

**A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS PRÉ-CONTRATUAIS,
CONTRATUAIS E PÓS-CONTRATUAIS ATRAVÉS DAS “LISTAS SUJAS”.**

**THE DISCRIMINATION IN THE PRE-CONTRACTUAL, CONTRACTUAL AND
POST-CONTRACTUAL LABOUR RELATIONS THROUGH OF “DIRTY-LISTS”**

Lutiana Nacur Lorentz¹

Wagner Camilo Miranda²

RESUMO:

As chamadas “listas sujas” são práticas discriminatórias negativas e ilícitas nas relações trabalhistas que ocorrem pelo fato de um empregado ter ajuizado uma ação na Justiça do Trabalho contra um empregador e, em virtude disso, outros empregadores não o contrataram. Na verdade, de uma forma vetusta, para essa discriminação era usada a semântica “listas negras”, porém o presente artigo defende que esta expressão não é correta porque envolve de forma pejorativa questões de raça e cor, propondo, por isso, sua substituição pela terminologia “listas sujas” através das quais o exercício de um direito constitucional de acionar o poder judiciário torna-se uma pecha profissional para o empregado, o que é adversatório a todo o ordenamento jurídico não só nacional, mas também internacional.

PALAVRAS-CHAVE: listas sujas; práticas discriminatórias negativas e ilícitas nas relações trabalhistas; ajuizamento de ação na Justiça do Trabalho.

ABSTRACT:

The so-called "dirty listing" are negative and illicit discriminatory practices in labor relations that occur because an employee has filed a lawsuit in Labour Court against an employer, and because of that, other employers do not hire him. In fact, in a very old way, it was used to such discrimination the term “blacklisting”, but this article argues that this expression is not correct because it involves race and colour matters in a pejorative way, proposing so its replacement by the expression “dirty lists” by which the exercise of a constitutional right to engage the judiciary becomes a professional blemish for the employee, which is opposing to all national and international legal system.

¹ - Procuradora do Ministério Público do Trabalho na 3ª Região, Doutora e Mestre em Direito Processual pela PUC-MINAS, Professora da Universidade FUMEC, graduação e mestrado.

² - Advogado, mestrando em Direito pela Universidade FUMEC.

KEYWORDS: dirty lists; negative and illicit discriminatory practices in labor relations; file a suit in Labour Court.

1. INTRODUÇÃO

O número de ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho - JT são estarrecedoras, sendo que nos anos de 2009-2013, foram recebidas perante os órgãos da Justiça do Trabalho (Varas do Trabalho – VT's, Tribunais Regionais do Trabalho – TRT's e o TST), 15.745.306 (quinze milhões setecentos e quarenta cinco mil trezentos e seis), ações sendo 1.160.791 (TST), 3.677.891 (TRT's) e 10.906.624 (VT's) conforme dados publicados na consolidação estatística da Justiça do Trabalho,³ o quantitativo de ações distribuídas foram registradas da seguinte forma: no ano de **2009** (2.988.399), no ano de **2010** (2.899.647), no ano de **2011** (3.069.489), no ano de **2012** (3.291.189) e no ano de **2013** – (3.496.582) ações distribuídas em todas as VT's, TRT's e o TST.

O relatório estatístico publicado pelo CNJ, referente à propositura de novas demandas trabalhistas informa a existência de 14.270,501 (quatorze milhões duzentos e setenta mil quinhentos e uma)⁴, ações distribuídas entre os anos de 2009-2010, registrado o quantitativo da seguinte forma: no ano **2009** (3.449.243), no ano de **2010** (3.327.325); no ano de **2011** – (3.634.312); no ano de **2012** (3.859.621) ações distribuídas em todas as Varas do Trabalho, TRT's e o TST, divergindo desta forma as informações constantes nas duas estatísticas apresentadas, sendo as estatísticas do CNJ ainda maiores do que a da JT.

Com relação à Justiça Federal – JF em todo país, pode-se aferir o número de ações criminais e não criminais nos anos de 2009-2012 o quantitativo de 10.379.933 (dez milhões trezentos e setenta nove mil novecentos e trinta três)⁵, sendo distribuído o quantitativo da seguinte forma: ano de **2009** (2.626.185), ano de **2010** (2.542.380), ano de **2011** (2.644.521) e, no ano de **2012** (2.566.847). Logo, esses indicadores mostram que as ações na JT nos anos de 2009/2012 excederam às ações na JF.

Se comparadas com as ações nas outras Justiças, por exemplo, na Justiça comum Estadual – JE de todos os Tribunais da Justiça estadual do país (somente foi possível a comparação dos feitos nos últimos quatro anos, conforme relatório analítico do CNJ), o quantitativo mesmo assim é grande, porque trata-se de matéria especializada. O quantitativo

³-<http://www.tst.jus.br/documents/10157/9243249/JT2013.pdf>, acesso em 12/07/2014.

⁴-<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/tabelas-do-justica-em-numeros>, acesso em 12/07/2014.

⁵- *Ibidem*.

de ações de todos os tribunais da Justiça Estadual do país nos últimos quatro anos foi de 73.489.222 (setenta e três milhões quatrocentos e oitenta e nove mil duzentas e vinte duas),⁶ registrado o quantitativo da seguinte forma: ano de **2009** (17.428.327); ano de **2010** – (17.456.989); ano de **2011** (18.563.867) e ano de **2012** (20.040.039).

O ajuizamento de ações perante qualquer órgão do Poder Judiciário nacional, art. 92, da CF/88 é um direito fundamental, segundo o art. 5º, XXXV, da CF/88, porém, notadamente o exercício deste direito na Justiça do Trabalho tem atraído um novo tipo de estigma⁷ e preconceito⁸ contra o empregado, de impedimento, muitas vezes, de sua empregabilidade (o que é uma modalidade de discriminação pré-contratual), provocando outras vezes perda do seu emprego (discriminação pós-contratual) e por outras vezes impedindo sua progressão hierárquica no emprego (discriminação contratual).

Além disto, dentro das chamadas “Ondas de Acesso à Justiça” sendo que as três primeiras foram teorizadas por Garth e Cappelletti⁹ (em síntese, a chamada “Primeira Onda de Acesso” teve (e tem) foco na assistência judiciária aos necessitados, a segunda na criação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a terceira na criação de meios processuais de promoção à celeridade, eliminação de excesso de formalismos e tentativa de compatibilidade com maior Justiça) e a quarta por Daicof¹⁰ no chamado “Comprehensive Law Moviment” (também, em síntese é a da Justiça Restaurativa, adotada no Canadá e EUA com indicação de vetores que promovam a (re) inserção do agressor na comunidade, com a participação deste, da comunidade e do ofendido, bem como amplo uso de variados métodos extrajudiciais, notadamente da Mediação Transformativa, vedação a participação judicial de advogados que tenham fracassado na resolução extrajudicial da causa, envolvendo os mesmos clientes, criação de disciplinas de Direito Preventivo de Conflitos em universidades, etc.) essa prática discriminatória é adversatária a qualquer viés de acesso à justiça.

A esta discriminação era de forma equivocada e vetusta usada à expressão¹¹ “listas negras”¹², porém, para evitar-se uso de terminologia pejorativa e adjetivações negativas que

⁶ - *Ibidem*.

⁷-GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª. ed., RJ: Guanabara Koogan, 1988, p. 20-40.

⁸- CROCHIK, José Leon. **Preconceito: indivíduo e cultura**. SP: Robe Editorial, 1997, p. 30/70.

⁹- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1978.

¹⁰- DAICOFF, Susan Swain. **Comprehensive law practice – law as healing profession**. Durban: Carolina Academic Press. 2011. p. xvi, in AGUILAR, Tháís Lopes de Chácara. **Direito Compreensivo: além dos horizontes da disputa**. 2014. Dissertação de Mestrado. UFMG, Belo Horizonte.

¹¹ - SAAD, Eduardo Gabriel. Lista negra e direito do trabalho. SP: **Suplemento Trabalhista da Revista LTr**, nº. 39, Trab.010/03, p.045/48, 2003.

envolvam vieses de raça e cor este artigo propõe o uso de outra semântica, qual seja, de “listas sujas”. Também é importante ressaltar que o objeto desta pesquisa, ou seja, as “listas sujas”¹³ já citadas não podem ser confundidas com a mesma expressão usada para identificar lista de empregadores que usam de trabalho forçado, ou seja, análogo ao de escravo, degradante ou desumano¹⁴, também chamada de “lista suja” pelo Ministério do Trabalho e Emprego- MTE¹⁵ criadas pela Portaria Interministerial MTE/SDH nº. 2, de 12 de maio de 2011.

Infelizmente, as diversas ações civis públicas ajuizadas, notadamente pelo Ministério Público do Trabalho – MPT na JT (várias julgadas procedentes meritoriamente) comprovam a prática recorrente desta discriminação, mas é importante ressaltar que são ações de difícil comprovação da prática discriminatória ilícita¹⁶. Além disto, com o ajuizamento de ações desta natureza e das individuais, tem-se aberto vários precedentes para pagamento de indenizações a empregados estigmatizados por esta prática discriminatória ilícita nas relações laborais¹⁷.

As “listas sujas” são práticas discriminatórias que notadamente infirmam os direitos sociais¹⁸ e, por decorrência, o Estado Democrático de Direito¹⁹, tendo em vista que a maioria dos empregados no Brasil, por não terem nem estabilidade no emprego, nem sequer a proteção de motivação de dispensas da Convenção 158 da OIT, que teve vigência em jan./96

¹²- PINTO, Marcelo. Lista negra de empregados e cadastro de inadimplentes. Porto Alegre: **Síntese Trabalhista**, ano XVII, nº. 196, p.57/67, out./05.

¹³ - GRIGOROVSKI, Antônio Carlos de. As listas negras e os reclamantes trabalhistas. SP: **Suplemento Trabalhista da LTr**, nº.39, Trab. 136/03, p.923/ 927, 2003.

¹⁴- Esta clivagem do trabalho forçado em trabalho degradante, desumano e análogo ao de escravo foi desenvolvido in LORENTZ, Lutiana Nacur e MELO, Guilherme Orlando Anchieta. Uma abordagem interdisciplinar do trabalho análogo ao de escravo nas clivagens: trabalho forçado, degradante e desumano. BH: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 54, n. 84, p. 263- 288, jul./dez. 2011.

¹⁵ -http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm, acesso em 04/7/2014. Atendendo ao disposto na Portaria Interministerial MTE/SDH nº. 2, de 12 de maio de 2011, que disciplina o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo, torna-se pública a atualização semestral datada de 01/07/2014.

¹⁶- RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL COLETIVO. Ofende coletividade a prática pela empregadora de atos de coação, buscando coibir o direito de ação de seus empregados, cabendo à reparação do dano moral coletivo. 9ª Turma do TRT da 4ª Região. RO - 000191-05.2012.5.04.0029. Recorrentes: MINISTERIO PUBLICO DO TRABALHO e FLEURY S/A. Rel. Desembargadora Carme Gonzalez. Desembargador Rev. Marçal Henri dos Satos Figueiredo. Publicado em 05/12/013 (Processo “sub judice”).

¹⁷-“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. LISTAS NEGRAS. OFENSA AO PRINCÍPIO QUE PROTEGE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). PROVIMENTO. A inclusão dos nomes de Empregados nas chamadas –listas negras-, por si só enseja o pagamento de indenização por dano moral... (TST, RR - 325/2004-091-09-00.7, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Revisor Ministro Fernando Eizo Ono, publicado no DJ em 18/04/2008. Embargante. EMPLOYER - ORGANIZAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS LTDA. Embargado: JAIRO GABRIEL e RURÍCOLA AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA RURAL LTDA). RECURSO DE REVISTA. - LISTA SUJA-DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE

¹⁸- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. RJ: Renovar, 2003, p. 90/150.

¹⁹ - WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção internacional em prol da democracia**. SP: Juarez de Oliveira, 2000.

(que foi denunciada pelo Brasil em nov./96 produzindo efeitos um ano após e, de toda forma, já tinha sido julgada inconstitucional pelo STF, em set./96, meses após a sua vigência) têm de esperar a dissolução contratual para só então, pela via do poder judiciário laboral, pleitearem seus mais básicos direitos. Porém, muitos destes empregados são informados (ou já sabem) que vários empregadores não os admitirão se ajuizarem ações na JT tornando assim todo o ordenamento jurídico laboral ineficaz.

Pela gravidade dessa prática, pelo seu caráter evidentemente ilícito e nocivo, por sua inconstitucionalidade patente, por tornar ineficaz direitos constitucionais (que são pressupostos para a democracia moderna²⁰; neste sentido várias teses de Habermas²¹), pelo número enorme de ações ajuizadas na JT nos últimos cinco anos e, pelo decorrente número vultoso de empregados que podem ser vitimados pela prática das “listas sujas”, este artigo se propõe a pesquisá-las, analisando-as não só em termos de ordenamento jurídico internacional, mas também nacional e, ao final, apresentando proposições de combate às mesmas, sendo que, os marcos teóricos adotados serão a Teoria de Fraser²² de “Reconhecimento com Redistribuição e Representação” e o Princípio Jurídico²³ da Não Discriminação²⁴.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 As Discriminações Positivas e Negativas, Lícitas e Ilícitas no Ordenamento Jurídico Geral e Trabalhista

Antes de se aprofundar nas definições dos tipos de discriminações existentes, necessário definir o termo discriminação. Conforme Maurício Godinho Delgado discriminação é a conduta pela qual nega-se a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada²⁵.

²⁰- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. II, p. 70/90.

²¹- HABERMAS, Jürgen. **Inserção – inclusão ou confinamento?** In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - Estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p.90/100.

²²- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? in SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (org.). **Teoria crítica no século XXI**. SP: Annablume, 2007, p. 113/140.

²³- Sobre a importância dos princípios jurídicos verificar in Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. SP: Martins Fontes, 2001 e DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. SP: Martins Fontes, 2002.

²⁴- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3ª ed. SP: LTr, 2000, p. 445-453 e DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. SP: LTr, 2013, p. 162.

²⁵- DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 162.

As práticas discriminatórias podem ser lícitas ou ilícitas²⁶, ou seja, validadas ou não pela ordem jurídica, também podem ser positivas ou negativas²⁷, “validas” aquelas que visam melhorar a qualidade de vida, trabalho, saúde, educação, etc. de um grupo, categoria ou classe de pessoas vulneráveis e “ilícitas” as que visam piorar a qualidade de vida, trabalho, saúde, educação, etc. de um grupo, categoria ou classe de pessoas. Neste sentido, Mello²⁸ estabelece alguns parâmetros visando entender o caráter lícito ou não de determinados tratamentos legais diferenciados. Para o autor não são admitidas discriminações **juridicamente intoleráveis** (à conclusão similar parece ter chegado Perelman²⁹ quando afirma que os tratamentos desiguais de lei a pessoas ou grupos sociais não são admissíveis quando forem **socialmente inaceitáveis**); deve existir um vínculo entre a peculiaridade diferencial da pessoa ou grupo e a desigualdade de tratamento a pessoa ou ao grupo conferido, e esta correlação tem de ser compatível com os interesses prestigiados pela Constituição.

Não se admite tratamento diferenciado motivado por distinções odiosas, por preconceito, tomadas gratuitamente. Além disso, este fator diferencial deve existir na pessoa, grupo, coisa ou situação a ser tratada de forma diferente e jamais fora delas; não se admite que pessoas sejam de antemão individualizadas pela lei, exige-se que a lei que estabeleça um tratamento diferenciado “abstrato”, que toda “ação-tipo” nela prevista faça incidir a regra. Assim, quando a norma for reproduzida qualquer um pode se colocar abaixo da mesma situação-tipo e provocar sua incidência, desde que haja previsão constitucional neste sentido.

A discriminação só assumiria caráter ilícito ou odioso quando a situação desacatar os direitos fundamentais do ser humano com base em critérios injustificados, injustos, frutos de preconceitos, de opiniões preestabelecidas e prejulgamentos negativos, com a finalidade de estigmatizar pessoas ou coletividades através estereótipos³⁰.

As discriminações positivas não são refratárias ao princípio da igualdade, muito antes pelo contrário, são compatíveis porque visam à promoção do mesmo, também neste sentido:

Minha hipótese que pretendo demonstrar ao longo do trabalho, é que o Princípio Jurídico da Igualdade pode ser entendido neste contexto como um princípio que permite a maior **inclusão** possível dos cidadãos nos procedimentos públicos de

²⁶ - RENAULT, Luiz Otávio, CANTELLI, Paula Oliveira e VIANA, Márcio Túlio. **Discriminação**. 2ª ed. SP: LTr, 2010.

²⁷ - DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 17-25

²⁸ - *Ibidem*, p. 17-22.

²⁹ - PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁰ - CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 29.

justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas, que pode ser fundamentado na dimensão lingüística do direito e que desempenha a função básica de permitir a sobrevivência democrática de uma sociedade pluralista. Como pretendo demonstrar, tal função é compatível, inclusive, com algumas formas de tratamento diferenciado, como é o caso das **ações afirmativas** e das propostas da assim chamada **sociedade inclusiva**³¹. (Grifos do autor).

Porém, para este artigo não se admite que estes tratamentos diferenciados a grupos, categorias ou classes pessoas vulneráveis decorram do realismo judiciário, mas sim que tenham gênese em texto normativo constitucional, ou pelo menos, infraconstitucional.

Existem várias definições das ações afirmativas, terminologia adotada no Brasil, que também são denominadas de “*affirmative action*” (ação afirmativa) no direito americano, de “*action positive*” (ação positiva) ou “*discrimination positive*” (discriminação positiva) na Europa, neste sentido:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade³².

E ainda:

Segundo Huntley, “ação afirmativa é um conceito que inclui diferentes tipos de estratégias e práticas. Todas essas estratégias e práticas estão destinadas a atender problemas históricos e atuais que se constata nos Estados Unidos em relação às mulheres, aos afro-americanos e outros grupos que têm sido alvo de discriminação e, conseqüentemente, aos quais se tem negado a oportunidade de desenvolver plenamente o seu talento, de participar em todas as esferas da sociedade americana [...]. Ação afirmativa é um conceito que, usualmente, requer o que nós chamamos de **metas e cronogramas**. Metas são um padrão desejado pelo qual se mede o progresso e não se confunde com quotas. Opositores da ação afirmativa nos Estados Unidos freqüentemente caracterizam metas com sendo quotas, sugerindo que elas são inflexíveis, absolutas, que as pessoas são obrigadas a atingi-las. A política de ação afirmativa não exige, necessariamente, o estabelecimento de um percentual de vagas a ser preenchido por um dado grupo da população [...] Essas medidas estimulam a unidades empresariais a demonstrar sua preocupação com a **diversidade humana em seus quadros**³³. (Grifos nossos.)

Segue outra definição:

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitiva ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/ psicológica, etc. Esta expressão de consolidou na década de 60 nos Estados Unidos, na *Executive Order* n° 10.965, de 6 de março de 1963, de iniciativa do Presidente Democrata John F. Kennedy, passando, a partir de então, para a denominação generalizada de qualquer iniciativa

³¹ - GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 22.

³²- GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n°. 151, p. 133/145, jul.-set./2001.

³³ - *Ibidem*.

tendente à promoção da integração, do desenvolvimento e do bem-estar das minorias. As ações afirmativas são, portanto, atos de discriminação lícitos e necessários à ação comunicativa da sociedade³⁴.

Fica claro que as ações afirmativas serão governamentais ou obrigatórias, mas também podem ser iniciativa privada e facultativas. A sua classificação pode ser feita da seguinte forma: voluntárias, ou obrigatórias, governamentais (públicas), ou privadas³⁵, afirmativas judiciais ou extrajudiciais, etc. **Também é importante clarificar que nem sempre as ações afirmativas estarão vinculadas a algum tipo de quota** porque são mais amplas, podendo ser quaisquer posturas públicas ou privadas que levem a uma inclusão sócio-econômica e cultural de minorias ou “classes suspeitas”, garantindo “*pari passu*” a identidade destes grupos, a pluralidade, a diversidade de representações sociais, econômicas e a igualdade de oportunidades.

Na verdade, a expressão “ações afirmativas” é o gênero do qual, o sistema de quotas de reservas de postos de trabalho, quotas de estudo, concessão de bolsas de estudos para estudantes negros, contratação de empresas controladas por minorias para realizar contratos com o poder público, sistema de ajuda-adaptação, quota-licitação, auxílio ao auto-emprego, complementação salarial pelo governo, concessão de auxílios fiscais para empresas privadas que contratam negros, índios ou pessoas com deficiência, etc., são apenas algumas de suas espécies. Ou seja, nem sempre as ações afirmativas serão ligadas a políticas de quotas, existindo muitas outras possibilidades: ajuda adaptação, incentivos fiscais, tributários, isenções fiscais e tributárias, preferências em licitação, diminuição de pagamento de contribuições, bolsas de estudos para certos grupos, oportunidades especiais de trabalho, de acessibilidade e outras³⁶.

As ações afirmativas podem ter cunho **premiativo, ou punitivo, ou ambos**. As premiativas conferem incentivos fiscais, tributários, prêmios, etc. a ações em prol das minorias discriminadas e as punitivas trabalham, em regra, com aplicação de multas pecuniárias e penas restritivas de liberdade para aqueles que descumprirem preceitos normativos em prol destas minorias. Como exemplo de ações afirmativas punitivas temos a Lei nº 7.853/89, art. 8º, que estabelece uma norma incriminadora que, dentre outros fatos, tipifica tanto a obstaculização do acesso ao cargo público quanto negar emprego ou trabalho

³⁴ - CRUZ, Álvaro Ricardo Souza, *op. cit.*, p. 185.

³⁵ - *Apud*, CRUZ, Álvaro Ricardo Souza, *op. cit.*, p. 187. Para outras consultas SHIEBER, Benjamim M. **Iniciação ao direito trabalhista norte – americano**. SP: LTr, 1988, p. 20/70.

³⁶ - LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. SP: LTr, 2006, p. 369-386.

(emprego celetista) a alguém por motivo de ser pessoa com deficiência – PCD. A pena cominada é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, e correrá pelo rito sumário. Além disto, o Ministério do Trabalho e Emprego aplica multas pelo descumprimento da quota de contratação de pessoas com deficiência – PCD's, do art. 93, da Lei nº. 8213/91, etc.

Não só a CF/88, mas também inúmeras leis infraconstitucionais fizeram opções pelas mais diversas ações afirmativas: com relação aos egressos do sistema prisional a Lei Estadual de MG, nº. 18.401, 28/09/2009 e o Dec. Estadual 45.119/2009 estabelecem o pagamento de dois salários mínimos ao mês a empresas que contratarem egressos (valores esses por egresso contratado), já a Lei nº.12.711, de 29 de agosto de 2012 estabelece uma quota em universidades públicas para pretos, pardos e indígenas, com pressupostos de que sejam pobres e que tenham cursado o ensino médio em escolas públicas, com relação a negros há a recente Lei nº. 12.990, de 9/6/14, de quotas em certames públicos federais, com relação às pessoas com deficiência – PCD's há a Lei 11788/2008, art. 17, que estabelece a quota de 10% (dez por cento) de estagiários PCD's, há a Lei nº. 12.470/2011, art. 20 e seg. (“Lei Romário”) que estabelece que não há mais suspensão do Benefício de Prestação Continuada para PCD's aprendizes celetários, também com relação aos PCD's (habilitados, ou reabilitados) foi adotada pela legislação brasileira quotas através tanto do trabalho público (estatutário) art. 37, VIII, CF/88³⁷ (em âmbito federal a Lei nº 8112/90, art.5º), quanto do trabalho privado (empregado celetista³⁸), art. 7º, XXX, CF/88 e Lei nº 8.213/91, art. 93.

No que tange às pequenas e microempresas há previsão das discriminações positivas pelo art. 170, inc. IX, da CF/88 (regulamentado pelas Leis nº 9317/96 e 9841/99), na questão de gênero, em benefício das mulheres nas relações de trabalho há o art. 7º, inc. XX da CF/88 (que foi regulamentada pela Lei nº 9733/96 no âmbito do trabalho), no âmbito eleitoral, Leis nº 9100/95 e 9504/97; em relação à proteção da criança e do adolescente, art. 227, da CF/88 cumulado com art. 428, CLT (que estabelece quota de trabalho para aprendizes em empresas), etc.

Há diversas ações afirmativas ratificadas pelo Brasil em âmbito internacional como a Convenção nº 159 da OIT de 20/06/83, promulgada pelo Dec. nº 129, de 22.05.91, que trata da política de readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência e cuja tônica

³⁷ -“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão;”

³⁸ - “a empresa com 100(cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2%(dois por cento) a 5%(cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:I - até 200 empregados - 2%;II - de 201 a 500 - 3%;III- de 501 a 1000 - 4%; IV- de 1001 em diante - 5%”.

reside na previsão da necessidade de implementação de políticas inclusivas, baseia-se no princípio de igualdade de oportunidade. Há ainda a Recomendação nº 168, de 1983, da OIT. Também neste sentido, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que foi aprovada pela ONU, em 6/dez./2006, pela Resolução nº.A/61/611, tendo sido aprovada pelo protocolo facultativo pelas EUA, em Nova York, em 30/03/2007 e tendo sido aprovada pelo Brasil, pelo Dec. Legislativo nº. 186, de 9/7/2008 e finalmente pelo Dec. Presidencial nº. 6494, de 25/08/2009 que adotaram princípios explícitos tanto como base de sua aplicação, quanto seu sustentáculo, nos arts. 3º, 5º, 27, especialmente letra “H” no que se refere às atividades privadas (incluindo o trabalho privado, celetista), com adoção ampla de ações afirmativas para promoção da inclusão e igualdade dessas pessoas.

Assim, este artigo entende que **apenas as discriminações ilícitas e negativas não encontram validação no ordenamento jurídico nacional**, enquanto que as positivas e lícitas podem ser aplicadas visando à promoção da igualdade material, cultural, laboral, etc. de um grupo, categoria ou classe que esteja em situação de vulnerabilidade social.

2.2 Análise da Discriminação Negativa e Ilícita nas Relações de Trabalho Pré-Contratuais, Contratuais e Pós – Contratuais Pelas Chamadas “Listas Sujas” no Ordenamento Jurídico Internacional

A OIT contém em sua constituição de 1998 o chamado “CLS – “Core Labor Standart”, ou Padrões Fundamentais Trabalhistas que segundo Lafer³⁹ e Barzoto⁴⁰ são definidos por 8 (oito) convenções internacionais fundamentais, ou seja, as Convenções sobre trabalho de menores nº. 138 (idade mínima para admissão a emprego) e nº. 182 (Trabalho Infantil Piores Formas), da OIT, ratificadas pelo Brasil, esta através do Dec. nº. 6481/2008 que criou a Lista TIP – Trabalho Infantil Piores Formas, bem como as Convenções sobre liberdade sindical nº. 87 (liberdade de associação sindical e a proteção do direito sindical), essa não ratificada pelo Brasil e nº. 98 (direito de sindicalização e de negociação coletivas), ratificada pelo Brasil, as Convenções sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório, nº. 29 (Trabalho Forçado ou Obrigatório) e 105 (Abolição do Trabalho Forçado), ratificadas pelo Brasil e finalmente as Convenções sobre Combate a Discriminação nº. 100 (igualdade de

³⁹ - LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 87

⁴⁰ - BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da organização internacional do trabalho e os limites do direito internacional do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110.

remuneração entre gêneros para trabalho de igual valor) e nº. 111 (discriminação em matéria de emprego e ocupação), ambas ratificadas pelo Brasil.

Há uma viva “vexata quaestio” em torno da adesão às oito Convenções do “CLS - Core Labor Standart” ser feita pelo Estado membro pelo fato do país se tornar membro da OIT, ou seja, com este raciocínio o país membro da OIT não necessitaria ratificar essas convenções uma vez que elas fazem parte da Constituição da OIT, de 1998, neste sentido Barzotto⁴¹ entende que essa integração se dá pela supralegalidade das normas de Direito Internacional, porém, a integração no ordenamento jurídico nacional da convenção da OIT seria feita não pela pirâmide normativa, mas sim em rede, horizontalmente, pela aplicação da norma mais benéfica. Este artigo defende que isto só pode ocorrer se as mesmas não forem adversatárias às Constituições dos países membros, porque, neste caso, necessitaria de ratificação expressa. Nesta ordem de ideias, a única Convenção do “CLS” que o Brasil não ratificou, de número 87 como é (em parte) contrária à CF do Brasil de 1988, no seu art. 8º, II, não pode ser considerada como de adesão imediata pelo simples fato do Brasil ser membro da OIT, ou seja, neste caso há a necessidade de adesão expressa do Brasil a essa convenção o que ainda não ocorreu.

Com relação à Convenção nº. 111 da OIT de 1958 foi ratificada pelo Brasil através do Dec. 62.150 e teve vigência nacional em 24/11/66⁴² especialmente interessa ao tema de combate á discriminação e em termos de Direito Internacional do Trabalho será o marco teórico deste artigo, além da teoria já citada de Fraser⁴³. Sua redação é vazada nos seguintes termos:

Artigo 1º. 1 - Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende:

a - toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de 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.

A prática discriminatória chamada de forma vetusta de chamadas “listas negras” são práticas ilícitas nas relações trabalhistas que ocorrem pelo fato de um empregado ter ajuizado uma ação na Justiça do Trabalho contra um empregador e, em virtude disso, outros

⁴¹ - BARZOTTO, Luciane Cardozo. As normas internacionais do trabalho como normas de direitos fundamentais. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 07, p. 840-846, jul./2009.

⁴² - MARTINS, Sergio Pinto. **Convenções da OIT**. SP: Atlas, 2009, p. 252.

⁴³ - FRASER, Nancy, *op. cit.*, p. 113/140.

empregadores não o contratarem. Na verdade, essa expressão “listas negras” não é correta porque envolve de forma pejorativa questões de raça e cor, por isso, este artigo propõe sua substituição pela terminologia “listas sujas” que pode ser definida da seguinte forma: uma prática discriminatória ilícita e negativa através da qual o exercício de um direito constitucional de acionar o poder judiciário torna-se uma pecha profissional para o empregado que não consegue empregabilidade por este motivo (sofrendo uma discriminação pré-contratual), ou que é obstado a permanecer no emprego por isto (discriminação pós – contratual), ou que não obtêm ascendência hierárquica na carreira (discriminação contratual), o que é adversatório a todo o ordenamento jurídico internacional, notadamente à Convenção 111 da OIT, art. 1º, letra “b” que foi ratificada pelo Brasil.

2.3 Análise da Discriminação nas Relações de Trabalho Pré-Contratuais, Contratuais e Pós-Contratuais pelas Chamadas “Listas Sujas” no Ordenamento Jurídico Nacional

Primeiramente, merece ser ressaltado que o trabalho humano, sob o ponto de vista do reconhecimento⁴⁴ (segundo preceito bíblico após Adão ter sido expulso do paraíso ele teria como pena: “com o suor do teu rosto comerás o teu pão”) oscilou entre castigo imposto por Deus pelos pecados humanos, depois, como pena de trabalho escravo na Grécia e Roma (nestes o trabalho escravo também poderia ser consequência do inadimplemento de dívidas⁴⁵, em breve inventário histórico – jurídico, a prisão por dívidas civis, o aviltamento do devedor inadimplente a condição de escravo, ou mesmo seu esquarteramento ocorreu até o ano 326 A.C. com a promulgação da “Lex Poetelia Papiria” que substituiu a execução pessoal (sobre a pessoa – “nexum”) pela de seus bens (real), os escravos também poderiam ser resultado de conquistas de guerras. No regime de servidão na Idade Média, o trabalho era servil, até que no regime capitalista-burguês, o trabalho passou a ser livre.

Em um breve inventário histórico, no Estado Liberal, a burguesia que já detinha o poder econômico com a derrocada das classes da monarquia – nobreza – clero passou a almejar o poder político motivo, que, aliás, foi o principal motivo da Revolução Francesa de 1789⁴⁶ que foi, em verdade, a revolução do burguês rico (Gerundino), tanto que o sufrágio universal só foi estendido a outras classes, além dos burgueses ricos, quase um século depois

⁴⁴ - APUD FERRARY, Irani, NASCIMENTO, Amauri Mascaro e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. SP: LTr, 1998, p. 3- 26.

⁴⁵ - TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história de processo civil romano**. SP: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66 e 70.

⁴⁶ - LORENTZ, Lutiana Nacur, *op. cit.*, p. 33-53.

da Revolução Francesa. Os ideais de liberdade (mas nem de longe de igualdade, ou fraternidade) eram o paradigma, surgindo os direitos constitucionais de primeira geração, com ênfase na liberdade (negativa), em face do Estado, ou seja, na abstenção Estatal, através de diversas técnicas⁴⁷, dentre elas: a tripartição de poderes de *Montesquieu* (poderes executivo, legislativo e judiciário) para enfraquecimento do poder central, a declaração de direitos (porém, sem nenhum caráter vinculativo) e a ênfase na liberdade (exacerbada) e sem controle para que a burguesia pudesse agir sem controle, ou amarras, em detrimento de qualquer direito do proletariado.

Notadamente na Inglaterra, nos séculos XVIII e XIX, o fortalecimento da burguesia, logo após a primeira revolução industrial (com ênfases nas tecnologias de máquinas a vapor e locomotivas) fez com que os interesses burgueses em conquistar novos mercados (tendo como requisito necessário novos consumidores e, portanto, mão de obra livre) o impelisse a forjar leis proibitivas de escravidão interna e externamente.

Porém, já no século XX, ocorreram mudanças estruturais muito importantes que deram gêneses aos chamados direitos constitucionais de segunda geração, em especial na seara trabalhista e econômica. Cabe ressaltar que o Manifesto Comunista de Marx e Engels, de 1848, a Revolução Comunista Russa de 1917 e a criação da OIT, de 1919, com o Tratado de Versailles promoveram “recuos inopinados” no modo de ser capitalista que para garantir que não houvesse mudança de sistema promoveu, ou melhor, “cedeu” a alguns direitos trabalhistas.

Com a segunda revolução industrial (com ênfases nas tecnologias do petróleo, produção de bens em massa, carros, eletrodomésticos, etc.) houve o surgimento das técnicas, ou melhor, das “molduras na produção capitalista”, com o Taylorismo⁴⁸, em 1911, engendrado por Frederik Winslow Taylor (“Taylorismo”) que criou a teoria da administração científica do trabalho, com fragmentação do tempo e saber operários que foi depois aperfeiçoada e intensificada Henry Ford (que, por sua vez, engendrou o “Fordismo”)⁴⁹ em 1913, que acabou associando a técnica Taylorista à sua “esteira rolante”, a produção e crédito em massa.

⁴⁷ - BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª ed., SP: Malheiros, p. 31, 50, etc.

⁴⁸ - CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.30

⁴⁹ - *Idem*, p. 35.

Historicamente, merece citação também a encíclica papal “Rerum Novarum”⁵⁰, de 1917, mas em que pese, ter contribuído para humanização das relações de trabalho e menor exploração da classe oprimida operária, também pode ser lida com um libelo anticomunista⁵¹. Há vários outros marcos de mudança da postura de absentéismo do Estado (Liberal) para o Estado interventor (Social) tais como: as políticas de J. Mainard Keynes do pós – guerra que após 1945 preconizaram como receita de combate aos desastres econômicos à intervenção do Estado, sobretudo na área social, etc.

Apesar de todo o esforço envidado pelo capitalismo para fazer oposição ao comunismo, merece ser clarificado que jamais se pode olvidar que o movimento sindical tanto revolucionário, quanto reivindicatório (embora aquele mais do este) foram chaves de leituras para conquistas⁵² de direitos da classe operária o que somado aos outros fatores citados e ainda as técnicas Tayloristas e Fordistas⁵³ de produção fizeram com que tivesse gênese o Direito do Trabalho e a criação de um “patamar mínimo civilizatório”⁵⁴ para todos os empregados. Por decorrência, também no século XX, de 1960 a 80 tiveram vez os “anos de ouro” do capitalismo onde a classe operária pode obter significativa melhoria da qualidade de vida e direitos trabalhistas.

Surgiram os direitos constitucionais cognominados de terceira geração concernentes a meio ambiente, direitos culturais, direito a diversidade que são criação do século XX e têm pretensão de aplicabilidade universal, o que, amiúde, esbarram nos empecilhos dos “relativismos culturais”.

Porém, depois dos “anos de ouro” do capitalismo, o final da década de 80 foi marcada por mudanças políticas, econômicas, tecnológicas, ideológicas e jurídicas que acabaram por abalar o Estado de Bem – Estar Social (*Welfare State*), que em síntese foram: no viés político, a queda da ameaça comunista simbolizada em 1989 pela queda do muro de Berlim, pondo fim a este contraponto capitalista, no viés econômico, o aumento do capital especulativo (com uso preponderante do trabalho morto (máquinas), no viés tecnológico a substituição da técnica Taylorista – Fordista pela Toyotista (ou *Ohnista*, criada no Japão, em

⁵⁰ - Para se visualizar este e outros documentos históricos jurídicos importantes consultar ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do direito**. SP: Atlas, 2011, p. 193.

⁵¹ - BRITO FILHO, José Cláudio. **Trabalho decente**. SP: LTr, 2004, p. 20 – 47.

⁵² - Sobre o caráter histórico dos Direitos Humanos verificar in COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed.,SP: Saraiva, 2005.

⁵³ - BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho: modelo para Armar**. trad. Flávio Benites e Cristina Schultz, SP: LTr, 1999, p. 66- 77.

⁵⁴ - Expressão engendrada por DELGADO, Maurício Godinho, In.DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. SP: LTr, 2006, p. 10 – 40.

1945, por Tachii Ohno, vice-presidente da Toyota e trazida para o ocidente de 1975/80, infelizmente, uma outra técnica chamada de *Volvismo*⁵⁵ não logrou sustentar-se em âmbito mundial)⁵⁶, com enxugamento da fábrica, terceirização, “Just in time”, desemprego em massa, subemprego, emprego das técnicas como os CCQ’s, Kanban e Kaizem (competição entre times de empregados, ou como queiram os arautos do Toyotimo, o “autocontrole operário”), com a conseqüente criação de múltiplas clivagens operárias, fragmentação de seus interesses, roupagens jurídicas e fragilização sindical. No viés ideológico, verifica-se um culto sem precedentes ao individualismo através do consumo, o culto ao consumo com alto índice de obsolescência de mercadorias e a figura do consumidor permanentemente insatisfeito.

De outra feita, há uma desvalorização, sem precedentes, da figura do trabalho e do emprego, criação de figuras do trabalho terceirizado, precarizado, subempregado e também do trabalho escravo com pouco índice de reprovação social, até porque se difundiu na ideologia que é preferível trabalhar sem garantias trabalhistas (infelizmente, até como escravo) a ficar desempregado... Nesta linha é a análise de Viana⁵⁷.

Finalmente, no viés jurídico, o que se verifica é um diminuição dos direitos trabalhistas na atual fase do capitalismo, que atende ao nome de “flexibilização” (pomposo eufemismo para encobrir sua real significação de redução de direitos para trabalhadores) o que faz com que autores como Delgado⁵⁸, Baylos⁵⁹ e Bihl⁶⁰ preconizem a necessidade de repúdio ao Estado Neoliberal (ou Ultraliberal) para implementar o requisito de patamar mínimo civilizatório do Estado Democrático de Direito e para defesa do trabalho humano através do fortalecimento do Direito e do Processo do Trabalho, fazendo-se mais necessária do que nunca esta intervenção Estatal, sobretudo com vistas à proteção das minorias exploradas, superexploradas e discriminadas (uma de suas dimensões é retorno do trabalho escravo, em pleno séculos XX e XXI).

⁵⁵ - NUNES, Rogério da Silva, CAIXETA, Douglas Rafael Almeida, AZEVEDO, Paola e CAROBREZ, Bruno Gonçalves. A Experiência Sócio –Técnica no Ambiente de Produção: Uma Discussão Acerca do volvismo. Santa Maria: **Revista Adm. UFSM**, v. 2, n.2, p. 235-249, maio/agosto de 2009.

⁵⁶ - DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004, p. 92 – 96.

⁵⁷ - VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI . SP: **Revista LTr**, vol. 63, n. 7, p. 60/74, jul./1999.

⁵⁸ - DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. SP: LTr, 2006, p. 13-16, p.74 e p. 129-140.

⁵⁹ - BAYLOS, Antonio, *op. cit.*, p. 142-149.

⁶⁰ - BIHR, Alain. **Du “grand soir” a “l’alternative”. le mouvement ouvrier européen crise**. Paris. **Les Éditions Ouvrières**, 1991. Coleção Mundo do Trabalho. Ed. Brasileira, SP: Boitempo, 1998, p. 69, p.105-163 e p.247.

A produção Ohnista ou Toyotista foi engendrada pelo vice-presidente da Toyota Tachii Ohno, no pós segunda guerra e empregava as seguintes técnicas: redução ao máximo dos empregados da empresa, pela terceirização tanto interna, quanto externa, com o propósito de diminuir gastos e precarizar, reduzir, direitos; emprego da técnica “Just in Time”, na qual o produto só é fabricado a partir dos pedidos, o que evita gastos com estoque (no Brasil a consequência trabalhista direta desta técnica foi a criação o art. 59, §2º, da CLT, “Banco De Horas”); criação de uma fábrica não mais hierarquizada, dividida entre a alta gerência produtiva e todos os demais empregados, chamados de “chão de fábrica” e sim “horizontalizada”, criando a falsa sensação que os empregados se auto dirigem, quando, na verdade, eles trabalham em uma espécie de frenética competição entre times (ao “time” vencido sobra o desemprego e ao vencedor a manutenção do emprego, porém, apenas por ora...). Dessarte, isto afetou o movimento sindical infirmo-o.

Neste contexto de extrema precarização do trabalho humano, **também no Brasil** houve intenso refluxo do movimento sindical e do “Welfare State”, sendo que a discriminação ilícita e negativa pela prática das listas sujas mostra-se especialmente grave sendo adversatária não só a legislação brasileira, em especial, a Lei nº. 9029/95, (apesar de não prever expressamente esta discriminação pode ser aplicada porque seu rol de discriminações não é exaustivo e sim exemplificativo), mas também aos Princípios Jurídicos da Igualdade e não Discriminação validadas pela CF/88, além do arcabouço jurídico internacional, já citado.

Com relação ao Princípio da não Discriminação apareceu, primeiramente, na obra de Rodriguez, cuja primeira edição foi de 1978, entretanto só na terceira edição, em 2000 é que aparece pela primeira vez o chamado “Princípio de Não Discriminação”. Este artigo irá analisar este princípio e o da Igualdade em quatro autores da América Latina: o uruguaio Rodrigues⁶¹, o argentino Ruprecht⁶² e os brasileiros Delgado⁶³ e Da Silva⁶⁴.

Na visão de Rodriguez o princípio da não discriminação é a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante. Discriminação é a conduta pela qual nega-se a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio nega validade a essa conduta discriminatória⁶⁵.

⁶¹ - RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3ª ed., SP: LTr, 2000, p. 445/447.

⁶² - RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. SP: LTr, 2013, p. 101/104.

⁶³ - DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. SP: LTr, 2013, p. 162.

⁶⁴ - SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2ª ed., SP: LTr, 1999, p. 170/171.

⁶⁵ - RODRIGUEZ, Américo Plá. , *op. cit.*, p. 445/447.

Para vários autores há diferenças entre princípios da igualdade e não discriminação, para Ruprecht⁶⁶ este princípio leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto e sem razão válida nem legítima, aquele princípio encerra a ideia da equiparação, que é uma fonte de conflitos e problemas, descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede a concessão de melhorias e benefícios que poderiam existir. Ele estabelece que o indivíduo, nas relações privadas, não é obrigado a tratar a todos de igual maneira, podendo legalmente fazer distinções entre uns e outros. Isso decorre do princípio da autonomia individual e da liberdade contratual. Todavia, em matéria trabalhista⁶⁷:

Os homens, sem dúvida, não são todos iguais quanto à sua capacidade física e forças intelectuais e morais, variadas e diferentes em cada um. Mas deve ser superada e eliminada, como contraria à vontade de Deus, qualquer forma social ou cultural de discriminação no tocante aos direitos fundamentais da pessoa em razão do sexo, raça, cor, condição social, língua ou religião. É realmente lamentável que esses direitos fundamentais das pessoas não sejam respeitados em toda parte⁶⁸.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva aborda os princípios da igualdade e o princípio da não discriminação, definindo que o princípio da igualdade toma duas direções, sendo: positiva e negativa ou, nas expressões de Antônio Monteiro Fernandes (citado em Silva), os imperativos constitucionais de igualdade e não discriminação projetam, no domínio do Direito do Trabalho, corolários negativos e positivos. Em sua face positiva, o princípio da igualdade é constituído, por normas que criamos destinatários deveres de agir em certos moldes.⁶⁹ Pelo princípio da não discriminação se especifica o da igualdade. É ele o aspecto negativo do princípio da igualdade. Pode, sem mais, afirma-se – e quem o diz é Monteiro Fernandes – que o princípio da não discriminação assume, no ordenamento português, como na generalidade dos sistemas, maior notoriedade. Aduz que a idéia de não discriminação se radicou como um postulado fundamentalmente proibitivo, através do qual foram inicialmente visadas as diversas formas de tratamento diminuído, desvantajoso ou preferente para “grupos particulares de trabalhadores”⁷⁰.

Maurício Godinho Delgado estabelece que existe certa dúvida sobre se a distinção em princípio da não discriminação ou da isonomia como proposição geral externa aplicável ao ramo justrabalhista especializado. Contudo, Maurício Godinho defende que não são conceitos efetivamente idênticos. O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de

⁶⁶ - RUPRECHT, Alfredo J. SP, *op. cit.*, p. 101-104.

⁶⁷ - *Ibidem*.

⁶⁸ - RUPRECHT, Alfredo J. , *op. cit.*, p. 101-104.

⁶⁹ - Silva, Luiz de Pinho Pedreira, *op. cit.*, p.171.

⁷⁰ - *Ibidem*.

resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínima para a convivência entre as pessoas. Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso. Ele ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoa ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante. A isonomia vai além, podendo ser comando equalizador resultar de mera conveniência política, cultural ou de outra natureza (embora estas também sejam importantes, é claro), sem comparecer no caso, fundamentalmente para assegurar um piso mínimo de civilidade para as relações entre as pessoas⁷¹.

5. PROPOSIÇÕES DE COMBATE ÀS “LISTAS SUJAS”

Fraser⁷² defende que a igualdade pressupõe a aplicação da chamada “Teoria do Reconhecimento, Redistribuição e Representação” na qual defende que os grupos “outsiders” (ou de exclusão permanente na sociedade) para terem uma inclusão e igualdade societal precisam primeiro de reconhecimento (e auto-reconhecimento) da sua situação particular (inclusive da discriminação sofrida), segundo, de redistribuição de bens materiais, de oportunidades e terceiro, finalmente de representação.

O combate à discriminação ilícita nas chamadas “listas sujas” apesar de ter amplo arcabouço normativo de repúdio internacional (e também nacional), notadamente ancorado no princípio da não discriminação (para outros autores, dentro dos vieses do princípio da igualdade) não tem ainda regra específica de combate, o que não afasta, para este estudo, o uso analógico das indenizações vultosas preconizadas na Lei nº. 9029/95, entretanto seria importante para fins da teoria acima de Fraser a colocação de forma singular desta prática discriminatória no rol de discriminações a serem indenizadas na forma prevista nesta lei, ou seja, haveria assim uma ação afirmativa do tipo punitiva para essa prática com indenizações grandes previamente previstas.

Porém, aliada a via legal sancionadora, este trabalho também entende que, tais quais as várias práticas de ações afirmativas premiativas (descritas no item de número dois deste artigo) também seria interessante à criação de alguma ação afirmativa que estimulasse a

⁷¹ - DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 162-163.

⁷² - FRASER, Nancy, *op. cit.*, p. 113/140.

contratação de empregados que tivessem ajuizado ações perante a JT, através, por exemplo, de possibilidade maior de parcelamento de dívidas tributárias de empregadores (exceto as fundiárias, pelo caráter alimentar das verbas laborais).

Outras técnicas de combate às “listas sujas” também poderiam ser difundidas, como a de obstar a consulta aos *sites* da JT por nome de empregados, porque dificultaria essa prática discriminatória, o que já foi feito inclusive no âmbito do TRT – MG desde 10/04/2000⁷³. É claro que os empregadores (ou mesmo empregados a mando, quase sempre, de potenciais empregadores) poderiam, em respeito ao Princípio da Publicidade fazer esta consulta por petição ao respectivo TRT deveriam justificar o pedido, sendo que nestes casos a possibilidade de existência dessa prática discriminatória já ensejaria denúncia (notícia de fato) ao Ministério Público do Trabalho. Evidentemente que o empregador também poderia obter esta informação ligando para outros empregadores, porém, ressalte-se, que como estes poderiam já ter fechado, ou serem em número grande isto também dificultaria essa prática discriminatória.

Importante ressaltar que após a publicação da resolução 121/2010⁷⁴, alterada pela resolução 143/2011⁷⁵ do CNJ foi estabelecido que os Tribunais Regionais do Trabalho se adequassem em relação às consultas públicas processuais e que as pesquisas somente fossem feitas por número atual ou anteriores de processos, inclusive em outro juízo ou instâncias; nomes dos advogados, registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil de modo a restringir o acesso de informações processuais por meio eletrônico.

Porém, ficou muito mais fácil para os empregadores terem acesso as “listas sujas” não só porque é amplamente possível à consulta por nome de empregadores na JT, para saber o empregado (ou candidato ao emprego) tem ação em curso⁷⁶, mas também a consulta ao BNDT – Banco Nacional de Devedores Trabalhistas⁷⁷, art. 642, “a”, CLT para saber se qualquer dos ex–empregadores de um empregado foi perdedor de uma ação trabalhista que transitou em julgado, formalizou acordo, ou teve um Termo de Ajuste de Conduta executado. Ou seja, infelizmente ainda é possível a consulta “reversa” por nome de empregadores o que torna plenamente possível a identificação dos empregados que propuseram reclamações

⁷³ - PRT 1/2000 – TRT 3ª Região de 10/04/2000, publicado no DJMG em 15/04/2000. Dárcio Guimarães de Andrade - Desembargador Presidente do TRT da 3ª Região.

⁷⁴ - <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12239-resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010>, acesso em 20/07/2014.

⁷⁵ - <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/17401-resolucao-n-143-de-30-de-novembro-de-2011>, acesso em 20/07/2014.

⁷⁶ - http://www.trt3.jus.br/servicos/certidao/cert_feitos_trab_presencial.htm, acesso em 14/7/2014.

⁷⁷ - *Ibidem*.

trabalhistas em face de antigos empregadores criando-se desta forma a possibilidade de desenvolvimento das “Listas Sujas” por uma via “reversa”.

É de extrema relevância à edição da Resolução 139/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT⁷⁸ que estabelece as medidas a serem adotadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho para impedir ou dificultar a elaboração das “Listas Sujas” inclusive por empresas especializadas em rastrear nomes de empregados nos sítios da JT, “*verbis in verbis*”:

“**Considerando** a prática de utilização de informações processuais com o objetivo de se elaborar **as denominadas “listas sujas”**, contendo informações sobre autores de reclamações trabalhistas no âmbito do Judiciário do Trabalho”.

“**R E S O L V E:**

Art. 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho deverão adotar medidas para mitigar o acesso automatizado a dados dos reclamantes arquivos bloqueados para rastreamento, inclusive os de formato acessível, como os de extensão “PDF” e “DOC”; Evitar o uso de *links* estáticos e de fácil acesso para os arquivos gerados pelos diários eletrônicos sem que haja previamente uma ação de consulta por parte do usuário;” (Negritos do artigo).

2. Adotar, sempre que possível, as diretivas NOINDEX, NOFOLLOW (*meta-tags*) nas páginas existentes nos sites dos Tribunais que possam conter dados abertos de reclamantes e reclamados, a fim de evitar o rastreamento por robôs de busca.” (Negritos do artigo).

Entretanto, como já foi citado como há a “consulta reversa” por nomes de empregadores (e que faz com que seja revelado, por decorrência, o nome do empregado autor de ação – reclamante) ainda será necessário que os Tribunais do Trabalho busquem outras soluções dificultar a prática ora descrita e para seguir esta Resolução, mas é claro, sempre adequando-se também ao princípio da publicidade.

3 CONCLUSÃO

A prática engendrada através das “listas sujas” á empregados que tenham ajuizado ações na JT são discriminações negativas, ilícitas e adversatárias tanto ao ordenamento jurídico internacional, quanto nacional, neste notadamente em agressão ao Princípio da Não Discriminação.

Essa prática reveste-se de especial ilicitude (inconstitucionalidade) não só porque afronta um direito constitucional de acionar, provocar o poder judiciário, no caso, a JT, art. 5º, XXXV, da CF/88, mas também porque infirma os direitos dos empregados tendo em vista que a maioria desses no Brasil, por não terem nem estabilidade no emprego, nem sequer a

⁷⁸ - <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/39800>, acesso em 17/7/2014:

proteção de motivação de dispensas da Convenção 158 da OIT e têm de esperar a dissolução contratual para só então, pela via do poder judiciário laboral, pleitearem seus mais básicos direitos na JT.

Porém, muitos destes empregados são informados (ou já sabem) que vários empregadores não os admitirão se ajuizarem ações na JT acabam não propondo ações na JT, nem após o final do contrato de emprego tornando assim todo o ordenamento jurídico laboral ineficaz.

Além disto, dentro das chamadas “Ondas de Acesso à Justiça” sendo que as três primeiras foram teorizadas por Garth e Cappelletti⁷⁹ e a quarta por Daicof⁸⁰ no chamado “Comprehensive Law Moviment” essa prática discriminatória é adversatária a qualquer viés de acesso à justiça.

Pela gravidade dessa prática, por também envolver um número vultoso de ações ajuizadas na JT nos últimos cinco anos (já descritas estatisticamente no item um desse trabalho) e pelo decorrente número expressivo de empregados que podem ser vitimados por esta prática ela tem de ser rechaçada. Isto pode ser feito por ações punitivas, sendo interessante inseri-las (expressamente) não só no rol da Lei nº. 9029/95 (conforme a Teoria de Fraser⁸¹ que envolve reconhecimento da prática discriminatória, auto-reconhecimento do grupo categoria ou classe discriminada, redistribuição e representação destes) mas também pela via de ações afirmativas premiativas que atrairiam benefícios para empregadores que contratassem esses empregados.

Além disto, seria interessante, para dificultar a prática discriminatória que além das medidas já adotadas pelos TRT’s, capitaneado por ato do TRT – MG, em 15/04/2000⁸² de proibir a consulta por nomes de empregados nos *sites* da JT que todos os TRT’s buscassem meios de adequar-se a citada Resolução 139/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT⁸³, mas é claro compatibilizando-se com o princípio da publicidade.

4 REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do direito**. SP: Atlas, 2011.

⁷⁹ - CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 20/90.

⁸⁰ - DAICOFF, Susan Swain, *op. cit.*, p. 15/50.

⁸¹ - FRASER, Nancy, *Op. Cit.*, p. 114/140.

⁸² - PRT 1/2000 – TRT 3ª Região de 10/04/2000, publicado no DJMG em 15/04/2000. Dácio Guimarães de Andrade - Desembargador Presidente do TRT da 3ª Região.

⁸³ - <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/39800>, acesso em 17/7/2014.

BARZOTTO, Luciane Cardozo. As normas internacionais do trabalho como normas de direitos fundamentais. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 07, p. 840-846, jul./2009.

_____. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAYLOS, Antonio. **Direito do Trabalho: modelo para armar**. trad. Flávio Benites e Cristina Schultz, SP: LTr, 1999.

BIHR, Alain. **Du “grand soir” an “l’alternative”. le mouvement ouvrier europée crise**. Paris. Les Éditions Ouvrières, 1991. Coleção Mundo do Trabalho. Ed. Brasileira, SP: Boitempo, 1998.

BRITO FILHO, José Cláudio. **Trabalho decente**. SP: LTr, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1978.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª Ed., SP: Saraiva, 2005.

CROCHIK, José Leon. **Preconceito: indivíduo e cultura**. SP: Robe Editorial, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença - as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e pessoas com deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DAICOFF, Susan Swain. **Comprehensive law practice – law as healing profession**. Durban: Carolina Academic Press. 2011. p. xvi, *in* AGUILAR, Tháís Lopes de Chácara. **Direito Compreensivo: além dos horizontes da disputa**. 2014. Dissertação de Mestrado. UFMG, Belo Horizonte.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. SP: LTr, 2006.

- ____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** SP: LTr, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** SP: Martins Fontes, 2002.
- ____. **Uma questão de princípio.** SP: Martins Fontes, 2001.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? in SOUZA, Jessé; MATTOS, Patricia (org.). **Teoria crítica no século XXI.** SP: Annablume, 2007, p. 113/140.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.
- 1 - GRIGOROVSKI, Antônio Carlos de. As listas negras e os reclamantes trabalhistas. SP: **Suplemento Trabalhista da LTr**, nº.39, Trab. 136/03, p.923/927, 2003.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, nº. 151, p. 133/145, jul.-set./2001.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. II.
- ____. Inserção – Inclusão ou confinamento? In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - Estudos de teoria política.** São Paulo: Loyola, 2002.
- LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais.** Barueri, SP: Manole, 2005.
- LORENTZ, Lutiana Nacur e MELO, Guilherme Orlando Anchieta. Uma abordagem interdisciplinar do trabalho análogo ao de escravo nas clivagens: trabalho forçado, degradante e desumano. BH: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 54, n. 84, p. 263- 288, jul./dez. 2011.
- LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência.** SP: LTr, 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Convenções da OIT.** SP: Atlas, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho.** SP: LTr, 1998.
- NUNES, Rogério da Silva, CAIXETA, Douglas Rafael Almeida, AZEVEDO, Paola e CAROBREZ, Bruno Gonçalves. A Experiência Sócio –Técnica no Ambiente de Produção: Uma Discussão Acerca do volvismo. Santa Maria: **Revista Adm. UFSM**, v. 2, n.2, p. 235-249, maio/agosto de 2009.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINTO, Marcelo. Lista negra de empregados e cadastro de inadimplentes. Porto Alegre: **Síntese Trabalhista**, ano XVII, nº. 196, p.57/67, out./05.

RENAULT, Luiz Otávio, CANTELLI, Paula Oliveira e VIANA, Márcio Túlio. **Discriminação**. 2ª ed., SP: LTr, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3ª ed., SP: LTr, 2000

RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do direito do trabalho**. SP: LTr, 2013.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2ª ed., SP: LTr, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. Lista negra e direito do trabalho. SP: **Suplemento Trabalhista da Revista LTr**, nº. 39, Trab.010/03, p.045/48, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. RJ: Renovar, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história de processo civil romano**. SP: Revista dos Tribunais, 2001.

SHIEBER, Benjamim M. **Iniciação ao direito trabalhista norte – americano**. SP: LTr, 1988.

WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção internacional em prol da democracia**. SP: Juarez de Oliveira, 2000.

Sites Consultados:

<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/tabelas-do-justica-em-numeros>

<http://www.tst.jus.br/documents/10157/9243249/JT2013.pdf>

<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12239-resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010>, acesso em 20/07/2014

<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/17401-resolucao-n-143-de-30-de-novembro-de-2011>