1. Os Estados-membros deverão tomar as medidas necessárias, de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não-aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento, apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos dos fatos constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional Espanhol, desde a sentença 38 de 23/11/1981, tem flexibilizado o ônus da prova em casos de discriminação¹²⁴

Em Portugal, o Código do Trabalho, instituído pela Lei 99/2003, estabelece, no art. 23, que o empregado apenas deve fundamentar a alegação de discriminação, indicando o paradigma do tratamento diferenciado, cabendo ao empregador demonstrar o tratamento não-distintivo¹²⁵.

123 UNIÃO EUROPÉIA. Conselho da União Européia. Diretiva 97/80/CE de 15/12/1997. **Official Journal of the European Communities**. Edição em inglês. 20/1/1998. v. 41, legislação nº 14, p. 8. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF>, Acesso em: 25 dez. 2022, tradução livre.

124 AROCHENA, *op. cit.*

125 PORTUGAL. Assembléia da República. Lei 99/2003. In: **Diário da República**. Seção I, série A, nº 197, 27 de agosto de 1993, p. 5.564. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=-6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c58526c6548524263484a-76646938794d44417a4c3078664f546c664d6a-41774d7935775a47593d&fich=L_99_2003.pdf&In-line=true. Acesso em: 25 dez. 2022.

O Protocolo mexicano para julgamento com perspectiva de gênero¹²⁶ considera imprescindível que os órgãos judiciais identifiquem a forma em que incide o gênero no momento de aferir valor as provas, dando importância, por exemplo, ao testemunho de vítimas de delitos sexuais, considerando a ausência de testemunhas das agressões ou de prova documentais ou de imagem e avaliando o estado de vulnerabilidade da vítima, especialmente quando estiver subjugada por agentes estatais.

A Suprema Corte dos Estados Unidos elaborou a citada teoria do impacto desproporcional (*disparate impact theory*), a partir de causas trabalhistas, antes de ser positivada em lei federal¹²⁷. No caso *Griggs vs. Duke Powers Co*¹²⁸, aquela corte afastou a neutralidade racial de testes de inteligência e os considerou inconstitucionais e discriminatórios em razão dos resultados obtidos pelo impacto real diferenciado, pois os candidatos brancos tinham significativamente maior formação do que negros. Posteriormente, a Suprema Corte norteamericana deu maior densidade normativa a essa teoria quando apreciou o caso *Teamsters vs. United States*¹²⁹, “definindo o *disparate impact* como práticas empregadas que são aparentemente neutras no tratamento dos diferentes grupos, mas que incidem mais intensamente sobre um grupo em detrimento de outro e que não podem ser justificadas pelas necessidades dos

126 MÉXICO. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. México: **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, 2020, pp. 109-110. Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%2028191120%29.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2022

127 CHEHAB, Discriminação oculta e estrutural da mulher mãe e trabalhadora no cumprimento de metas de produtividade e os danos a sua saúde mental, *op. cit.*

128 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Griggs v. Duke Power Co.* mar. 1971 (401 US 424). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>. Acesso em 25 dez. 2022.

129 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Teamsters v. United States.* maio 1977 (431 US 324). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/324/>. Acesso em 25 dez. 2022.

negócios”¹³⁰. Ou seja, o resultado (impacto) diferenciado de certas práticas em indivíduos ou em grupos caracteriza, por si só, prática discriminatória¹³¹. Diante do exposto, resta aferir se houve exercício regular do direito potestativo da reclamada em dispensar a reclamante ou, se, ao contrário, tal ato rescisório foi fruto de prática discriminatória e antijurídica.

Diante do exposto, resta aferir se houve exercício regular do direito potestativo da reclamada em dispensar a reclamante ou, se, ao contrário, tal ato rescisório foi fruto de prática discriminatória e antijurídica.

7. Prova produzida

Não foram produzidas provas orais no presente feito. Dentre os documentos que a reclamante trouxe aos autos, destacam-se:

a) o laudo da colonoscopia (fls. 49), realizado em 9/2/2019 quando a reclamante tinha 40 anos, concluiu pela presença de sinais sugestivos de endometriose profunda e consigna ter sido encontrada lesão subetelial extensa na junção de transição entre o reto e o sigmóide, revelando uma extensa invasão de células endometriais nesta região, a ponto de interromper a progressão do aparelho de imagem que fazia o exame;

b) o laudo da ressonância magnética do abdome e pelve [0], feita em 12/1/2019 (fls. 52), revelou, entre outros achados, focos de endometriose profunda em diversos compartimentos pélvicos, com **comprometimento intestinal e ureteral esquerdo e sinal de obstrução desse uretere**, em particular em:

“- região retrouterina [1], medindo 3,0 x 1,0cm, comprometendo a serosa uterina [1.1], a parede anterior do sigmóide distal, com sinais de invasão muscular (a cerca de 15cm do bordo anal) e o ureter distal esquerdo, com sinais de obstrução deste; - regiões anexiais [2], com envolvimento dos

130 CHEHAB, Discriminação oculta e estrutural da mulher mãe e trabalhadora no cumprimento de metas de produtividade e os danos a sua saúde mental, *op. cit.*

131 RIOS, *op. cit.*, p. 119.

ovários, notadamente à esquerda;
- sigmóide [3] proximal, com lesão em "C", medindo cerca de 3,6cm, invadindo sua parede muscular inferolateral esquerda; - Septo vesico-uterino [4] à esquerda, medindo cerca de 2,3 x 2,1cm, com invasão muscular uterina (7mm) e da parede vesical superior [4.1];
- serosa uterina das regiões cornuais [5]¹³²

c) a solicitação de procedimento cirúrgico (fls. 54), sem indicação de data, na qual o urologista para a qual a reclamante foi encaminhada consigna:

Queixa-se de dor pélvica intensa durante período menstrual e após, dispareunia leve, foco umbilical de endometriose [a]. DESEJA PROLE ... omissis ... Nega hematúria, disúria, esforço miccional, cirurgias prévias. ... omissis ... Paciente com indicação de desobstrução de via urinária à esquerda, sendo solicitado, então, autorização para os seguintes códigos:
- Colocação de duplo J [b] – 31102077¹³³

d) aviso de alta médica, sem informação da motivação, expedida às 23h25 de 31/5/2022, e internação às 13h54 do mesmo dia;

e) atestados médicos (fls. 47 e 48) de

132 Notas explicativas: [0] pelve é a área de transição entre os membros inferiores e o tronco; [1] região retrouterina é a região entre o útero e o reto; [1.1] serosa uterina é a superfície externa do útero; [2] regiões anexiais compreendem as estruturas anatômicas femininas que ficam ao lado do útero, como as trompas, ligamentos, ovários e complexo vascular adjacente; [3] sigmóide é a seção que liga o reto à porção transversal do intestino grosso; [4] Septo vesico-uterino é a região entre a bexiga e o útero; [4.1] parede vesical superior é a parede superior da bexiga; [5] regiões cornuais é a região das trompas de falópio.

133 Nota explicativa: [a] foco umbilical de endometriose significa que há invasão de células do endométrio no umbigo; [b] colocação de duplo J significa a indicação médica para procedimento cirúrgico para desobstrução de canal ureteral, mediante a introdução de cateter "duplo J" (stend).

14 e 15 dias iniciados em 21/6/2019 respectivamente, por displasia da vagina não especificada (CID 10, N89.3) e por convalescença após cirurgia (CID Z54.0).

A reclamada trouxe aos autos, entre outros documentos,

a) o TRCT, com ressalvas do sindicato profissional apenas quanto às férias, e que consta a dispensa sem justa causa, mediante aviso prévio indenizado, em 12/6/2019 e indicação de admissão em 27/7/2018 (fls. 236/237, entre outras cópias);

b) aviso de dispensa sem justa causa (fls. 247), com data de ciência em 12/6/2019;

c) atestado de saúde ocupacional (ASO), sem identificação de sua origem, datado em 14/3/2011, que considerou a reclamante apta (fls. 250);

d) atestado de saúde ocupacional demissional (fls. 251) que concluiu pela aptidão da reclamante;

e) cartão de ponto apenas do período de 16/5/2019 até 12/6/2019, que revela afastamento por atestado médico por 5 dias, a contar de 31/5/2019.

8. Análise da prova e das técnicas probatórias aplicáveis

Passo a fazer um exame didático, passo a passo, e pormenorizado das provas aplicadas segundo a ordem natural de apreciação dos fatos, das provas e das técnicas de ônus e valoração probatórias.

8.1. Fatos incontroversos, notórios e controversos

É incontroverso o período contratual, a dispensa unilateral em 12/6/2019 e a ascensão da reclamante para a função de especialista financeira, um mês antes da rescisão contratual. É fato público e notório

que a reclamada, embora continue com suas atividades empresariais, deu por encerrada no Distrito Federal e em outras cidades as operações com a bandeira “Extra”, para a qual trabalhava a reclamante, e que, em janeiro de 2022, os estabelecimentos com essa marca fecharam suas portas. A teor do art. 341 do NCPD não houve impugnação específica, mas apenas genérica, a atrair a presunção de veracidade dos fatos deduzidos pela reclamante, em especial: i) o diagnóstico da doença de endometriose profunda que acomete a reclamante; ii) a ausência de penalidade e o exercício exemplar das atribuições por parte da reclamante; iii) **a “total ciência do quadro de saúde da reclamante” e de toda situação referente a seu tratamento médico, inclusive da cirurgia marcada para 21/6/2019;** iv) o relato de sua saga médica, inclusive da frustração da cirurgia em 31/5/2019, da ocorrência de cirurgia para retirada de 20cm do intestino em razão de obstrução intensa e da avaliação médica sobre a necessidade de retirada de um pedaço de ureter e da bexiga.

Permanece controverso o ponto nodal do debate dos autos: a discriminação da reclamante ou o exercício regular do direito potestativo por parte da reclamada.

8.2. Prova direta dos fatos controvertidos

Não há prova direta de discriminação oculta ou velada. Também não restou comprovado por prova direta o regular uso do poder potestativo de dispensar empregados por parte da reclamada. Todavia, vislumbro a presença de elementos suficientes de prova (prova direta) da ocorrência de, no mínimo, discriminação estrutural por parte da reclamada.

Para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém), Decreto 1.973/1996 (citada no item 2), é violência contra a mulher, o que inclui todas as formas de discriminação (art. 6º), qualquer ato ou conduta, fundada no gênero, que cause dano ou sofrimento (físico, sexual e psicológico), inclusive na esfera privada (art. 1º). Pela Convenção Internacional sobre a Eliminação

de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto 4.377/2002) toda restrição, baseada no sexo, que tenha como resultado prejudicial ao exercício pela mulher de direitos humanos fundamentais, como a saúde e o trabalho, constitui discriminação contra a mulher (art. 1º).

Ora, a dispensa traz danos diversos à reclamante, inclusive de ordem financeira e patrimonial, pela perda da fonte de renda necessária para custear exames, plano de saúde e procedimentos médicos e cirúrgicos. A reclamada, mesmo ciente, não deu importância, ignorou, desprezou, tornou invisível e irrelevante a doença exclusiva de mulheres (e os sofrimentos e as angústias pelas quais a reclamante, como mulher, passava), e dispense-a às vésperas de procedimento cirúrgico. Portanto, seu ato tem como premissa o desprezo pela condição de saúde e de mulher da reclamante e constitui ato de violência à mulher a caracterizar discriminação estrutural ou institucional (arts. 1º e 6º da Convenção de Belém e 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

Em outras palavras, a conduta da reclamada em demitir a reclamante, portadora de doença crônica, incurável, de tratamento clínico paliativo (item 5) e inerente a sua condição de mulher, produziu impactos (resultados) desproporcionais (cf. item 2), apesar da aparência neutra e regular do ato rescisório previsto na legislação trabalhista.

RECONHEÇO, à luz do art. 1º e 6º da Convenção de Belém e 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, mediante prova direta, que o ato rescisório da reclamada, foi um ato de violência contra a mulher e de discriminação estrutural, por produzir impactos desproporcionais, apesar de sua aparência neutra.

8.3. Prova indireta dos fatos controvertidos

Superada a prova direta, tem-se, *prima facie*, que segundo a lição já citada de Nicola Malatesta (item 3), a presunção ordinária é

de que a dispensa sem justa causa é regular e lícita, cabendo a reclamante a tarefa de provar o fato extraordinário da discriminação como motivação para a cessação do contrato de trabalho.

Todavia, um exame mais detalhado dos documentos médicos à luz da literatura médica supra citada (item 5), revela a presença de prova indireta que desnuda a prática de ato discriminatório oculto ou velado (item 2), logrando a reclamante em demonstrar o fato extraordinário aduzido em juízo.

Dos documentos juntados (e abstraindo à falta de contestação específica) é possível extrair a seguinte sequência de acontecimentos: a reclamante recebeu o diagnóstico indicativo de sinais endometriose profunda em janeiro de 2019. A colonoscopia que realizou, cujo laudo foi juntado aos autos, indicou possível invasão do tecido endometrial na junção de transição entre o reto e o sigmóide. O exame de ressonância magnética do abdome e da pelve mostrou a extensão, a intensidade e a gravidade da endometriose que atingia a reclamante. Provavelmente, em face dos achados em um de seus ureteres, ela foi encaminhada para avaliação do urologista, que indicou a necessidade de intervenção cirúrgica. A reclamante foi internada em 31/5/2019 no Hospital Daher, mas foi liberada no mesmo dia. A reclamada tomou ciência da internação e da condição de saúde dela, tanto é assim, que consignou nos registros de ponto, o afastamento médico. Passados oito dias do fim do período de atestado, a reclamante foi dispensada pela reclamada. Nove dias depois, em 21/6/2019, ela foi submetida a cirurgia.

Ora, como já mencionado por ocasião da revisão da literatura médica (item 5), a endometriose é uma doença crônica, sem cura, que atinge apenas as mulheres, provoca estigma social, é capaz de produzir dores incapacitantes e cujo tratamento clínico é paliativo e voltado apenas para controlar ou atenuar as dores por elas sentidas. Portanto, data máxima vênua à conclusão do ASO demissional, **a reclamante foi dispensada enquanto estava doente, às vésperas de procedimento cirúrgico**, ou melhor, no breve intervalo de 3 semanas, entre a sua internação

em 31/5 (para submeter a uma frustrada cirurgia, ante a ausência de defesa específica) e a cirurgia realizada em 21/6/2019. Tal fato, já seria suficiente para, no mínimo, suspender ou interromper os efeitos da dispensa, a teor da Súmula 371, *in fine*, do TST aplicada extensivamente.

Lamentavelmente, os exames revelam estágio avançado de endometriose profunda, na modalidade que Drauzio Varella, como já citado (item 5), considera ser a manifestação mais grave dessa patologia, e com ampla propagação na região pélvica.

A colonoscopia, a ressonância magnética e a solicitação de procedimento cirúrgico revelaram que os focos de endometriose profunda em diversos compartimentos pélvicos. É possível concluir:

- A invasão de tecidos do endométrio na região retrouterina (entre o útero e o reto), de 3,0 x 1,0cm está comprometendo:

- a serosa uterina (a superfície externa do útero);

- a parede anterior do sigmóide distal, com sinais de invasão muscular (a cerca de 15cm do bordo anal), isto é, estendendo-se da região do sigmóide à região anal e, provavelmente, foi o obstáculo encontrado por ocasião da colonoscopia como revela a imagem a seguir (fls. 51). Se o extenso foco na região sigmóide-ânus bloquear a passagem do bolo fecal, o que é raro acontecer, pode gerar um abdome agudo (emergência médica de possível caráter cirúrgico). De qualquer sorte, tornou-se verdadeira a afirmação da reclamante, pela falta de impugnação específica, que se submeteu a procedimento cirúrgico em decorrência de obstrução intestinal intensa, com a retirada de 20 cm de seu intestino.

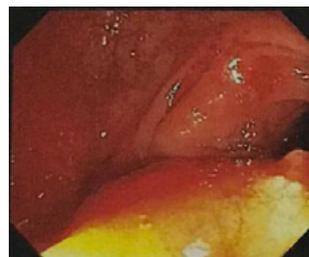


Imagem: sinais de possível invasão de células endometriais na junção do sigmóide e do reto (colonoscopia de fls. 51, 2019)

- O ureter distal esquerdo, com sinais de obstrução deste. Isto indica possível risco de comprometimento de função urinária. Caso o foco de endometriose no ureter distal esquerdo bloqueie totalmente a passagem da urina, pode levar a hidronefrose com a possível consequente perda da função renal, caso não tratada em tempo hábil, embora o exame laboratorial, realizado em 13/12/2018 (6 meses e 8 dias antes da cirurgia) e registrado na solicitação de fls. 54, indique valores da uréia e da creatina normais indicando que provavelmente, à época, a reclamante não estava em sofrimento renal. O urologista encaminhou a reclamante para procedimento cirúrgico de introdução de cateter duplo J em canal uretral. Pela falta de impugnação específica, tem-se como verdadeira a alegação de que havia avaliação médica sobre a necessidade de nova cirurgia para a extração de um pedaço da bexiga e de um dos ureteres.

- Nas regiões anexiais, ocorreu o envolvimento dos ovários, notadamente à esquerda, o que pode levar a risco de possível comprometimento principalmente do ovário esquerdo;

- Existe uma lesão em forma de "C", medindo cerca de 3,6cm, no sigmóide proximal, invadindo sua parede muscular inferolateral esquerda. Ou seja, há uma invasão dos tecidos endometriais na região sigmoidal proximal;

- Entre a bexiga e o útero, na região septo vesico-uterino à esquerda, há outro foco endometrial, medindo cerca de 2,3 x 2,1cm, com invasão muscular uterina (7mm) e da parede vesical superior. Ou seja, há invasão no músculo do útero e na parede superior da bexiga;

- Tem foco de endometriose na região das trompas (serosa uterina das regiões cornuais);

- A endometriose chegou ao umbigo (região umbilical), mas não há informações mais precisas sobre suas características.

É possível perceber do laudo da ressonância, ainda, outros achados na região ginecológica, como um cisto hemorrágico no ovário esquerdo e leiomioma (mioma submucoso).

Para melhor compreensão da extensão

dos focos de endometriose profunda, socorro-me da figura obtida em obra de Anatomia¹³⁴ da região pélvica feminina:

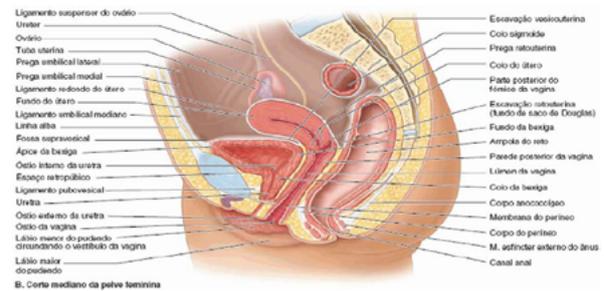


Figura 2: Anatomia da região pélvica feminina (KEITH, DALLEY e AGUR, 2014)

Pela extensão dos focos de endometriose profunda, inclusive em vários órgãos fora do aparelho reprodutivo (nos aparelho genito-urinário e intestinal), e o volume de alguns deles, é possível aferir que a reclamante padecia de uma dor física de caráter intenso, conforme consta da queixa relatada ao urologista (fls. 54), crônica (frequente) e, provavelmente, incapacitante. Além de todo o quadro acima descrito e dos riscos potenciais associados à sua enfermidade (como infertilidade, obstrução intestinal e hidronefrose, entre outros) ou aos achados de endometriose, há que se recordar o risco moderado ao desenvolvimento de câncer ovariano, pelo envolvimento dos ovários, notadamente o esquerdo, conforme estudos médicos acima relatados (cf. item 5).

Em suma, a prova indireta produzida nos autos pela reclamante indica a presença de i) estágio grave da endometriose profunda, que se espalhou pela cavidade pélvica, com dor física intensa, frequente (crônica) e, provavelmente, incapacitante, e com riscos de involução também graves; ii) a reclamante é portadora de doença estigmatizante e apta a ensejar preconceito, conforme bibliografia citada no item 5; iii) o ato demissional aconteceu quando a reclamante estava doente e em período de debilidade da reclamante, poucos dias após internação hospitalar (para cirurgia); iv) a reclamada tinha ciência da doença da reclamante, inclusive concedendo afastamento médico; v) a dispensa ocorreu às vésperas da cirurgia do reclamante. Diante desses elementos, incide, 134 MOORE, DALLEY e AGUR, *op. cit.*, p. 446.

na espécie, o entendimento da Súmula 443 do TST.

Diante desse quadro médico, resta superada a conclusão do ASO demissional e DECLARO, incidentalmente, sua insubsistência para os fins de direito a que se destina.

RECONHEÇO, com base na prova indireta, a presunção de discriminação na dispensa realizada pela reclamada, nos termos da Súmula 443 do TST, em razão da presença de doença grave, que atinge exclusivamente as mulheres, e capaz de causar, por si só, estigma e preconceito, e da qual a reclamada tinha ciência ao tempo da rescisão.

Como se não bastasse, a prova indireta revela a presença de outro ato da prática de discriminação institucional no procedimento para efetivação da rescisão da reclamante.

Conforme fica claro da análise da documentação médica acostada aos autos, o ASO demissional, apesar de sua aparência neutra, desconsiderou o quadro de saúde da reclamante. Mesmo que a profissional de saúde que o subscreve não tivesse ciência da doença crônica de endometriose profunda da reclamante (porque não foi comunicada pela reclamante ou pela empresa, não teve acesso à documentação médica ou apenas realizou um exame clínico, por exemplo), o que afastaria a intencionalidade, o fato é que a doença, da qual a reclamada tinha ciência, não foi considerada. Ou seja, o procedimento para validação da aptidão para dispensa imotivada, ao tornar invisível ou desprezar uma condição de saúde própria da mulher, ainda que de forma não intencional e aparentemente neutra, reforçou o estereótipo e a assimetria entre homens e mulheres, produzindo impacto diferenciado e distintivo, não justificável à luz dos art. 5º, caput e I, da Constituição c/c art. 168, III, da CLT.

RECONHEÇO, pela prova indireta, a discriminação estrutural pelo desprezo à condição de saúde da mulher na homologação de atestado de saúde ocupacional demissional por parte da reclamada.

8.4. Teoria estática do ônus da prova

como regra geral

Em que pese ser desnecessária a análise sob a perspectiva do encargo probatório (e de outras técnicas probatórias e valorativas) em face da presunção judicial e das provas direta e indireta da discriminação, avanço no julgamento para também examinar a controvérsia sob tal(is) ótica(s).

Conforme relatado, a reclamada apontou em sua defesa fatos modificativos do direito em relação à alegada prática discriminatória e impeditivos quanto aos direitos postulados em juízo, a saber: a dispensa da autora decorreu da necessidade de redução de custos operacionais e da ocorrência de redução do quadro funcional.

Ora, ao aduzir tais motivações, a reclamada atraiu para si o ônus de comprová-los, a teor dos arts. 818 da CLT e 373 do NCPC, segundo a regra geral da teoria estática do ônus da prova. Entretanto, a reclamada não produziu quaisquer provas acerca da redução dos custos operacionais e da dispensa de outros empregados como fundamento para a dispensa da reclamante.

Portanto, não comprovado o fato modificativo de direito (e com efeitos impeditivos) aduzido pela reclamada, RECONHEÇO a dispensa discriminatória, nos termos dos arts. 818 da CLT e 373 do CPC.

8.5. Inversão do ônus da prova

Como se não bastasse, as circunstâncias encontradas nestes autos atraem a inversão do ônus da prova, a fim de garantir a igualdade da partes e a paridade de armas, o acesso pleno e substancial à Justiça e o devido e substancial processo legal (art. 5º, II, XXXV e LIV, da Constituição Federal), conforme autoriza os arts. 1º e 373, §§ 1º a 3º, CPC e 818, §§ 1º a 3º, CLT.

A prática de discriminação apontada pela reclamante, e negada pela reclamada, é de natureza oculta ou velada, de difícil ou de impossível prova, conforme já exaustivamente exposto (itens 2 e 3). A reclamante, assim, está diante da chamada prova diabólica (cf. item 3) e, portanto, não

detém paridade de armas com a reclamada, nem tem como obter o substancial acesso à justiça por não possuir meio de prova hábil a garantir o devido processo legal.

A reclamante apresentou documentos médicos que, como dito, revelam que, ao tempo da dispensa tinha uma doença exclusiva de mulheres que causa estigma. Às vésperas de uma cirurgia, a reclamada, ciente da doença – ao conceder afastamento médico a ela – procedeu a dispensa da re. Assim, independentemente da gravidade da doença (e do raciocínio que concluiu pela prova indireta da discriminação) e incidência da Súmula 443 do TST, referidas provas bastam para ensejar a inversão do ônus probatório ou seja, as provas apresentadas pela reclamante constituem início de prova hábil a ensejar a inversão do encargo *probandi*.

Saliente-se que não está presente a chamada prova diabólica inversa, que inviabilizaria a inversão do encargo *probandi*. A reclamada tem condições de comprovar eventual tratamento humano e compassivo, a adoção de Código de Ética e do alegado canal de denúncias, bem como a motivação de redução de custos e a redução do quadro funcional que aduziu em juízo. Porém, não fez qualquer prova em juízo.

RECONHEÇO a prática discriminatória, em razão da inversão do ônus probatório, em face da presença de prova diabólica acerca da discriminação oculta, do início de prova documental da discriminação e da ausência de prova hábil por parte da reclamada.

8.6. Princípio da aptidão da prova

Diante da hipossuficiência técnica da reclamante em demonstrar prática de discriminação oculta pela presença de prova diabólica, incide o art. 6º do CDC, a ensejar a inversão do ônus da prova em desfavor da reclamada.

Referida reclamada é apta a demonstrar a evolução das condições de saúde da reclamante, mediante a juntada dos atestados de saúde ocupacional periódicos do período imprescrito (art. 168, III, CLT), os atestados médicos apresentados pela

reclamante, reveladores de afastamentos justificados e suas causas (NR 7) e os registros de ponto (art. 74, § 2º, CLT) referentes ao comparecimento na empresa pela reclamante e, especialmente, a regularidade do ato da dispensa e as razões que levaram ao desligamento da empresa (redução de custos e de funcionários) e sua política e condutas de tratamento digno e respeitoso. Ao não fazer, não se desonerou do encargo probatório que recai sobre si por ser o detentor desses meios de prova.

Invertido o ônus da prova, por força do art. 6º do CDC aplicado supletivamente ao Processo do Trabalho em face da hipossuficiência técnica da reclamante em produzir a prova da discriminação oculta, e não tendo a reclamada se desincumbido desse encargo, RECONHEÇO a dispensa discriminatória.

8.7. Prova por verossimilhança

Melhor sorte não tem a reclamada, se examinada a controvérsia à luz do art. 335 do NCP e a da probabilidade de veracidade das alegações de cada parte.

A reclamante laborou por 21 anos para a reclamada, e, como se observa dos autos, galgou, no decorrer dos anos, promoções até o cargo de Especialista Financeira, com o salário de R\$ 6.652,35, em maio de 2019. Ante a ausência de impugnação específica, tem-se como verdadeira a alegação de que nunca sofrera penalidade e de que exercia exemplarmente suas atribuições. Aliás, caso assim não fosse, não seria promovida no decorrer do liame empregatício, nem ficaria tanto tempo na reclamada caso não atendesse aos fins da empresa.

Ora, quando a reclamante mais precisava do emprego, em que a atitude mais esperada seria ampará-la nesse momento de difícil e extrema necessidade, a reclamada tomou a iniciativa para a ruptura contratual.

Causa estranheza, o fato da reclamante passar a exercer a função de Especialista Financeira, **em maio de 2019**, com elevado padrão salarial, e, logo em seguida (um mês e poucos dias após), decidir a reclamada por

dispensá-la sem justa causa, sob o argumento de redução de custos, coincidentemente, no momento em que a autora iria se submeter a uma cirurgia (fl.54). A reclamada não comprovou a alegada dispensa de outros vários empregados, tampouco a necessidade de corte de custos, sequer na área em que a reclamante laborava.

Por outro lado, a empresa tinha ciência do estado clínico da empregada e decidiu dispensá-la, mesmo estando a funcionária em tratamento clínico para sua doença e na iminência de realizar cirurgia.

A despedida efetivada após a constatação do quadro de endometriose profunda, que acomete a autora, aliada à permanência do vínculo laboral por 21 anos de trabalho e à recém alteração da função, induz à presunção natural de que sua despedida provavelmente decorreu em virtude do seu estado de saúde, sendo inverossímil, por ausência mínima de qualquer elemento probatório, a afirmação de que a dispensa fundou-se em razões econômicas.

Por força do art. 375 do NCP, RECONHEÇO a inverossimilhança da alegação econômica para a dispensa da reclamante e a verossimilhança da afirmação de que a motivação para a rescisão foi a doença que acometia à reclamante à época dos fatos.

8.8. Teoria dinâmica do ônus da prova

A teoria dinâmica do ônus da prova segue caminho semelhante ao da aplicação do princípio da aptidão da prova (item 8.6), pois tal teoria adota esse princípio como mola propulsora para sua incidência sobre o caso concreto que exige seu excepcional manejo.

Configurada a impossibilidade probatória da reclamante em demonstrar a prática de discriminação oculta e a possibilidade da reclamada em comprovar a regularidade do seu ato, incide, no particular, na forma dos arts. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCP, a distribuição dinâmica do encargo probatório, recaindo sobre a reclamada o ônus da prova.

A reclamada, porém, não se

desincumbiu desse encargo, sequer trazendo elementos mínimos sobre seu corretor proceder, da necessidade de redução de custos e de pessoal e do tratamento digno e respeitoso para com a reclamante.

RECONHEÇO a discriminação do ato rescisório da reclamada, que não se desincumbiu do ônus probatório dinâmico (art. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCP, incidente na espécie em razão da presença de prova diabólica.

8.9. Aplicação do Protocolo de julgamento da Recomendação 128/2022 do CNJ.

Por fim, como última técnica de valoração e de julgamento, passa-se a examinar o litígio a luz do Protocolo do CNJ, objeto de sua Recomendação 128/2022. A rigor, bastaria na fundamentação colocar, em um texto argumentativo, colocar as razões e as conclusões à luz dos passos propostos pelo CNJ, ficando aqueles questionamentos de checagem de imparcialidade do julgador, da influência e influxos e de estereótipos e a balizas de julgamento como uma autorreflexão e autoanálise de suas conclusões. Porém, esta sentença se propõe a ser didática, revelando, passo a passo, como foi construída a convicção da decisão que ora é tomada. Por isso, peço licença para, no particular, seguir respondendo cada uma das perguntas propostas pelo Protocolo (cf. item 4).

Relativamente à imparcialidade e à correta atuação para o julgamento da causa:

Passo 5: valoração de provas e identificação de fatos

Pergunta 1: Uma prova geralmente considerada relevante poderia ter sido produzida?

Resposta: A reclamante está diante de um fato de prova difícil ou impossível, ante a dificuldade de demonstrar prática oculta da alegada discriminação.

Pergunta 2: Em vista da resposta anterior, é necessário conferir um peso diferente à palavra da vítima?

Resposta: É possível conferir um peso

diferente a versão da reclamante. Contudo, várias de suas afirmações sequer mereceram contestação específica da reclamada, conforme exige o art. 341 do NCP. Portanto, pelas regras ordinárias, já se opera a presunção de veracidade dessas afirmações.

Pergunta 3: Provas podem estar imbuídas de estereótipos de gênero?

Resposta: Não foram produzidas provas orais neste feito. Porém, entre as provas documentais produzidas, foi constatado, pelo confronto da documentação médica apresentada pela reclamante com o ASO demissional, a desconformidade desse e, incidentalmente, foi declarada sua insubsistência por caracterizar prática discriminatória estrutural (vide item 8.3).

Pergunta 4: Minhas experiências pessoais podem estar influenciando a minha apreciação dos fatos?

Resposta: Não. A doença e a dor a ela associada são típicas do universo feminino.

Pergunta 5: Posso estar dando peso a um evento que só parece importar por ideias preconcebidas que permeiam minha visão de mundo?

Resposta: Não. Há análise foi feita à luz do estudo sobre a literatura médica acerca da doença que acomete a reclamante.

Pergunta 6: Posso estar minimizando algum fato relevante?

Resposta: Não creio. Procurou-se fazer uma leitura atenta das versões da cada parte, das provas produzidas, das normas incidentes e de estudos atualizados sobre a temática. Não ouve prova oral produzida.

Pergunta 7: Posso estar ignorando como as dinâmicas de desigualdades estruturais interferem na vida de uma pessoa?

Resposta: A. Não creio.

Passo 6: identificação do marco normativo e precedentes aplicáveis

Pergunta 1: Qual marco jurídico nacional ou internacional se aplica ao caso? Qual a norma que presta maior garantia ao direito à igualdade às pessoas envolvidas no caso?

Resposta: Os marcos jurídicos nacionais e internacionais para o direito material debatido está exposto nos itens 2 e 6 deste tema, inclusive as normas que prestam maiores garantias, como a Convenção de

Belém e a Constituição. O marco normativo de direito processual restou exposto no item 3 e todas as técnicas foram aqui aplicadas.

Pergunta 2: Quais as ferramentas que o marco normativo aplicável oferece para resolver as assimetrias na relação jurídica?

Resposta: As ferramentas, de caráter material e processual, foram expostas e aplicadas, particularmente na análise dos itens 8.1 a 8.8.

Pergunta 3: Existem pronunciamentos dos organismos regional ou internacional como recomendações, opiniões consultivas ou observações gerais que façam referência aos elementos do caso?

Resposta: Foram utilizados dois pronunciamentos da Corte Interamericana de Justiça (item 4).

Pergunta 4: Existe jurisprudência ou precedente nacional aplicável ao caso? Em quais argumentos se baseou a decisão (ratio decidendi)?

Resposta: A decisão aplicou entendimento da Súmula 443 do TST (item 8.3) e citou dois outros precedentes do TST, que se mostraram úteis ao exame da controvérsia. A ratio decidendi fundou-se nas diversas espécies de prova e na clássica e nas modernas técnicas probatória e foram exaustivamente expostas.

Pergunta 5: Existem pronunciamentos ou informes dos sistemas regional e internacional de proteção de direitos que contenham semelhanças com o caso? Os argumentos se aplicam ao caso?

Resposta: Diante dos dois pronunciamentos da CIDH, acima referidos (pergunta 3 e item 4), não se fez necessária a ampliação da pesquisa. Porém, pesquisou-se o tratamento probatório da dificuldade probatória em alguns países e na União Europeia.

Pergunta 6: A solução atende ao conteúdo constitucional?

Resposta: A solução preserva o direito a antidiscriminação e a igualdade, ao acesso pleno e substancial à Justiça, a paridade de armas e ao devido processo legal e está atenta à dignidade da pessoa humana, especialmente na relação de trabalho.

Passo 7: interpretação e aplicação do direito

Pergunta 1: Minha interpretação de conceitos está refletindo a realidade de grupos subordinados ou está restrita à minha percepção do mundo?

Resposta: Alguns conceitos expostos sobre desigualdade por sexo (item 1) ainda não foram totalmente assimilados e, em certa medida, divergem da minha percepção. Porém, não se pode ficar estancado ou preso em um mundo próprio. Deve-se estar atento às realidades e às inovações do Direito e há muito a aprender. Diante da ampla bibliografia pesquisada exposta, crê-se que os conceitos expostos foram úteis ao exame da controvérsia.

Pergunta 2: É possível que a norma seja construída a partir de estereótipos negativos sobre grupos subordinados??

Resposta: Não se notou nas normas aplicadas qualquer estereótipo negativo sobre grupos subordinados.

Pergunta 3: Há um tratamento manifestamente desigual? Se sim, a justificativa para tal é fruto ou perpetuadora de desigualdades?

Resposta: Não se notou nas normas aplicadas qualquer estereótipo manifestamente desigual.

Pergunta 4: Determinada norma tem um impacto desproporcional sobre determinado grupo? Se sim, esse impacto é fruto ou perpetuador de desigualdades estruturais?

Resposta: A aplicação de uma teoria estática do ônus da prova pode levar a tratamento manifestamente desigual e um impacto desproporcional e, o pior, na perpetuação da discriminação e a repetição pelo Poder Judiciário da discriminação. No caso, foram utilizadas as mais modernas técnicas probatórias para aferir, sob várias lentes, a situação debatida nos autos.

Respondidas as questões acerca da atuação desse magistrado no exame da causa – o que, repita-se, deve ser feita no âmbito interno e não externo como exposto, passa-se ao protocolo, em si, do julgamento sobre a perspectiva de sexo. Julgar sob essa perspectiva significa adotar uma postura ativa de reconhecimento das desigualdades históricas, sociais, políticas, econômicas e culturais a que as mulheres estão e estiveram sujeitas ao longo da história, e, a partir

disso, perfilhar um caminho que combata as discriminações e as violências por elas sofridas, contribuindo para dar fim ao ciclo de reprodução dos estereótipos de gênero e da dominação das mulheres.

Passa-se, assim, a responder as perguntas específicas do Protocolo¹³⁵:

Protocolo do CNJ para análise da dispensa discriminatória no trabalho

Pergunta 1. A trabalhadora ou o trabalhador se insere em algum grupo vulnerável ou historicamente discriminado?

Resposta: Sim. Há um processo histórico de discriminação das mulheres e de divisão sexual do trabalho.

Pergunta 2. No meio ambiente de trabalho no qual a pessoa ou o grupo estão inseridos existem outras trabalhadoras ou outros trabalhadores com as mesmas características?

Resposta: Prejudicado, por falta de elementos nos autos.

Pergunta 3. Nos processos seletivos, quais foram os perfis das candidatas selecionadas ou dos candidatos selecionados?

Resposta: Prejudicado, por falta de elementos nos autos.

Pergunta 4. A conduta questionada, se praticada em relação aos grupos majoritários, produziria a mesma consequência?

Resposta: Não. Primeiro, porque os homens não têm endométrio, nem endometriose. Depois, porque é, para eles, difícil de saberem ou sentirem as dores e as angústias provocadas por essa enfermidade. Por fim, a literatura especializada pesquisada (item 5) revelou que, com o tempo, o sentimento de compaixão passa para o de incompreensão e de inviabilidade da doença, vista por grupos majoritários como “frescura” ou “coisa de mulher”, segundo palavras de estudiosa (cf. nota 107).

Pergunta 5. A prática adotada habitualmente pelo empregador ou pela empregadora leva a resultados discriminatórios ainda que não tenha havido intenção de discriminar?

Resposta: Sim, tanto o ato demissional, como o ASO demissional produziram

135 BRASIL. CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, op. cit., p. 112.

resultado (impacto) desproporcional, isto é, discriminatório, em razão da doença exclusiva da mulher, com potencial de se repetir em situações análogas.

Pergunta 6. A prática da empregadora ou do empregador está relacionada ao trabalho e se coaduna ao negócio?

Resposta: A conduta da reclamada está relacionada como o trabalho. A reclamada não comprovou que a dispensa foi por razões econômicas. Ao contrário, a prova indireta (item 8.3) e por verossimilhança (item 8.7), entre outros meios utilizados, deixaram claro que a reclamante foi dispensada em razão de seu estado de saúde, da qual a empresa tinha ciência, e de sua condição como mulher com endometriose profunda.

Dessa maneira, também segundo o Protocolo do CNJ para a discriminação no ambiente laboral, tem-se que, a exceção das duas perguntas tidas por prejudicadas, as outras 5 respostas revelam a presença de discriminação em razão da condição da reclamante de mulher.

RECONHEÇO que o presente julgamento observa os ditames do Protocolo objeto da Recomendação 128/2022 e, no mérito, RECONHEÇO a discriminação sofrida pela reclamante, com base nas respostas às questões específicas propostas pelo referido Protocolo.

9. Conclusão

Diante da análise supra, por todos os ângulos que se examina a controvérsia, CONCLUO que houve dispensa discriminatória pelas seguintes razões, **cada uma delas suficientes, por si só, a respaldarem e a manterem esse entendimento**, assim sintetizadas:

a) ocorrência de prova direta de que o ato rescisório da reclamada produziu impactos desproporcionais e constituiu um ato de violência contra a mulher e de discriminação estrutural à luz dos arts. 1º e 6º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto 1.973/1996) e discriminação nos termos do art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação contra a Mulher (Decreto 4.377/2002);

b) demonstração, por prova indireta e b.1) por presunção judicial (Súmula 443 do TST), que, ao tempo da dispensa, a reclamante era portadora de doença grave, estigmatizando e apta a produzir preconceitos, da qual a reclamada tinha ciência e, ainda b.2) por prova indireta, a discriminação estrutural pelo desprezo à condição de saúde da mulher na homologação de atestado de saúde ocupacional demissional, por parte da reclamada (art. 5º, caput e I, da Constituição c/c art. 168, III, da CLT);

c) não comprovação do fato modificativo de direito aduzido pela reclamada quanto à motivação de ordem econômica para o ato rescisório, a teor do que dispõe os arts. 818 da CLT e 373 do NCPC;

d) existência de início de prova de abuso do direito potestativo do direito de dispensa e pela ausência de contraprova, diante da inversão do encargo probatório decorrente da impossibilidade de produção da prova da discriminação oculta ou velada (art. 5º, II, XXXV e LIV, da Constituição Federal c/c arts. 1º e 373, §§ 1º a 3º, CPC e 818, §§ 1º a 3º, CLT);

e) não ter a reclamada se desincumbido satisfatoriamente do ônus de comprovar a regularidade do ato rescisório da qual era apta, em face da hipossuficiência técnica da reclamante, a teor do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor;

f) inverossimilhança da alegação econômica para a dispensa da reclamante e verossimilhança da afirmação de que a motivação para a rescisão foi a doença que acometia à reclamante à época dos fatos (art. 375, NCPC);

g) não ter a reclamada se desincumbido do ônus probatório dinâmico (art. 818, § 1º, da CLT e 373, § 1º, do NCPC, incidente na espécie em face da presença de prova diabólica; e

h) julgamento por perspectiva de sexo, a revelar a discriminação velada

(Recomendação 128/2022 do CNJ c/c arts. 8º do NCPC e 7, “f” e “g”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil).

RECONHEÇO, portanto, por cada um desses elementos, o tratamento discriminatório dado pela reclamada à reclamante, em razão de sua condição de saúde como mulher, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho. Ante a absoluta desconformidade com a prova dos autos e demais elementos de convicção expostos à exaustão, **DECLARO**, incidentalmente, a insubsistência do ASO demissional da reclamante para os fins de direito a que se destina.

Como houve reconhecimento, além de discriminação oculta, práticas discriminatórias estruturais, com potencial de alcançar outras trabalhadoras, **EXPEÇA-SE**, desde logo, ofício ao Ministério Público de Trabalho para que tomando ciência do inteiro teor desses autos, inclusive dos laudos de exames médicos apresentados pela reclamante e do seu quadro clínico, apure, caso assim entender, a correta expedição de atestados de saúde ocupacionais demissionais, bem como a prática de discriminação, sob qualquer forma, contra a mulher em razão de enfermidade.

Diante das inconsistências verificadas nos autos, ainda que sem elementos de dolo, **OFICIE-SE**, com urgência, ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, com cópia desta sentença, da petição inicial, da contestação, dos atestados e exames médicos de fls. 47/54 e dos atestados de saúde ocupacionais de fls. 250/251 para que tome ciência do ASO demissional e da declaração judicial de sua insubsistência e adote, se for o caso, as providências que entender de direito.

Considerando que as provas diretas e indiretas revelaram discriminação estrutural em procedimento da reclamada em dispensa de mulher trabalhadora e enferma, com potencial de ser prática reiterada em face de sua aparência neutra, **COMUNIQUE-SE**, mediante ofício ou por meio de Processo SEI, a todas as Varas do Trabalho do Distrito Federal,

a Secretaria do Tribunal Pleno e das Seções Especializadas e as Secretarias das 3 Turmas do TRT 10, para fins de ciência, com a seguinte informação: “Eminentes Desembargadores e Juizes do Trabalho, informo a V. Ex^{as} que, na Ação Trabalhista 005-23.2021.5.10.0021, em que são partes YYYYYYYYYY e XXXXXXXX, foi declarada, incidentalmente, a insubsistência de ASO demissional – que considerou a reclamante apta para ser dispensada –, em face da sua total desconformidade com o quadro de saúde da reclamante, doente à época da rescisão contratual, em prática hábil a constituir discriminação estrutural e passível de ocorrer em outras situações análogas”.

Caso a secretaria opte pela abertura do processo no SEI, inclua-se cópia dessa sentença, da petição inicial e da defesa.

Ante a importância de conscientização dos magistrados do trabalho acerca das doenças típicas das mulheres e de seus eventuais estigmas e estereótipos, **ENCAMINHE-SE** cópia anonimizada em PDF da presente sentença, a ser juntada no PJe, para a Comissão Anamatra Mulheres e para o Grupo de Estudos sobre Equidade de Gênero, Raça e Diversidade montado pela Escola Judicial do TRT 10.

Não havendo elementos suficientes de materialidade e de conduta dolosa, DEIXO de enviar ofício ao MPDFT e ao MPF por fatos que, em tese, poderiam ter relação, respectivamente, com os arts. 299 e 347 do Código Penal.

Com relação aos efeitos do reconhecimento da discriminação, a reclamante, apesar de poder optar pela reintegração, preferiu a reparação, em dobro, na forma do art. 4º da Lei 9.029/1995, considerando a remuneração mensal apenas.

Conforme fichas financeiras e livro de registro de empregados, as verbas salariais da reclamante, ao tempo da rescisão, totalizavam R\$ 6.652,35. A compensação, em dobro, pela dispensa discriminatória, é de R\$ 13.304,70 mensais.

Em que pese ter decorrido 18,8 meses entre a dispensa e o ajuizamento da

ação trabalhista, a reclamante limitou sua pretensão a 17 meses, o que, multiplicado por R\$ 13.304,70 mensais, totaliza justamente o valor postulado de R\$ 226.179,90.

JULGO PROCEDENTE o pedido para determinar o pagamento, em dobro, de indenização correspondente da remuneração mensal, por 17 (dezessete) meses desde a dispensa, no valor total de R\$ 226.179,90, conforme limites dos pedidos.

Horas extras

Discute-se nos autos o pagamento de horas extras e de intervalo intrajornada.

A reclamante afirma que trabalhava de segunda a sexta-feira das 8 às 18h e aos sábados das 8 às 12h e que, desde que passou a ser chefe de operações, sempre realizou 1h extra por dia.

Em defesa, a reclamada confessa que, no exercício do cargo de Especialista Financeira, a reclamante estava sujeita a controle de jornada conforme cartão de ponto. Narra que a demandante cumpria jornada de 44 horas semanais, com intervalo intrajornada de no mínimo uma hora e uma folga semanal.

Já no tocante a função de Chefe de Seção/Departamento/Operações, a autora exercia cargo de confiança, não estando sujeita a controle de jornada conforme os termos do artigo 62, II da CLT.

O art. 62 da CLT exclui do regime da duração do trabalho os trabalhadores externos cujas atividades são incompatíveis com a fixação de horário de trabalho, desde que haja registro na CTPS e no registro de empregados (inciso I); os exercentes de cargos de gestão, como gerentes, diretores e chefes de filial e departamento, que ganham gratificação de função igual ou superior a 40% do salário efetivo (inciso II) e, desde a vigência da Lei 13.467/2017, os empregados em regime de teletrabalho.

Dispõe o art. 62, da CLT, *in verbis*:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo

regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Portanto, para enquadramento no inciso II da citada norma, exige-se a presença de dois requisitos: distinção remuneratória e poder de gestão. Ambos a serem comprovados pela empregadora, por constituírem fatos impeditivos do direito obreiro (art. 818, II, da CLT).

Quanto ao primeiro deles, distinção remuneratória, não foi produzida prova a respeito. A autora foi promovida a chefe de seção em 11/09/2006, conforme ficha de Id 7706617 (fl. 175) e não há nos autos comprovante do salário pago à época aos operadores de loja (cargo efetivo), de forma a viabilizar a análise a respeito da existência ou não de acréscimo salarial de, no mínimo, 40%, conforme parágrafo único do art. 62 da CLT.

Igualmente não fez prova da existência de poderes diferenciados, não restando demonstrada ainda a autonomia e a liberdade de horário supostamente gozadas pela autora.

Nesse contexto, afasto o enquadramento da reclamante na exceção do art. 62, II, da CLT, pelo que passo à análise da jornada de trabalho por ela cumprida. Afastado o seu enquadramento na regra do artigo 62, II, da CLT, impõe-se presumir a veracidade da jornada indicada na exordial,

seja porque a ré não carrou aos autos controles de jornada de todo período pleiteado, atraindo a aplicação da regra prevista na Súmula 338 do TST, seja porque não produziu (e nem pretendeu produzir) nenhuma prova, oral ou documental, que pudesse elidir tal presunção.

Nesse sentido o entendimento do TST e do TRT da 10ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. EXCEÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CARTÃO DE PONTO. SÚMULA 338/I/TST. Na hipótese em exame, resta clara a ausência dos pressupostos necessários ao enquadramento no tipo legal. Diversamente do apregoadado pela Reclamada, o Regional constatou que as atividades exercidas pela Reclamante não preenchem os requisitos necessários ao seu enquadramento na exceção contida no art. 62, II, da CLT. Assim, fixadas tais premissas pelo Regional, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível em sede de recurso de revista, a teor das Súmulas 102 e 126/TST. O Regional presumiu verdadeiras as jornadas alegadas na inicial, ante a inexistência de qualquer controle, quanto à jornada de trabalho. Nos termos da atual redação do item I da Súmula 338/TST, é ônus do empregador que conta com mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho, na forma do art. 74, § 2º, da CLT, de maneira que a não apresentação injustificada dos controles de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho apontada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário. Com efeito, uma vez não apresentados os cartões de ponto e não elidida a alegação por prova em contrário, gerou-se presunção de veracidade da jornada pleiteada na

exordial, nos termos do entendimento emanado da Súmula 338, I/TST. É jurisprudência pacífica desta Corte que a aplicação do entendimento consagrado no verbete sumular em referência independe da intimação do empregador para que apresente em juízo os cartões de ponto. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (TST, AIRR 1053406119965010052, 6ª Turma, Rel. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 14/12/2011, DEJT 19/12/2011).

HORAS EXTRAS. EMPREGADO QUALIFICADO COMO GERENTE DE DEPARTAMENTO: EXCEÇÃO DO ART 62, II, DA CLT. REQUISITOS. NÃO-COMPROVAÇÃO. SÚMULA 338 DO TST. A exclusão do prestador das regras de proteção horária, nos termos do art. 62, II, da CLT, vincula-se à comprovação do grau expressivo e singularizado de confiança, da relevância da função desenvolvida no âmbito da estrutura organizacional, do padrão salarial e dos amplos poderes de gestão empresarial. Não comprovada a presença dos requisitos legais, inviável o enquadramento do empregado na exceção do art. 62, II, da CLT. **Afastado o enquadramento legal pretendido pelo empregador e não cumprida a exigência legal de que trata o § 2º do art. 74 da CLT, sobrevém a presunção de veracidade do horário afirmado na petição inicial, na exata conformidade do item I da Súmula 338 do col. TST.** Não resgatado o ônus probatório a cargo do empregador, impõe-se a admissão da jornada afirmada na petição inicial e a condenação ao pagamento de horas extras e reflexos postulados. Recurso conhecido e provido. (TRT da 10ª Região. RO 01183201201210008, 3ª Turma, Rel. Douglas Alencar Rodrigues, julgado em 09/04/2014, publicado 25/04/2014 no DEJT).

Diante disso, a jornada desempenhada pela parte reclamante era a mencionada na petição inicial, isto é, de segunda-feira a sexta-feira, das 8 às 18h, com uma hora de intervalo,

e aos sábados, das 8 às 12h, sem intervalo. Há, portanto, 1 hora extra de segunda a sexta-feira, totalizando 4 horas extras semanais, o que considerando a média de 25 dia úteis por mês e 6 dias úteis por semana, totalizam 16,6667 horas extras mensais.

Não há prova do pagamento da totalidade das horas extras prestadas, ônus que pertence ao empregador, a teor dos arts. 818 da CLT e 373 do novo CPC, por se tratar de fato extintivo do direito postulado em juízo. São devidas, portanto, horas extras.

No cálculo das horas extras, são utilizados os seguintes parâmetros: • dias efetivamente trabalhados; • evolução e globalidade salarial, compreendendo inclusive adicionais, gratificações e eventuais diferenças de natureza salarial reconhecidas nesta sentença; • divisor 220; • integração pela média aritmética; • adicional de 50%; • abatimento dos valores pagos; • horário de trabalho indicado nesta sentença.

Assim, considerando que as fichas financeiras acostadas aos autos apuram a base de cálculo do FGTS somente com as parcelas salariais, excluindo férias, e os dias de efetivo trabalho, subtraindo ausências como em período de férias anuais, e que a ordem dos fatores não altera o produto, são devidos os seguintes valores à reclamante de horas extras e reflexos:

Mês Ano	Base de Cálculo	Qtde. H.Extr.	H. Ext. 50%	V.Pago (-)	Valores Devidos
jan/16	5.729,58	16,667	651,09		651,09
fev/16	5.729,58	16,667	651,09		651,09
mar/16	613,88	16,667	69,76		69,76
abr/16	5.729,58	16,667	651,09		651,09
mai/16	5.895,16	16,667	669,91		669,91
jun/16	5.895,16	16,667	669,91		669,91
jul/16	5.937,16	16,667	674,68		674,68
ago/16	5.895,16	16,667	669,91		669,91
set/16	6.484,28	16,667	736,85		736,85
out/16	6.484,28	16,667	736,85		736,85
nov/16	6.484,28	16,667	736,85		736,85
dez/16	6.938,19	16,667	788,43		788,43
jan/17	6.938,19	16,667	788,43		788,43
fev/17	7.203,32	16,667	818,56		818,56
mar/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
abr/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
mai/17	4.103,84	16,667	466,35		466,35
jun/17	5.870,57	16,667	667,11		667,11
jul/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
ago/17	7.081,10	16,667	804,67		804,67
set/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
out/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
nov/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
dez/17	7.035,32	16,667	799,47		799,47
jan/18	7.210,85	16,667	819,42		819,42
fev/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
mar/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
abr/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
mai/18	7.164,07	16,667	814,10		814,10
jun/18	4.605,47	16,667	523,35		523,35
jul/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
ago/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
set/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
out/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
nov/18	7.419,93	16,667	843,18		843,18
dez/18	4.874,15	16,667	553,88		553,88
jan/19	7.495,09	16,667	851,72		851,72
fev/19	7.716,73	16,667	876,90		876,90
mar/19	7.716,73	16,667	876,90		876,90
abr/19	6.386,26	16,667	725,71		725,71
mai/19	5.499,38	16,667	624,93		624,93
jun/19	2.660,94	16,667	302,38		302,38
TOTAL					30.475,82

Ante a limitação do pedido, JULGO PROCEDENTE o pedido para deferir o pagamento de uma hora extra por dia, conforme limites dos pedidos, de segunda a sexta-feira, a partir da 8ª hora diária, no período de imprescrito até a rescisão contratual em 12/06/2019, no valor total de R\$ 30.475,82, nos termos da apuração supra. Considero que o valor apontado na petição inicial como mera estimativa e, por isso, não está a condenação limitado a ele.

Férias atrasadas

A reclamante afirmou que não teve o direito de tirar suas férias durante o período laboral e não recebeu por elas. Requereu o pagamento, em dobro de 55 dias de férias.

Compete ao empregador o ônus de comprovar o pagamento das férias com 1/3 oriundas do contrato de trabalho e a fruição dessas dentro do período concessivo (art. 134 da CLT), por se tratarem de fatos extintivos do direito postulado em juízo (arts. 818 da CLT e 373 do NCPC).

O art. 137 da CLT estabelece que quando não concedidas no período concessivo as férias devem ser pagas em dobro. Interferem no direito às férias, entre outros, faltas injustificadas (art. 130 da CLT) e auxílio doença por mais de 6 meses (art. 133, V, da CLT), cuja demonstração é encargo do empregador, por se tratarem de fato impeditivo ou modificativo de direito.

A reclamada trouxe diversos recibos de férias e pagou umas férias vencidas no TRCT, porém não encontrou o comprovante do pagamento e/ou gozo das férias com 1/3, mediante recibos de parte dos últimos períodos.

As férias devem ser calculadas sobre a última remuneração da reclamante (R\$ 6.652,35), pois esta é a época do seu pagamento (art. 142 da CLT). **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido de pagamento de 55 dias de férias vencidas com 1/3, de forma simples, no valor total de R\$ 16.261,30.

Indefiro seu pagamento em dobro, tendo em vista que o autor não delimitou quantos dias, e de qual período aquisitivo se tratam os 55 dias pendentes de pagamento.

Multa art 467

A mora rescisória ainda permanece até a presente data. Não há controvérsia razoável sobre a cessação do contrato de trabalho e para o inadimplemento reiterado da obrigação, mesmo após a primeira audiência. A parte reclamada não comprovou

o depósito em conta ou a consignação do valor da rescisão que entendia devido no prazo legal ou mesmo até a audiência inicial trabalhista. É devida a multa do art. 467 da CLT.

A multa do art. 467 da CLT deve ser calculada considerando apenas as verbas rescisórias *stricto sensu* (aviso prévio, saldo do salário do último mês trabalhado, 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3) que forem devidas, e, por força do art. 146 da CLT, as férias vencidas com 1/3, por se tratar de penalidade, que deve ser interpretada restritivamente.

Assim, remanescendo apenas o valor de férias vencidas de 55 dias, no valor total de R\$ 16.260,44, **JULGO PROCEDENTE** o pedido para determinar o pagamento da multa do art. 467 da CLT, no valor de R\$ 8.130,65.

Indenização por dano moral

Haverá dano moral, passível de reparação na forma dos arts. 186, 187, 927 e 944 do Código Civil, quando determinada conduta ilícita ou abusiva praticada por outrem trazer prejuízo à integridade psíquica ou à personalidade moral de alguém, ainda que em decorrência de uma lesão física. Essa reparação, de caráter compensatório-punitivo, caso devida, deverá observar a lei material vigente à época dos fatos em face do princípio da irretroatividade das leis de cunho substantivo.

No caso, restou comprovada a dispensa discriminatória em razão de gênero, conforme acima exposto.

A teor do que estabelecem os arts. 7º, XXII, 225 da Constituição da República, 14 e 19 da Convenção nº 155 da OIT, incumbe ao empregador garantir ambiente de trabalho sadio, que preserve a higidez física e psicológica dos trabalhadores. Diante da dispensa discriminatória a qual foi submetida a reclamante, que se viu aviltada em sua honra, dignidade, imagem e auto-estima, é justo e razoável que a reclamada seja responsabilizada pelo dano moral que vitimou a trabalhadora em foco. A discriminação reduz à dignidade da vítima, diminuindo-a

como pessoa, nega direitos, viola a igualdade e atenta contra diversos bens imateriais do ofendido.

A partir da vigência da Lei 13.467/2017, incidente à época dos fatos, a reparação encontra-se disciplinada nos arts. 223-B, 223-C e 223-E da CLT.

Para aferição do valor da compensação pecuniária, considera-se: i) a natureza do bem jurídico tutelado, para isso leva-se em conta o direito lesionado e sua repercussão no plexo de bens imateriais da vítima; ii) a intensidade do sofrimento ou da humilhação, em face da sua proximidade com os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana; iii) a possibilidade de superação física ou psicológica, em razão da capacidade de recuperação da lesão sofrida; iv) os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, aferindo a repercussão ocorrida na vida profissional e pessoal da parte ofendida; v) a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, que experimentou a parte reclamante no caso; vi) as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, conforme revela a prova produzida e o contexto em que ocorreu; vii) o grau de dolo ou culpa, mediante a apreciação da intenção e dos graus de culpa do ofensor; viii) a ocorrência de retratação espontânea, procurando avaliar se o ofensor retratou-se ou arrependeu-se; ix) o esforço efetivo para minimizar a ofensa, aferindo-se as condutas adotadas para atenuar o impacto da lesão no ofendido; x) o perdão, tácito ou expresso, que possa revelar o grau de impacto que a lesão ainda gera na vítima; xi) a situação social e econômica das partes envolvidas, considerando a capacidade econômica e a situação social das partes; e xii) o grau de publicidade da ofensa, a revelar a repercussão social e comunitária do dano.

O dano moral sofrido pela parte reclamante é de natureza **grave**.

O art. 944 do Código Civil determina que a indenização mede-se pela extensão do dano. É esse o parâmetro legal que deve ser o ponto de partida e que, no caso, revela-se apropriado para satisfazer todos os parâmetros acima. Na Justiça comum, há uma forte tendência jurisprudencial em fixar

o dano moral em função do dano material ocorrido. Para alguns juízes, o dano material é capaz de melhor dimensionar o dano, inclusive de caráter não patrimonial. Por isso, passo, com base nessa premissa, a fixar o dano moral.

A CLT tem como parâmetro para a reparação das dispensas em geral o aviso prévio. No caso, considerando os quase 21 anos de relação de emprego, mais precisamente 250,5 meses de trabalho, tem-se que a reclamante tem direito a 90 dias de aviso prévio. Por ser discriminatória a dispensa, a reparação deve ser calculada em dobro na forma da já citada Lei 9.029/1995. Considerando a remuneração rescisória de R\$ 6.652,35, teríamos que 90 dias de reparação (3 meses), resulta no valor de R\$ 19.957,50 [6652,35*3], que, em dobro, chega a R\$ 39.914,10.

Porém, a prática discriminatória não se limitou a dispensa realizada em 12/6/2019, mas também pelo procedimento de discriminação estrutural com a invisibilidade da doença da reclamante por ocasião do exame médico demissional, conforme demonstrado pela prova indireta (item 8.3), ainda que destituída de intenção. A perpetuação da discriminação ou a nova prática de discriminação devem repercutir no valor da reparação. Como não há evidências do dolo e da sua aparência de neutralidade, o valor supra deve ser acrescido do percentual de 50%. Assim, o total devido a título de reparação à reclamante, é de R\$ 59.871,15 [(39914,10*1,5)].

Considero que referido valor é adequado, pois a dispensa discriminatória tem repercussão na capacidade financeira da reclamante em realizar exames e procedimentos médicos. A reclamada, mesmo ciente da cirurgia e do quadro da reclamante, preferiu, há poucos dias de procedimento cirúrgico, dispensá-la, pouco se importando com sua saúde e como ela arcaria com o procedimento médico e hospitalar. Mostrou-se, assim, desprezo pela vida humana e pela saúde de quem consumiu sua juventude e sua vida laboral para, por longos anos, colocar suas energias em favor da reclamada.

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar a reclamada no pagamento de indenização por dano moral pela dispensa discriminatória em razão da condição de mulher da reclamante, no valor de R\$ 59.871,15.

Benefícios da Justiça Gratuita

O art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, prevê a concessão dos benefícios da Justiça gratuita a qualquer das partes que recebam salário igual ou inferior a 40% do teto dos benefícios da previdência social ou para quem demonstrar a insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais. A concessão de tal benefício não desonera eventual obrigação de efetuar depósito recursal.

Conforme Portaria SEPRT 477/2021 do Ministério da Economia, a partir de 1/1/2021, o teto dos benefícios da previdência social é de R\$ 6.433,57, o que significa que a renda máxima para a concessão de Justiça gratuita, na primeira hipótese, é de R\$ 2.573,43, isto é, pouco mais de 2 salários mínimos. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza para classificar as 5 (cinco) classes sociais no Brasil o valor da renda familiar por salários-mínimos. Os 40% do teto da previdência social enquadra-se na renda definida para a chamada classe D (média-baixa), cujo intervalo vai de 2 a 4 salários-mínimos. Logo, pelo mesmo critério de renda, presume-se que quem tem renda de até 4 salários mínimos, por estar na mesma classe social de quem se enquadra no § 3º, do art. 790 da CLT, também terá dificuldades para, sem prejuízo de sua subsistência e de sua família, arcar com as despesas do processo. Nos demais casos, em visível retrocesso legislativo, caberá ao interessado do benefício demonstrar sua incapacidade econômica.

A parte requerente, com a extinção do contrato de trabalho, não tem, a princípio, mais salários ou rendimentos para suportar encargos decorrentes deste feito. Portanto, ausente prova em contrário, há direito ao benefício, na exata dicção do § 3º do art. 790 da CLT. Além disso, possui doença crônica, que repercutiu em diversas estruturas da região pélvica, cujo tratamento, clínico ou

cirúrgico, demanda-lhe custos financeiros adicionais. **CONCEDO** os benefícios da Justiça gratuita para a parte reclamante.

Honorários advocatícios

A Lei 13.467/2017, alterando o entendimento da Lei 5.584/1970, passou a prever a fixação de honorários advocatícios em razão de sucumbência, mesmo parcial, nas decisões proferidas nas ações trabalhistas (inclusive em demandas contra a Fazenda, em Reconvenção, nos feitos em que há assistência sindical ou substituição processual e em desfavor do empregado), no percentual de 5 a 15% sobre o valor liquidado da atualizado da causa.

O STF, por ocasião do julgamento da ADI 5.766/DF declarou, por maioria, inconstitucionais os arts. 790-B, caput, e 791-A, § 4º, da CLT, conforme voto prevalente do Ministro Alexandre de Moraes, cuja ementa tem o seguinte teor:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação

na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

Dessa forma, ficou assentado que é inconstitucional a cobrança de honorários advocatícios de trabalhador beneficiário da Justiça gratuita, salvo na hipótese de sua ausência injustificada à audiência inicial ou una. Fora dessas hipóteses, em todas as demais, havendo sucumbência, incidem os honorários advocatícios em favor da parte adversa.

Nos termos do art. 791-A da CLT, a base de cálculo dos honorários de sucumbência, decorrentes do êxito em cada pedido cumulado objetivamente, é, para o advogado da parte reclamante, o valor apurado em liquidação e, para o representante judicial parte reclamada, a soma dos valores atribuídos para cada pedido julgado totalmente improcedente ou extinto sem resolução de mérito. Nessa hipótese, não havendo liquidação de sentença, nem proveito econômico mensurável, apenas resta a apuração pelo valor da causa de tais pleitos. Acrescente-se que, no pedido julgado parcialmente procedente, há êxito da parte reclamante, ensejando, salvo em pleito sem cunho pecuniário, valores a serem liquidados, não havendo, por isso, como, sob pena de bis in idem, condenar a parte reclamante nessa verba.

Eventuais requerimentos de cunho processual ou procedimental (como compensação, expedição de ofício, tutelas de urgência, intervenção de terceiros, etc.), por não produzirem coisa julgada material, não são tecnicamente pedidos e, por isso, não ensejam pagamento de honorários em favor de qualquer das partes.

Os pleitos não liquidados e que tiverem sido julgados improcedentes ou extintos sem resolução de mérito, não havendo previsão legal para fixação do juízo quando esgotadas as possibilidades do art. 791-A da CLT, terão como base de cálculo R\$ 0,00 (zero reais). Da mesma forma, os pleitos procedentes que não tiverem expressão econômica, nada acrescentaram na liquidação dos cálculos e consequentemente na apuração da verba honorária.

No caso, há sucumbência total. Além disso, houve a concessão de benefícios da Justiça gratuita em favor da reclamante.

Considerando o grau de zelo dos profissionais que atuam nesse feito, a prestação de serviços realizada, os custos do trabalho, a natureza e a importância da controvérsia, a complexidade do trabalho desenvolvido e o tempo desenvolvido na elaboração das peças processuais e na defesa da parte que representam, CONDENO a parte reclamada ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre a liquidação do julgado, no valor total de R\$ 34.091,88.

Contribuição previdenciária e fiscal

Em obediência ao disposto no art. 832, § 3º, da CLT e considerando o disposto no art. 214 do Decreto 3.048/1999, declara-se que a condenação está sujeita à contribuição previdenciária em relação ao 13º salário e às horas extras. Os descontos previdenciários devidos serão recolhidos, mês a mês, sobre as parcelas salariais ora discriminadas, observando-se o limite máximo do salário-de-contribuição, a cota de cada parte e a correta identificação da reclamante, sob pena de execução direta pela quantia equivalente. Não haverá descontos previdenciários de parcelas em favor de terceiros por fugir à competência dessa Justiça Especializada.

Os descontos fiscais sobre as parcelas salariais deferidas, o que não inclui os juros de mora, deverão ser apurados e recolhidos na forma da lei e da jurisprudência consolidada do TST. A apuração deve considerar os Rendimentos Recebidos Acumuladamente (RRA) durante o período contratual objeto da

condenação.

Juros e correção monetária

Sobre o montante da condenação incidirão juros e atualização monetária até a data do efetivo pagamento, na forma da decisão emanada pelo STF na ADC 58, e, no que couber, no disposto no art. 883 da CLT, na Súmula 381 do TST, na legislação específica e no entendimento pacificado/majoritário pelo TST.

Deverão ser aplicados os índices oficiais da Justiça do Trabalho que estiverem em sintonia com o entendimento do STF e do TST, segundo sua época própria de incidência e a balizas fixadas pelas instâncias superiores, conforme for apurado em liquidação de sentença.

As multas, os encargos de juros de mora e a atualização monetária decorrentes das contribuições previdenciárias e dos descontos fiscais que incidirem sobre a condenação também serão apurados na forma estabelecida pela jurisprudência consolidada do TST e do STF.

Com relação à indenização por danos extrapatrimoniais, a teor da Súmula 362 do STJ, os juros e a correção monetária devem ser apurados a partir da data da publicação dessa sentença. De fato, tendo sido imposta a obrigação nesse momento, é a partir desse instante que a reclamada tem ciência do seu débito.

Compensação/dedução

A fim de se evitar duplicidade de pagamento e enriquecimento sem causa, AUTORIZO a dedução/compensação dos valores pagos/recolhidos sob o mesmo título das verbas ora deferidas, desde que devidamente comprovadas até a execução, particularmente no que diz respeito às férias com 1/3.

Registros finais

Por fim, cabe assinalar que “sentença” vem de “sentir”, o que acentua que ela expressa a convicção, o sentir do Juiz ao

decidir a causa. Embora, não seja possível abstrair toda a verdade dos fatos e a certeza dos acontecimentos (item 7 do tema afeto à dispensa discriminatória), referida decisão é fruto da profunda convicção formada à partir das provas e das técnicas probatórias, que, se bem compreendidas e aplicadas, foram elaboradas para garantir o acesso pleno, efetivo e substancial à Justiça, pilar imprescindível do Estado Democrático do Direito e porta para assegurar todos os outros direitos fundamentais.

Para aqueles que tiveram a paciência de ler esta longa decisão até aqui e para os que acham, equivocadamente, que a Justiça é cega ou que dorme ou cochila inclusive no recesso forense e em feriados como o Natal, basta dizer: “ainda há juízes em Roma”.

ANTE O EXPOSTO, nos termos, limites e parâmetros da fundamentação supra, que integra esse dispositivo para todos os efeitos legais, na Ação Trabalhista proposta por YYYYYYYYYY em desfavor de XXXXXXXX:

JULGO EXTINTO, com resolução do mérito, a pretensão relativa aos direitos pecuniários postulados cuja época própria de pagamento seja anteriores a 06/01/2016;

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado para condenar a reclamada no pagamento:

- em dobro, de indenização correspondente à remuneração mensal, por 17 (dezessete) meses desde a dispensa, no valor total de R\$ 226.179,90, conforme limites dos pedidos;
- de uma hora extra por dia, conforme limites dos pedidos, de segunda a sexta-feira, a partir da 8ª hora diária, no período de imprescrito até a rescisão contratual em 12/06/2019, no valor total de R\$ 30.475,82, nos termos da apuração feita;
- de 55 dias de férias vencidas com 1/3, de forma simples, no valor total de R\$ 16.261,30;
- da multa do art. 467 da CLT, no valor de R\$ 8.130,65;
- de indenização por dano moral pela dispensa discriminatória em razão da condição de mulher da reclamante, no valor de R\$ 59.871,15;
- de honorários advocatícios, no

percentual de 10% sobre a liquidação do julgado, no valor total de R\$ 34.091,88.

RECONHEÇO o tratamento discriminatório dado pela reclamada à reclamante, em razão de sua condição de saúde como mulher, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho e **DECLARO**, incidentalmente, a insubsistência do ASO demissional da reclamante para os fins de direito a que se destina.

FIXO o valor da condenação da Ação Trabalhista em R\$ 375.010,70, nos termos dos cálculos e valores constantes da fundamentação e também integrante deste dispositivo para todos os efeitos legais sobre os quais deverão ser acrescidos os demais encargos não apurados, mas determinados nessa decisão. **Custas** de R\$ 7.500,21 pela reclamada.

Benefícios da Justiça gratuita **concedidos**, na forma da fundamentação, em favor da reclamante.

EXPEÇA-SE, de imediato, ofício ao Ministério Público de Trabalho para que tomando ciência do inteiro teor desses autos, inclusive dos laudos de exames médicos apresentados pela reclamante e do seu quadro clínico, apure, caso assim entender, a correta expedição de atestados de saúde ocupacionais demissionais, bem como a prática de discriminação, sob qualquer forma, contra a mulher em razão de enfermidade.

OFICIE-SE, com urgência, ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, com cópia desta sentença, da petição inicial, da contestação, dos atestados e exames médicos de fls. 47/54 e dos atestados de saúde ocupacionais de fls. 250/251 para que tome ciência do ASO demissional e da declaração judicial de sua insubsistência e adote, se for o caso, as providências que entender de direito.

COMUNIQUE-SE, mediante ofício ou por meio de Processo SEI, a todas as Varas do Trabalho do Distrito Federal, a Secretaria do Tribunal Pleno e das Seções Especializadas e as Secretarias das 3 Turmas do TRT 10, para fins de ciência, a seguinte informação: “Eminentes Desembargadores

e Juízes do Trabalho, informo a V. Ex^{as} que, na Ação Trabalhista 005-23.2021.5.10.0021, em que são partes YYYYYYYYYY e XXXXXXXX, foi declarada, incidentalmente, a insubsistência de ASO demissional – que considerou a reclamante apta para ser dispensada –, em face da sua total desconformidade com o quadro de saúde da reclamante, doente à época da rescisão contratual, em prática hábil a constituir discriminação estrutural e passível de ocorrer em outras situações análogas”. Caso a secretaria opte pela abertura do processo no SEI, inclua-se cópia dessa sentença, da petição inicial e da defesa.

ENCAMINHE-SE cópia anonimizada em PDF da presente sentença, a ser juntada no PJe, para a Comissão Anamatra Mulheres e para o Grupo de Estudos sobre Equidade de Gênero, Raça e Diversidade montado pela Escola Judicial do TRT 10.

Apurem-se os juros, a correção monetária, a contribuição previdenciária e os descontos fiscais na forma da fundamentação.

Intimem-se as partes. Publique-se. Cumpra-se.

Gustavo Carvalho Chehab
Juiz do Trabalho Substituto