

ACÓRDÃO
8ª Turma
GMDMA/MCL/RAS

I - AGRADO EM AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL RECONHECIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO DO ART. 4º DA LEI 9.029/95. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA E LIMITATIVA DA MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR MOTIVO DE SEXO E DE ESTADO CIVIL. Constatada possível violação do art. 1º, III, CF, é de se prover o agravo para adentrar no exame do agravo de instrumento. **Agravo provido.**

II - AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL RECONHECIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO DO ART. 4º DA LEI 9.029/95. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA E LIMITATIVA DA MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR MOTIVO DE SEXO E DE ESTADO CIVIL. Demonstrada possível violação do art. 1º, III, CF, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. **Agravo de instrumento provido.**

III - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE NA VIGÊNCIA DA LEI

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL RECONHECIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO DO ART. 4º DA LEI 9.029/95. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA E LIMITATIVA DA MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR MOTIVO DE SEXO E DE ESTADO CIVIL. 1 – A reclamante busca a reversão da dispensa ocorrida em razão de desentendimentos entre o ex-empregador e o seu marido que trabalhava na mesma empresa. O Tribunal Regional entendeu que não restou comprovada a prática de "ato intencional de ofender ou menosprezar a reclamante, mormente porque a discussão provocativa ocorreu antes da menção à sua pessoa e entre o seu marido e o ex-empregador", e que "somente a conversa mantida entre o marido da reclamante e seu ex-empregador não possui o condão de caracterizar dispensa discriminatória". 2 – Pelo que se extrai dos elementos fáticos registrados no acórdão regional, a trabalhadora foi claramente despedida por retaliação e discriminação, pois o empregador refere-se à mulher trabalhadora, sua empregada, e ao seu marido, de forma depreciativa e discriminatória, o que nem de longe se insere no poder diretivo do empregador. 3 - No caso, denota-se a discriminação pelo fato de o empregador ter mencionado na discussão que não queria na empresa "esse tipo de gente", de forma pejorativa. A dispensa também demonstra total desconsideração à mulher enquanto pessoa humana e enquanto gênero, ignorando a sua identidade, seus direitos e seus atributos enquanto trabalhadora. A

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

atitude patronal busca atingir ao mesmo tempo o marido e a mulher, por meio da dispensa da trabalhadora perpetrada por meio de um recado, o que atinge também a sociedade e demonstra clara discriminação de gênero. 4 - Conforme orientação formulada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, o Poder Judiciário deve ficar atento de maneira a não minimizar "a relevância a certas provas com base em uma ideia preconcebida sobre gênero", sendo importante "refletir sobre prejuízos potencialmente causados" e "incorporar essas considerações em sua atuação jurisdicional". Da mesma forma, o julgador deve considerar se existe "alguma assimetria entre as partes envolvidas" e "o que significa proteger, no caso concreto?". A Lei nº 9.029/95 proíbe "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". A reclamante foi dispensada por meio de um recado, após incompatibilidade do empregador com seu marido, fato que indiscutivelmente levou à despedida arbitrária da trabalhadora. Portanto, enquanto mulher, a trabalhadora foi considerada mera extensão do homem, o que denota a indubitável prática de ato discriminatório. **Recurso de revista conhecido e provido.**

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-228-39.2017.5.10.0013**, em que é Recorrente **SIMONNI PIMENTEL NUNES NOBRE** e Recorrido **WCC FITNESS ACADEMIA DE GINASTICA LTDA - ME..**

Trata-se de agravo interposto à decisão que denegou seguimento ao agravo de instrumento em recurso de revista, na forma dos arts. 932, III, e 1.011, I, do CPC de 2015 e 118, X, do RITST.

Inconformada, a agravante alega que seu recurso reunia condições de admissibilidade. Pugna pela reconsideração da decisão agravada.

Foi apresentada contraminuta.

É o relatório.

V O T O**I - AGRAVO****1 - CONHECIMENTO**

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do agravo.

2 - MÉRITO

A decisão monocrática negou seguimento ao agravo de instrumento nos seguintes termos:

(...)

Nas razões do recurso de revista a parte alega que a causa oferece transcendência. Ressalta que sua tese de que a despedida foi discriminatória dividiu a opinião dos Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Registra que a discussão travada por meio de whatsapp entre o marido da reclamante e o seu empregador seria o motivo determinante para a dispensa da recorrente, caracterizando-se como ato discriminatório, uma vez que a despedida decorreria do seu estado civil ou da sua situação familiar. Entende fazer jus à indenização em dobro da remuneração do período de afastamento, além do pagamento de indenização

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

por dano moral em valor não inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Indica violação aos artigos 1º, 3º, 4º, I e II, da Lei nº 9.029/1995, bem como aos artigos 1º, III e IV, 3º, I, III e IV 7º, I, 5º, caput, I, II e X, e 170, VIII, da Constituição Federal.

Cumpridos os pressupostos do agravo de instrumento, procede-se previamente ao exame da transcendência, nos termos do art. 896-A, §1º, incisos I a IV, da CLT.

Nos termos do art. 896-A da CLT "O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica".

O objetivo da norma é de que os temas a serem alçados à análise em instância extraordinária detenham os indicadores de transcendência, que justifiquem o julgamento do recurso de revista interposto, em respeito aos princípios constitucionais que informam a razoável duração do processo, viabilizando que a Corte Superior se manifeste apenas em causas distintas, que detenham repercussão.

A causa diz respeito ao reconhecimento de que a rescisão do contrato de trabalho da reclamante teve viés discriminatório.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, por maioria, assentou que a despedida sem justa causa em apreço estaria albergada pelo poder potestativo do empregador. Nesse contexto, a acalorada discussão mantida previamente, por escrito, por meio do aplicativo whatsapp, entre o marido da trabalhadora e seu empregador, não comprovaria, por si só, nem a ofensa à honra da trabalhadora e nem a dispensa discriminatória, sendo destacado que ambos os ânimos, na oportunidade, estavam exaltados.

Não há que se falar em transcendência econômica (art. 896-A, §1º, I, da CLT), visto que não se afigura debate que conduza à conclusão de que há valores pecuniários de excessiva monta.

Inexiste transcendência política (art. 896-A, §1º, II, da CLT), tendo em vista que a decisão recorrida que, com base no conjunto probatório, concluiu pela não caracterização de dispensa discriminatória nos moldes do artigo 1º da Lei nº 9.029/1995 não contraria Súmulas do TST ou do STF e tampouco tese fixada em repercussão geral ou incidentes de demandas repetitivas.

Convém consignar que dos fatos relatados no acórdão transcrito não é possível afirmar que o motivo determinante para a dispensa da reclamante foi o seu estado civil ou a sua situação familiar, fatores sociológicos descritos na referida legislação que pretende salvaguardar os trabalhadores pertencentes a uma coletividade, minoria ou grupo de práticas discriminatórias.

O Regional afirmou, de forma categórica, que a conversa de whatsapp (entre o seu marido e o seu empregador) trazida pela autora foi a única prova produzida acerca da alegada discriminação. Registrou, ainda, que a reclamada entregou-lhe, no momento da dispensa, uma declaração na qual atestou que: "nada em nossos arquivos que possa desaboná-lo(a)", e que a reclamante

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

"sempre pautou pela pontualidade e honestidade em seu setor de trabalho e digno (a) de uma grande responsabilidade", acrescentando que " não há documento que possa desabonar sua boa conduta moral, profissional ou pessoal".

Eventual existência de um ânimo negativo entre o marido da reclamante e o empregador não se convola, por si, em discriminação em relação à pessoa da reclamante suficiente a contrariar o artigo 1º da Lei 9.029/95. Entender de modo diverso significaria criar uma espécie de discriminação reflexa, a qual não encontra respaldo legal.

Por outro lado, o registro da empresa negando conduta desabonadora quando da demissão revela, tão somente, observância ao direito potestativo do empregador, que pode rescindir o contrato de forma imotivada.

Esta Corte entende que em casos de demissão sem justa causa, a legitimidade do ato deve ser presumida em favor do empregador, incumbindo à parte reclamante a comprovação de eventual ocorrência de excesso no exercício do poder potestativo patronal, o que, segundo os relatos do acórdão, não aconteceu.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"(...) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA . ÔNUS DA PROVA. Demonstrada a violação legal (artigos 373, I, do CPC e 818 da CLT), o provimento do Apelo é consequência que se impõe. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido. RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014 E DO NOVO CPC. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA . ÔNUS DA PROVA. No caso de demissão sem justa causa a presunção de legitimidade do ato milita em favor do empregador, cabendo à Reclamante comprovar que a dispensa ultrapassou os limites do poder potestativo do empregador. In casu , a Reclamante não logrou êxito em afastar a presunção de legitimidade do ato de sua demissão, razão pela qual o entendimento da Corte de origem ofendeu as regras de distribuição do ônus da prova, uma vez que atribuiu à Reclamada o ônus de comprovar que a dispensa não foi discriminatória. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido" (RR-352-55.2012.5.09.0003, 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado ROBERTO NOBREGA DE ALMEIDA FILHO, DEJT 30/11/2018).

"(...) DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. ÔNUS DA PROVA. PROVIMENTO. No caso de demissão sem justa causa, a presunção de legitimidade do ato se dá em favor do empregador, observados os limites de seu poder potestativo. Nesse aspecto, recai sobre o reclamante o ônus de demonstrar eventual caráter discriminatório da dispensa. Precedente. Na hipótese, o Tribunal Regional reformou a sentença, por presumir discriminatória e retaliatória a dispensa do reclamante, ocorrida menos de dois meses após a propositura de reclamação trabalhista contra a reclamada e um mês após a sua notificação. Dessa forma, diante do exíguo prazo entre o ajuizamento da ação e da data

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

da dispensa, condenou a empregadora à reparação por dano moral, no valor de R\$3.000,00 (três mil reais). Para tanto, a Corte Regional fez constar que a reclamada não produziu qualquer prova capaz de infirmar a presunção gerada em seu desfavor. Efetivamente, entende-se que o fato de a dispensa haver ocorrido menos dois meses após o ajuizamento de ação trabalhista pelo reclamante contra a parte empregadora, não basta para implicar a presunção quanto à ilicitude da conduta patronal. Nesse aspecto, convém salientar que a Súmula nº 443 autoriza a presunção do cunho discriminatório da despedida, nos casos específicos de empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito, o que não se aplica à conjectura ora em exame. Conclui-se, de tal sorte, que a condenação da reclamada sobreveio a despeito da ausência de comprovação do fato constitutivo do direito do autor, em notória afronta ao artigo 818 da CLT. Por não haver o reclamante se desvencilhado do ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, o conhecimento do recurso de revista se ampara na ofensa ao citado dispositivo consolidado. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-76-29.2017.5.17.0002, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 25/09/2020).

"[...] DISPENSA IMOTIVADA. DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR. INEXISTÊNCIA DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REVELIA. O Tribunal Regional excluiu a condenação ao pagamento de indenização pela dispensa e da indenização por danos morais, pois não verificou, mesmo na ocorrência de revelia e confissão, qualquer ato discriminatório por parte da reclamada dos fatos narrados na inicial, pois entendeu que o empregador tem o direito de rescindir o contrato de forma imotivada ante a reclamação de um cliente sobre a qualidade do trabalho do empregado, sem precisar inquirir sobre a justiça ou não desta queixa, e mesmo que o reclamante entenda ter sido injusta. Nesse aspecto, restam incólumes os artigos 1º, III e IV, 5º, XLI, da Constituição Federal, porque não verificada a dispensa discriminatória, mesmo com a revelia e confissão aplicadas, pois é direito potestativo do empregador rescindir o contrato de forma imotivada ante a reclamação de um cliente sobre a qualidade do trabalho do empregado, mesmo que o reclamante considere injusta a queixa perpetrada. Agravo de instrumento não provido" (AIRR-2811-68.2012.5.02.0021, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 26/04/2019).

"A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. RITO SUMARÍSSIMO. NULIDADE DA DISPENSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDEVIDAS. O agravo de instrumento merece provimento, com consequente processamento do recurso de revista, haja vista que a reclamada logrou demonstrar a configuração de possível ofensa ao art. 5º, II, da CF. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. RITO SUMARÍSSIMO. NULIDADE DA DISPENSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

INDEVIDAS. 1. A legislação trabalhista possibilita ao empregador rescindir injustificada e unilateralmente o contrato de trabalho. Entretanto, o ordenamento jurídico não resguarda o exercício abusivo do referido direito de dissolução unilateral do contrato, ou seja, o direito potestativo de romper o contrato não é absoluto e deve ser exercido dentro de parâmetros mínimos de legalidade, de modo que, ainda que lhe seja lícito dispensar o empregado sem justa causa, ao empregador não é permitido fazê-lo por motivos antijurídicos, de modo que se a causa determinante da dispensa do empregado for ilícita, referida ilicitude impossibilitará o reconhecimento da validade do rompimento contratual porque, nesse caso, o direito de romper o contrato não terá sido exercido de modo legítimo pelo empregador, mas de maneira abusiva, com o objetivo de atingir resultado vedado pelo ordenamento jurídico. 2. Entretanto, na hipótese vertente, embora seja incontroverso que o reclamante tenha, de fato, ajuizado reclamações trabalhistas anteriores em desfavor da recorrente, os fatos narrados pelo Tribunal a quo, contudo, não permitem concluir pela caracterização de dispensa discriminatória, arbitrária ou preconceituosa por parte da reclamada, tendo o Regional se pautado em mera presunção. 3. Com efeito, não se divisa que tenha restado demonstrada nos autos a alegada discriminação, de modo que não há falar em nulidade da dispensa, mormente diante da ausência de prova efetiva da prática pela reclamada de qualquer conduta discriminatória vedada pelo art. 1º da Lei nº 9.029/95. 4. Dentro deste contexto, não comprovada a existência de irregularidade na despedida, impõe-se a reforma da decisão regional para afastar o reconhecimento de dispensa discriminatória, sendo indevidas a reintegração e a indenização por danos morais, tendo em vista a ausência de ato ilícito a ensejar as referidas reintegração e indenização. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-10240-10.2018.5.03.0034, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 14/08/2020).

"(...) 2. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. AMIZADE COM DESAFETOS DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS. PODER POTESTATIVO. PROVIMENTO. Ante possível violação do artigo 186 do CC, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. AMIZADE COM DESAFETOS DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS. PODER POTESTATIVO. PROVIMENTO. Discute-se, nos autos, se a dispensa decorrente da amizade do autor com desafetos do empregador configura ato discriminatório apto a ensejar o direito à reparação por danos morais. No ordenamento jurídico vigente, a despedida sem justa causa pelo empregador e, de igual modo, o pedido de demissão por parte do empregado, é ato discricionário, cujo exercício pode se dar de forma imotivada, sem indicação de uma causa pertinente. Se for demonstrado, entretanto, que a dispensa ocorreu em virtude de ato discriminatório, arbitrário ou abusivo, esta será nula, na esteira do que dispõe a Lei nº

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

9.029/95. Os motivos determinantes, porém, da denominada "dispensa discriminatória" e que, conseqüentemente, levaram à edição pelo legislador pátrio da Lei nº 9.029/95 devem ser condutas que envolvem o fator sociológico em seu cerne, ou seja, condutas que atingem uma coletividade, uma minoria, um grupo, de forma a caracterizar ilicitude de conduta e causar dano ao empregado ou empregados. Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional considerou que a demissão do autor constituiu ato discriminatório passível de compensação por danos morais, nos termos da Lei nº 9.029/95, por decorrer do fato de que ele viajou de férias com ex-funcionários que não eram da simpatia do sócio das reclamadas. Os fatos narrados, contudo, não permitem concluir pela caracterização de dispensa discriminatória, arbitrária ou preconceituosa por parte das reclamadas. Observa-se que em nenhum momento há referência ao sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade do reclamante como motivo da dispensa. Conquanto a referida Lei nº 9.029/95 traga no seu artigo 1º rol não taxativo de fatores considerados discriminantes para a dispensa, a hipótese dos autos trata-se de mero exercício do poder potestativo do empregador, disposto no artigo 2º da CLT, não havendo, no motivo da rescisão contratual, elemento sociológico a caracterizar discriminatória a dispensa. Sobre esse aspecto, importante registrar que, nos termos do quadro fático consignado no acórdão regional, o sócio das reclamadas não simpatizava com ex-funcionários com os quais o reclamante se relacionava. Se aqueles foram discriminados de alguma forma, as vítimas seriam eles, e não o autor, pois - repita-se - não se constata na decisão regional qualquer suporte fático que denuncie possível discriminação direcionada ao reclamante, seja por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Não se pode presumir, por outro lado, que o reclamante foi atingido por ato discriminatório supostamente praticado contra terceiros, pois, do contrário, estar-se-ia criando uma discriminação de forma reflexa, situação que não encontra amparo na lei, ainda que autorizada a ampliação do rol de hipóteses nela previsto, já que a vítima da conduta ilícita deve ser o próprio empregado demitido. Ressalta-se que o empregador tem o poder de direção empresarial, detendo inclusive o direito de rescindir o contrato de forma imotivada ante a quebra de confiança em seus empregados. Ante o exposto, ausente o ato ilícito das reclamadas, não há falar em compensação por danos morais. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-2016-68.2014.5.07.0016, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 11/10/2019).

A transcendência social (art. 896-A, §1º, III, da CLT) também não se verifica, pois embora a causa esteja atrelada à pretensão de trabalhador/reclamante quanto a direito social constitucionalmente assegurado, a decisão de origem, ratificada em segunda instância, encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Trabalhista.

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

Por fim, não se vislumbra a existência de transcendência jurídica (art. 896-A, §1º, IV, da CLT), haja vista que a questão jurídica trazida a debate não é nova.

Ausente a transcendência da causa, nego seguimento ao agravo de instrumento.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento, ante a ausência de transcendência da causa.

Nas razões do agravo, a reclamante pretende a reforma da decisão monocrática que negou provimento ao seu agravo de instrumento. A reclamante busca a reversão da dispensa ocorrida em razão de desentendimentos entre o ex-empregador e o seu marido que trabalhava na mesma empresa.

Reconheço a transcendência social da causa.

Na hipótese, a decisão monocrática negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão do Tribunal Regional que negou provimento ao recurso ordinário da reclamante, por considerar que: *"não é possível concluir, dos dados trazidos no acórdão regional, que foi decorrência única da discussão havida entre o marido da obreira e seu ex-empregador. Além disso, certo é que **o casal prestou concomitantemente serviços à mesma empresa, circunstância que milita a favor da ora agravada no sentido de reforçar a ausência de predisposição discriminatória relativamente ao estado civil ou situação familiar de seus empregados (artigo 1º da Lei nº 9.029/1995). No caso, deve imperar a presunção de que o ato se deu nos limites do poder potestativo do empregador, que pode rescindir o contrato de trabalho de forma imotivada"***. (Sem grifos no original)

A Lei nº 9.029/95 proíbe *"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"*.

A reclamante foi dispensada por meio de um recado, após incompatibilidade do empregador com seu marido, fato que indiscutivelmente levou à despedida arbitrária e discriminatória da trabalhadora.

Portanto, afigura-se possível a tese de violação do art. 1º, III, CF, pelo que, **DOU PROVIMENTO** ao agravo para adentrar no exame do agravo de instrumento.

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

II – AGRAVO DE INSTRUMENTO

1 - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, **CONHEÇO** do agravo de instrumento.

2 - MÉRITO

Em consequência do reconhecimento da possível violação do art. 1º, III, CF, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

III – RECURSO DE REVISTA

1 - CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista.

1.1 – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO DO ART. 4º DA LEI 9.029/95. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O Tribunal Regional adotou os seguintes fundamentos:

Repisando os argumentos exordiais, afirma a reclamante equivocada a decisão proferida, uma vez que a conversa juntada do aplicativo whatsapp, além de servir como prova emprestada, uma vez que foi juntada na reclamação trabalhista ajuizada por seu esposo contra a demandada (RT nº 0000136-37.2017.5.10.0021), refere-se a conversa que envolve o "esposo da recorrente e o sócio da reclamada" (fl. 165).

Aduz que a referida conversa foi juntada pela própria reclamada nos autos da RT nº 0000136-37.2017.5.10.0021, o que desconstitui a linha argumentativa da defesa, não tendo o juízo observado que houve requerimento para sua utilização como prova emprestada.

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

Acrescenta que a demandada não impugnou o documento juntado pela reclamante, cingindo-se a afirmar ser ilegal a conversa de whatsapp, uma vez que um de seus interlocutores não seria o proprietário da empresa (fls. 166/167).

Em tal cenário, não poderia o juiz ter reconhecido a ilicitude da prova, impondo-se, pelo conteúdo da referida prova, declarar que houve, de fato, dispensa discriminatória e ofensa à honra e dignidade da trabalhadora. Procurando desconstituir a declaração firmada pelo irmão da recorrente, pugna a autora pela reforma da sentença, para que seja reconhecida a licitude da prova produzida, declarada a nulidade da rescisão contratual, bem como seja deferida a indenização prevista no artigo 4º, II, da lei nº 9.029/95.

Comprovada a prática de atos ofensivos à honra e dignidade da trabalhadora, requer, outrossim, a condenação da reclamada na indenização respectiva, não inferior a R\$50.000,00 (fls. 174/176).

Não merecem prosperar os argumentos recursais.

No caso dos autos, como bem pontuou o juízo de origem, para a comprovação da dispensa discriminatória a reclamante juntou transcrição de conversa no whatsapp, na qual figuram como interlocutores o seu marido e o seu ex-empregador.

Não foram produzidas, pela recorrente, outras provas para a formação do convencimento do julgador acerca das alegações exordiais.

Toda a argumentação recursal recaiu sobre a licitude da prova apresentada - conversa de whatsapp -, que teria, segundo sua visão, aptidão para comprovar a dispensa discriminatória, como também o dano moral.

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal dispõe que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

O colendo Tribunal Superior do Trabalho tem admitido como lícitas, não somente gravações ambientais, como telefônicas, desde que se verifique que um de seus interlocutores é parte no feito. Cito a título ilustrativo os seguintes precedentes, in verbis: (...) No caso, a conversa que se pretende ter por lícita, ocorreu entre o ex-empregador da reclamante e seu marido, que também era empregado da reclamada.

Em princípio, o marido da reclamante erigir-se-ia como terceiro, afastando a licitude da prova produzida e atraindo a incidência do quanto disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal (TST-RR-761175/2001, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ de 26/3/2004, fls. 408).

Contudo, há no caso peculiaridade a ser considerada. Isto porque, segundo a autora, a conversa de whatsapp constante às fls. 28/39 teria sido juntada nos autos do processo nº 0000136-37.2017.5.10.0021, movida pelo marido da reclamante em face da reclamada, fato que considera apto a afastar o óbice arguido pela empresa.

Nesse aspecto, possui razão a recorrente.

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

Verifico que a reclamada, seja em contestação ou demais manifestações, não negou o fato deduzido pela autora. Pelo contrário. Consoante se observa da manifestação constante à fl. 111, a reclamada acaba por corroborar o fato declinado na exordial, inclusive esclarecendo que a conversa além de ter-se dado entre "terceiros que não compõem a lide em questão", "demonstra exatamente que seu esposo foi bem tratado durante todo o pacto laboral, não havendo que se falar em assédio moral".

Nesse contexto, a prova produzida pela autora revela-se como prova emprestada, porquanto extraída dos autos do processo nº 0000136-37.2017.5.10.0021, e pode ser considerada como válida no presente feito (art. 372/NCPC), uma vez que os documentos constantes de processos findos ou em andamento, podem ser acessados, inclusive, assegurando-se a obtenção de cópias, à exceção daqueles sujeitos a sigilo ou segredo de justiça (art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94 c/c art. 11, §§ 6º e 7º, da Lei nº 11.419/06).

Segundo o andamento processual constante no sítio eletrônico deste egrégio Tribunal, o referido processo não se encontra-se em sigilo ou em segredo de justiça, inexistindo óbice à juntada da conversa obtida pela autora, em que são interlocutores o seu marido e o ex-empregador, por meio de whatsapp (fls. 28/39), afastando-se a alegação de prova ilícita.

Ultrapassada essa questão, passo à apreciação da configuração ou não de dispensa discriminatória.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.029/95, consideram-se práticas discriminatórias aquelas que tenham por objetivo obstar o acesso ou a manutenção da relação de emprego, "por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal" ((Sem destaques no original).

As hipóteses de discriminação, como se verifica, não são exaustivas, autorizando-se ao Poder Judiciário reconhecer a limitação ao poder potestativo do empregador. Nas palavras da Excelentíssima Ministra Rosa Maria Weber "o exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios." (Processo: RR - 7608900-33.2003.5.02.0900, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ de 30/11/2007).

No caso dos autos, contudo, não se verifica a ocorrência de ato discriminatório, que mereça a atuação do Poder Judiciário no sentido de reconhecer a limitação ao poder potestativo do empregador.

A única prova produzida no presente feito para demonstrar a prática de ato discriminatório, como já explicitado, refere-se à conversa obtida pela

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

autora, em que são interlocutores o seu marido e o ex-empregador, por meio de whatsapp (fls. 28/39).

É possível observar que no referido diálogo - mantido entre o marido da reclamante e o ex-empregador - há provocações recíprocas, inclusive xingamentos, onde o ex-empregador chama o marido da reclamante de "folgado", "bosta" e "seu merda", e o marido da reclamante, além de fazer ameaças veladas, chama o ex-empregador de "bipolar". Somente após a discussão haver ultrapassado a urbanidade, demonstrando o nível de inimizade a que chegou a relação entre o marido da reclamante e o ex-empregador, é que houve menção à autora, na qual o ex-empregador afirma para o seu marido que "sua mulher não precisa ir a partir de amanhã", "está demitida" e "não quero contato algum com esse tipo de gente" (fl. 37).

É indene de dúvida que no calor de uma discussão, ainda que via whatsapp, as palavras desferidas em tom de provocações recíprocas não possuem o condão de caracterizar ofensa à honra subjetiva da vítima.

Não é possível, desse modo, extrair a necessária certeza quanto a prática de ato intencional de ofender ou menosprezar a reclamante, mormente porque a discussão provocativa ocorreu antes da menção à sua pessoa e entre o seu marido e o ex-empregador.

O juiz deve avaliar a situação com bastante acuidade, de modo a subsumir os fatos à norma legal. E, no presente caso, embora possa se entender tênue a linha que divisa o poder potestativo de dispensa e a possível discriminação, não é possível compreender a prática de ato repudiado pelo direito.

Observo que, a despeito da conversa mantida entre o marido da reclamante e o ex-empregador, foi entregue à autora declaração na qual a reclamada atesta que não consta "nada em nossos arquivos que possa desaboná-lo(a)", que a reclamante "sempre pautou pela pontualidade e honestidade em seu setor de trabalho e digno (a) de uma grande responsabilidade", acrescentando que " não há documento que possa desabonar sua boa conduta moral, profissional ou pessoal" (fl. 70).

Nesse cenário, inexistindo nos autos quaisquer outros elementos de prova, entendo que somente a conversa mantida entre o marido da reclamante e seu ex-empregador não possui o condão de caracterizar dispensa discriminatória e ofensa à dignidade e honra da trabalhadora, estando resguardado, no caso concreto, o poder potestativo de dispensa do empregador.

Nego, pois, provimento ao recurso da reclamante, todavia por outros fundamentos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário interposto pela reclamante e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação. É como voto.

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

Nas razões do recurso de revista, a reclamante sustenta que a dispensa se deu em razão da discussão travada pelo aplicativo *whatsapp* entre o seu marido e o ex-empregador, circunstância que evidencia ato discriminatório em relação ao seu estado civil ou situação familiar. Argumenta a existência de transcendência econômica em razão do valor postulado a título de danos morais, somado à remuneração em dobro fixada na Lei 9.029/1995 para as hipóteses de dispensa discriminatória. Também afirma existir transcendência política e social em razão de se tratar de dispensa discriminatória vedada na Constituição Federal (artigo 7º, I). Busca a reforma da decisão do Tribunal Regional para que lhe seja deferida a indenização postulada em razão do ato discriminatório comprovado e da lesão à sua honra, imagem e/ou patrimônio moral. Indica divergência jurisprudencial e violação dos arts. 1º, III, e IV, 3º, I, III e IV, 5º, I e II e 170, todos da Constituição Federal, 1º, 3º e 4º, da Lei 9.029/1995.

A reclamante busca a reversão da dispensa ocorrida em razão de desentendimentos entre o ex-empregador e o seu marido que trabalhava na mesma empresa.

Pelo que se extrai do acórdão do Tribunal Regional, houve, de fato, uma discussão entre o marido da reclamante e o ex-empregador registrado por meio do aplicativo *whatsapp*, da qual resultou a despedida discriminatória da reclamante ante a seguinte afirmativa do ex-empregador: "*o ex-empregador afirma para o seu marido que 'sua mulher não precisa ir a partir de amanhã', 'está demitida' e 'não quero contato algum com esse tipo de gente' (fl. 37).*" (sem grifos no original).

Para o Tribunal Regional, não é possível "*extrair a necessária certeza quanto à prática de ato intencional de ofender ou menosprezar a reclamante, mormente porque a discussão provocativa ocorreu antes da menção à sua pessoa e entre o seu marido e o ex-empregador*", e que "*somente a conversa mantida entre o marido da reclamante e seu ex-empregador não possui o condão de caracterizar dispensa discriminatória*".

Depreende-se do trecho destacado e do conjunto dos fundamentos do acórdão regional que a trabalhadora foi claramente despedida por retaliação e discriminação, pois o empregador refere-se à mulher trabalhadora, sua empregada, e ao seu marido, de forma depreciativa e discriminatória, o que nem de longe se insere no poder diretivo do empregador.

Do trecho destacado denota-se discriminação.

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

1 – O fato de o empregador ter mencionado na discussão que não queria na empresa "esse tipo de gente", de forma pejorativa, denota discriminação.

2 – A dispensa demonstra total desconsideração à mulher enquanto pessoa humana e enquanto gênero, ignorando a sua identidade, seus direitos e seus atributos enquanto trabalhadora. A atitude patronal busca atingir ao mesmo tempo o marido e a mulher, por meio da dispensa da trabalhadora perpetrada por meio de um recado, o que atinge também a sociedade e demonstra clara discriminação de gênero.

Conforme orientação formulada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, o Poder Judiciário deve ficar atento de maneira a não minimizar "a relevância a certas provas com base em uma ideia preconcebida sobre gênero", sendo importante "refletir sobre prejuízos potencialmente causados" e "incorporar essas considerações em sua atuação jurisdicional". Da mesma forma, o julgador deve considerar se existe "alguma assimetria entre as partes envolvidas" e "o que significa proteger, no caso concreto?".

Assim, no caso concreto, a Lei nº 9.029/95 proíbe *"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"*.

A reclamante foi dispensada por meio de um recado, após incompatibilidade do empregador com seu marido, fato que indiscutivelmente levou à despedida arbitrária da trabalhadora.

Portanto, enquanto mulher, a trabalhadora foi considerada mera extensão do homem, o que denota a indubitável prática de ato discriminatório.

Reconheço a transcendência social da causa.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista, por violação do art. 1º da Lei 9.029/95.

2 – MÉRITO**2.1 – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO DO ART. 4º DA LEI 9.029/95. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

O art. 4º, I e II, da Lei 9.029/1995, estabelece que, cabe ao empregado escolher se pretende a reintegração ao emprego ou a indenização correspondente ao período de afastamento, em dobro. Nesse sentido, o seguinte julgado:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMADO - (...). PROGRAMA DE DESLIGAMENTO DE EMPREGADOS COM TRINTA OU MAIS ANOS DE SERVIÇO E ELEGÍVEIS À APOSENTADORIA - PLANO DE AFASTAMENTO ANTECIPADO VOLUNTÁRIO - DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE - LEI Nº 9.029/95 - REMUNERAÇÃO EM DOBRO - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL A Lei nº 9.029/95 prevê em seu artigo 4º a possibilidade de o trabalhador discriminado escolher entre a reintegração com ressarcimento do período de afastamento ou o pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento. A indenização deve ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da Reclamante, nos termos da Súmula nº 28 do TST. (... (ARR-43500-47.2010.5.17.0009, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 22/09/2017).

No caso, a reclamante formulou pedido expresso de pagamento em dobro da indenização correspondente ao período de afastamento, tendo consignado pedido de reintegração apenas de forma subsidiária. Desse modo, como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 1º da Lei 9.029/95, **DOU-LHE PROVIMENTO** para condenar a reclamada ao pagamento da indenização disciplinada no inciso II do art. 4º da Lei 9.029/95 (percepção, em dobro, dos salários correspondentes ao período de afastamento), devendo ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da reclamante, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, além do pagamento de indenização por danos morais, que ora se arbitra no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, I) por maioria, dar provimento ao agravo para adentrar de imediato no exame do agravo de instrumento, vencido o Excelentíssimo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga; II) por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, por possível violação do art. 1º

PROCESSO Nº TST-RR-228-39.2017.5.10.0013

da Lei 9.029/95, determinando o processamento do recurso de revista, a reatuação dos autos e a intimação das partes e dos interessados para seu julgamento, nos termos dos arts. 935 do CPC e 122 do RITST, vencido o Excelentíssimo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga; III) por maioria, conhecer do recurso de revista por violação do art. 1º da Lei 9.029/95, e, no mérito, dar-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento da indenização disciplinada no inciso II do art. 4º da Lei 9.029/95 (percepção, em dobro, dos salários correspondentes ao período de afastamento), devendo ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da reclamante, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, além do pagamento de indenização por danos morais, que ora se arbitra no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Invertido o ônus da sucumbência. Vencido o Excelentíssimo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga.

Brasília, 19 de outubro de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

DELAÍDE MIRANDA ARANTES

Redatora Designada