



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

A C Ó R D ã O
(1ª Turma)
GMWOC/tvd/af

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. DISPARIDADE ESTATÍSTICA NO CONFRONTO ENTRE A POPULAÇÃO ECONOMICAMENTE ATIVA DO DISTRITO FEDERAL E O QUADRO DE EMPREGADOS DO BANCO RÉU QUANTO AOS CRITÉRIOS DE ADMISSÃO, PROMOÇÃO E REMUNERAÇÃO DE NEGROS, MULHERES E MAIORES DE 40 ANOS.

I - O Ministério Público do Trabalho não apresenta argumentos capazes de desconstituir a juridicidade da decisão de prelibação do recurso de revista, à míngua de demonstração de pressuposto intrínseco previsto no art. 896, "a" e "c", da CLT.

II - Na hipótese vertente, o Tribunal Regional reconheceu inexistir discriminação indireta, em face de o Banco réu ter demonstrado a adoção de critérios meritórios e impessoais na admissão, promoção e remuneração de seus empregados. Diante desse dado fático, insuscetível de reexame nesta instância extraordinária recursal, por óbice da Súmula n° 126 do TST, é inviável incursionar na discussão acerca da possibilidade de a prova estatística ser apta a demonstrar a prática de discriminação indireta.

III - Além disso, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior, não é possível o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, implementando ações afirmativas de "cotas" ou metas para correção das alegadas disparidades estatísticas, encontradas nos quadros de empregados do Banco em cotejo com a população economicamente ativa do Distrito Federal, quanto aos critérios



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

de admissão, promoção e remuneração dos empregados negros, mulheres ou maiores de 40 anos de idade.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013**, em que é Agravante **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO** e são Agravados **SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE BRASÍLIA** e **ITAÚ UNIBANCO S.A.**

A Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo Ministério Público do Trabalho, o que ensejou a interposição deste agravo de instrumento.

Contraminuta e contrarrazões foram apresentadas.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto no art. 83, § 2º, I, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 3 e 205) e encontra-se devidamente instruído, com o traslado das peças essenciais previstas no art. 897, § 5º, I e II, da CLT e no item III da Instrução Normativa n° 16/99 do TST. Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade recursal, **CONHEÇO** do agravo de instrumento.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

2. MÉRITO

O juízo primeiro de admissibilidade negou seguimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho, com amparo nos fundamentos a seguir reproduzidos:

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (decisão publicada em 01/07/2008 - fl. 971; recurso apresentado em 16/07/2008 - fl. 972).

Regular a representação processual (nos termos da OJ 52/SDI-I/TST).
Isento de preparo (CLT, art. 790-A e DL 779/69, art. 1º, IV).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

PRELIMINAR DE NULIDADE - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alegação(ões):

- violação dos arts. 93, IX, da CF.
- ofensa ao art. 832 da CLT e 458 do CPC.

O autor insiste na nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, questão argüida nos embargos de declaração, ao argumento de que a Eg. Turma incidiu nas seguintes omissões: quanto à aplicação da Convenção 111 da OIT, o conceito de discriminação indireta e sua caracterização pelos resultados apresentados; quanto às provas apresentadas no que se refere à disparidade estatística nos âmbitos da admissão, ascensão e remuneração; quanto à inconsistência dos processos de seleção e encarreiramento do Unibanco; necessidade de inversão do ônus da prova; análise dos pedidos feitos pelo MPT.

Dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões.

Da leitura do acórdão proferido às fls. 870/884, complementado às fls. 949/968, verifico que a controvérsia firmada pelas partes foi apreciada fundamentadamente. Os conceitos da Convenção 111 da OIT a respeito da discriminação foram apreciados às fls. 879 e 953/957; as provas colacionadas aos autos foram reapreciadas, inclusive levando à conclusão de



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

que "a disparidade estatística apresentada nos presentes autos é impactante e revela a necessidade de ações afirmativas para sanar o problema" (fls. 883); quanto aos processos de seleção no banco entendeu-se não haver qualquer irregularidade por pautarem-se em critérios meritórios e adequação das capacidades de cada um às funções exigidas (fl. 959); os pedidos foram julgados improcedentes. Quanto ao requerimento de inversão dos ônus da prova, desnecessário o procedimento pois os elementos constantes dos autos foram suficientes a formar o convencimento do juízo a respeito da regularidade na administração de pessoal do banco.

Restaram observadas as prescrições contidas nos artigos 93, IX, da CF, 832 da CLT e 458 do CPC, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. DISPARIDADE ESTATÍSTICA. AÇÕES AFIRMATIVAS.

Alegação(ões):

- violação do(s) art(s). 3º, I e IV; 5º, caput, XIII, XXXV, LXI e § 1º; 7º, XXX da CF;

- ofensa ao art. 1º, itens 1, "a" e 2, da Convenção 111 da OIT.

A Eg. 2ª Turma, por meio do v. acórdão proferido às fls. 870/884, complementado às fls. 949/968, reiterou a improcedência da ação civil pública, na qual se postulou obrigação de fazer e de não fazer, além de indenização como forma de corrigir discriminação indireta contra mulheres, negros e trabalhadores mais velhos a contratação e administração de pessoal nos quadros do Unibanco. Pontuou que cabe ao Poder Judiciário a missão precípua de apreciar a legalidade das ações afirmativas implementadas por lei ou por ato administrativo, mediante provocação, mas não a de estabelecer discriminações positivas, por meio de cotas (...), sob pena de o julgador atuar como verdadeiro legislador positivo. Nesse sentido, precedente do excelso STF (Liminar nº 60/SP, Min. Nelson Jobim, DJU de 18/02/2005).

Contra tal decisão, insurge-se o Ministério Público, por meio das razões de recurso de revista às fls. 972/1.010. Sustenta que a decisão incidiu em desfiguração dos conceitos contidos na Convenção 111 da OIT, especialmente o de discriminação indireta, violando o artigo 1º da Convenção 111 da OIT e os artigos 3º, IV, 5º, caput, § 1º e 7º, XXX, da CF;



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

impertinente a invocação das exigências de qualificação que descaracterizam a discriminação, nos termos do artigo 1º, item 2, da Convenção 111 da OIT, como forma de justificar o maior percentual de brancos nos quadros de pessoal do banco, violando o artigo 5º, caput, XIII, § 1º e 7º, XXX, da CF. Aduz que a discriminação indireta constitui hipótese de responsabilidade objetiva, dispensando a comprovação do elemento volitivo, nos termos do artigo 1º da Convenção 111 da OIT c/c 927, parágrafo único, do CCB. Por fim, defende que a ausência de imposição de regras claras para contratação, ascensão e remuneração baseadas em qualificações profissionais gera o risco juridicamente proibido de discriminar e insiste nos pleitos de imposição de obrigação de não discriminar, de desconstrução do quadro discriminatório e na indenização por dano moral coletivo.

De plano, registro a impossibilidade de processamento do recurso de revista quanto à alegação de ofensa ao artigo 1º, itens 1, "a" e 2, da Convenção 111 da OIT porque o diploma não está contemplado na espécie normativa aludida na alínea "c" do art. 896 da CLT.

Em segundo lugar, pontuo a impossibilidade de reexaminar os dados estatísticos e as demais provas colacionadas aos autos, a teor da Súmula 126 do Colendo TST.

Quanto à alegação de violação do artigo 3º, I e IV, que dispõe ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, provendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além do caráter principiológico do preceito, vale registrar que, conforme delineado no v. acórdão, a disparidade estatística verificada nos quadros de pessoal do Unibanco não decorreu de qualquer ato discriminatório, talvez constitua reflexo do problema social de baixo nível de escolaridade e qualificação nas camadas sociais historicamente vítimas de alguma exclusão, não cabendo ao Poder Judiciário impor à empresa a implementação de ações afirmativas de modo a concretizar os objetivos fundamentais do Brasil.

Quanto ao princípio da isonomia, inscrito, dentre outros, nos artigos 5º, caput, e 7º, XXX da CF, não há de se falar em violação, pois os critérios utilizados na contratação e administração de pessoal do Unibanco, segundo análise probatória da Eg. Turma, baseiam-se em méritos de qualificação



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

dissociados de pertinência a grupos étnicos, etários ou de gênero, não havendo qualquer vedação implícita ou explícita a grupos de sujeitos. Consignou a Eg. Turma que as coletas estatísticas trazidas pelo autor foram generalizantes, sem descrever grupos específicos segundo as exigências para o exercício das diversas funções na empresa.

Também não há de se falar em violação do artigo 5º, XIII, que trata da liberdade do exercício profissional, pois justamente observada a restrição na parte final do dispositivo quanto à qualificação profissional.

De outro lado, o direito de ação está sendo amplamente exercido, não havendo de se falar em violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Por fim, também não vislumbro potencial violação do § 1º do artigo 5º da CF, pois o v. acórdão não questionou a necessidade de concretização dos direitos fundamentais ou a sua máxima efetividade, apenas firmou o entendimento de que não cabe ao Judiciário a instituição de ações afirmativas de modo a transferir o espelho regional da população economicamente ativa para o âmbito empresarial, na esteira da jurisprudência do Excelso STF.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, DENEGO seguimento ao recurso de revista.

Inconformado, o Ministério Público do Trabalho interpõe agravo de instrumento reiterando o que se segue:

2.1. NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Ministério Público do Trabalho sustenta a nulidade do acórdão do Tribunal Regional por negativa de prestação jurisdicional. Afirma que a Corte de origem, ao julgar os embargos de declaração interpostos, deixou de sanar omissões apontadas, pois apenas adotou as razões de decidir do voto proferido pelo Juiz Revisor, que padeciam das mesmas omissões do voto do Juiz Relator. Renova a arguição de violação dos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC, pela negativa de prestação jurisdicional quanto aos seguintes aspectos:



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

a) omissão quanto à aplicação da Convenção n° 111 da OIT e ao conceito de discriminação indireta - que exige somente a demonstração da exclusão, preferência ou distinção sobre determinados grupos, sem a necessidade de demonstração de dolo e culpa por parte do discriminador, mas apenas o efeito negativo -, sem enfrentamento dos arts. 3º, I, 5º, *caput*, XII e §1º e 7º, XXX, da Constituição Federal;

b) omissão quanto às provas apresentadas em relação à disparidade estatística nos âmbitos da admissão, ascensão e remuneração. Afirma que a principal prova da discriminação indireta é a estatística, e a prestação jurisdicional não foi completamente entregue, pois esses fatos e dados não constaram do acórdão do Tribunal Regional. Alega que demonstrou que a não-discriminação, na hipótese sustentada, independe de norma secundária que obste formalmente essa conduta, pois há base constitucional suficiente para isso. Colaciona decisões do STF em que foram adotadas posições ativistas, de modo a exemplificar a possibilidade de adoção de posições progressistas;

c) omissão quanto a inconsistência dos processos de seleção e encarreiramento do banco. Afirma que o banco não se desincumbiu do ônus de provar que o seu processo seletivo é isento de critérios discriminatórios. Alega que não passa de meras suposições a conclusão do Tribunal Regional de ausência de discriminação na seleção, ascensão e remuneração, pois não há nos autos qualquer prova dos critérios admissionais claros e transparentes utilizados pelo banco recorrido. Sustenta que é indispensável a manifestação expressa sobre os critérios, pois, segundo seu entendimento, a ausência de qualquer regramento claro e objetivo para a contratação no âmbito do banco recorrido configuraria a discriminação indireta;

d) não enfrentamento da tese quanto a necessidade de inversão do ônus da prova. Afirma que nas razões de seu recurso ordinário e dos embargos de declaração, a inversão foi amplamente fundamentada, com referência na doutrina e na jurisprudência norte-americana que a inverte nos casos de discriminação indireta;

e) ausência de análise dos pedidos feitos pelo MPT. Afirma que, embora a improcedência do pedido, nos casos de cumulação de



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

pedidos, cada um deles exige manifestação judicial autônoma e isso não ocorreu.

Ao exame.

Verifica-se não existir negativa de prestação jurisdicional a ser declarada. Isso porque o Tribunal Regional da 10^a Região, embora tenha rejeitado os embargos de declaração opostos, emitiu juízo de mérito sobre todas as questões invocadas pelo *Parquet*, conforme a seguir transcrito:

“III. 1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra a r. sentença de primeiro grau, que julgou improcedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, com a finalidade de fazer cessar a discriminação indireta levada a efeito pelo Reclamado, supostamente comprovada pela metodologia da disparidade estatística.

Esclareço que o Recurso do Sindicato-assistente em muito se assemelha ao Recurso do *parquet*, até mesmo porque ambos têm objeto idêntico, razão pela qual serão analisados em conjunto.

Em ordem a julgar improcedente o pleito exordial, o MM. Juízo de origem consignou que o Autor, ao tecer apurações meramente estatísticas, não identifica quais as causas do resultado discriminatório obtido, não apontando nenhuma conduta ilícita do agente. Ademais, os dados estatísticos evidenciam o dano, mas não o nexo de causalidade, uma vez que as distorções nos quadros de pessoal da Reclamada representam as desigualdades históricas da própria sociedade brasileira.

O Ministério Público do Trabalho esclarece inicialmente, nas razões do seu Recurso Ordinário (fls. 631 e seguintes), que não se trata de ação comum, mas de ação inédita no Brasil em vários aspectos. Em primeiro lugar, a discussão tem por objeto a **DISCRIMINAÇÃO INDIRETA**, conceito ainda não sedimentado na doutrina e na jurisprudência pátrias. Outro aspecto inovador reside na utilização da estatística como meio de prova, por meio do conceito de **DISPARIDADE ESTATÍSTICA**, para demonstrar (ou servir de forte indício) a discriminação.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

Acena o parquet, em seguida, com a **discriminação indireta** levada a efeito pela Reclamada, contra negros, mulheres e trabalhadores mais velhos, no tocante à admissão, ascensão e remuneração, o que se demonstra, principalmente, mediante a metodologia da **disparidade estatística**, realizada tomando-se por objeto a totalidade do quadro de pessoal do Banco-Reclamado no Distrito Federal. Em razão desse cenário, pugna pela reforma da r. sentença recorrida que, desconsiderando a feição probatória da metodologia utilizada, julgou improcedentes os pedidos, por falta de prova.

III. 2 - DISPARIDADE ESTATÍSTICA COMO PROVA DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA.

O cerne do presente Recurso reside na validade da disparidade estatística como principal meio de prova da discriminação indireta, além dos limites inerentes ao Poder Judiciário no controle das ações afirmativas.

Para tanto, faz-se necessário mencionar, de forma superficial, alguns conceitos, os quais foram estudados e organizados de forma minudente nas razões recursais do parquet.

Como já referido, a Convenção n° 111 da OIT conceitua a discriminação em seu art. 1º, a seguir transcrito:

"Art. 1º - 1. Para fins da presente Convenção o termo discriminação compreende: a) *toda distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão [...]*".

Ao passo em que a **discriminação direta** é aquela pela qual o tratamento desigual funda-se em critérios proibidos, a **discriminação indireta** é aquela que se reveste de imparcialidade, mas que traz prejuízos e desvantagens para um determinado grupo.

O *parquet*, com fulcro em Manual da OIT, distingue ainda a chamada **discriminação institucional** (fl. 638), que resulta do preconceito arraigado no próprio comportamento coletivo ou institucional, de modo não necessariamente consciente, mas reproduzidor das desigualdades sociais.

Por outro lado, há a também a **discriminação positiva**, que visa a proteção de determinados grupos discriminados da população, por meio da



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

criação de mecanismos de tratamento diferenciado na ordem jurídica, ou seja, da chamadas **ações afirmativas**.

A discriminação indireta, por apresentar fumos de legalidade, é muito difícil de ser comprovada, pois seria necessário fazer prova de **atos de destituição velada ou alteração na igualdade de oportunidades**, razão pela qual o enfoque probatório há que ser dado nos seus efeitos ou resultados.

Dentro desse contexto, acena o Recorrente, com fulcro na doutrina de Joaquim Barbosa Gomes (Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade, Ed. Renovar) com a estatística, mediante comprovação de **disparidade estatística** como modalidade de prova por excelência da discriminação indireta, além da inversão do ônus da prova nas ações envolvendo discriminação.

III. 3 - DA POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO IMPLEMENTAR AÇÕES AFIRMATIVAS.

O Ministério Público do Trabalho, nas razões do seu Recurso, aduz que o Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, tem igual responsabilidade na tutela dos direitos e garantias fundamentais, especialmente no combate à discriminação.

Para reforçar essa premissa, o parquet colacionou arestos que trazem a atuação dos Tribunais brasileiros no combate à discriminação a portadores de HIV, idosos e afro-descendentes.

Quanto ao tema, necessário tecer algumas considerações.

O Poder Judiciário tem a função precípua de exercer o controle jurisdicional das ações afirmativas que lhe são submetidas, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Todavia, na hipótese de o próprio julgador estabelecer cotas de discriminação, em ordem a concretizar determinada ação afirmativa, remete a instituto já maduro e consagrado no direito americano, denominado *court-ordered affirmative action programs*, ou seja, programas de ação afirmativa concebidos e implementados em razão de ordem judicial (Jaccoud, Luciana e Nathalie Beghin, *Desigualdades raciais no Brasil : um balanço da intervenção governamental*. IPEA, Brasília, 2002).



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

O instituto da *court-ordered affirmative action programs* está condicionado a determinados requisitos, inclusive o esgotamento das vias administrativas.

No Brasil, a Jurisprudência do excelso STF vem acenando com a impossibilidade de o Poder Judiciário instituir ações afirmativas, pois, assim fazendo, estaria atuando como legislador positivo, senão vejamos:

“A causa tem natureza constitucional (Art. 2º, Art. 5º, II, e Art. 206, VI). Conheço do pedido. Examinado a lesão à ordem pública. Na ordem pública está compreendida a ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa (PET 2066 AgR, VELLOSO, DJ 28.02.2003). A decisão questionada impõe à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei. O requerente demonstra que o deferimento da liminar causa grave lesão à ordem à administração públicas quando o Judiciário interfere na condução pelo Estado das políticas públicas para a educação. Além disso, conforme orientação do STF, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo. Em razão do exposto, defiro a suspensão da decisão liminar proferida na Ação Civil Pública nº 2.622/2003.” (STF, Liminar nº 60/SP, Min. Nelson Jobim, DJU de 18/02/2005).

Assim, cabe ao Poder Judiciário apreciar a legalidade e a constitucionalidade das ações afirmativas implementadas por lei ou por ato administrativo, mediante provocação, mas não de estabelecer discriminações positivas, por meio de cotas, sem que esse procedimento esteja mais sedimentado em nosso ordenamento jurídico, como ocorre no direito americano, sob pena de vulneração da segurança jurídica e da harmonia entre os Poderes.

III. 4 - ANÁLISE DO CASO CONCRETO.

Incontroverso que a disparidade estatística se revela como um importante indício da discriminação indireta. Inclusive, nesse sentido, ambos os Recorrentes tecem minudentes considerações em ordem a validar os dados estatísticos coletados.

Não obstante, este egr. Tribunal, na análise de situações semelhantes, vem entendendo que a conduta discriminatória ilícita, apta a ensejar a indenização por dano moral coletivo, deve ser comprovada de forma mais robusta, revelando-se insuficiente a metodologia da disparidade estatística.

"EMENTA: AÇÃO AFIRMATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ATOS DISCRIMINATÓRIOS



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

CONCRETOS. DANO MORAL COLETIVO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. Não evidenciada qualquer situação concreta de preterição, exclusão ou preferência de empregados, fundada em gênero, idade ou raça, levadas a efeito pela instituição acionada, inviável se torna a imposição de condenação pecuniária a título de dano moral coletivo. A mera ausência de correspondência entre a composição dos empregados do demandado e a taxa de composição da População Economicamente Ativa do DF não se revela suficiente a evidenciar qualquer conduta discriminatória, ainda que inconsciente, por parte da demandada. Ainda que se pudesse vislumbrar a ocorrência de discriminação indireta, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro instrumento legal que determine a observância de regime de cotas ou metas na admissão de empregados, seja por órgãos da administração pública, seja por empresas de natureza privada (art. 5º, II da CF)" (TRT - 10ª Região, RO nº 00930-2005-016-10-00-7, Ac. 1ª Turma, Red. Desig. Juíza MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES, DJ de 27/04/2007).

"EMENTA: DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. PROVA FUNDADA EM DADOS ESTATÍSTICOS. IMPOSSIBILIDADE. Não se pode imputar a uma empresa a prática da discriminação racial pela simples observância de incongruência na formação de seu quadro de empregados em relação à composição populacional do Estado, quando se sabe que este falha violentamente no respeito aos direitos e garantias fundamentais, e mais especificamente no tocante à formação educacional, negando semelhantes oportunidades de desenvolvimento aos cidadãos." (TRT - 10ª Região, RO nº 00936-2005-012-10-00-9, Ac. 1ª Turma, Red. Desig. Juiz OSWALDO FLORÊNCIO NEME JUNIOR, DJ de 30/03/2007).

A disparidade estatística apresentada nos presentes autos é impactante e revela a necessidade de ações afirmativas para sanar o problema, à luz dos princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988. Não obstante, o já referido instituto da *court-ordered affirmative action programs* ainda não se encontra sedimentado no Brasil, esbarrando ainda, como retrata o precedente do STF mencionado no tópico anterior, no princípio da legalidade.

Por oportuno, registro que a presente discussão demonstra o relevante papel do Ministério Público do Trabalho na consagração dos direitos fundamentais, os quais, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, representam o próprio grau de democracia de uma sociedade (Aspectos de teoria geral de



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

direitos fundamentais, In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104).

Dentro desse contexto, e considerando que o MM. Juízo originário julgou improcedentes os pedidos, por insuficiência de provas, mantenho incólume a r. decisão recorrida, até mesmo porque, segundo a exegese do art. 103 do CDC, na hipótese de reforço do conjunto fático-probatório, nada impede que esta ação seja novamente ajuizada.

Nego provimento aos Recursos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço dos Recursos e nego-lhes provimento, nos termos da fundamentação.”

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Trabalho foram providos apenas para sanar omissão sem, contudo, atribuir efeito modificativo ao julgado, adotando as razões de decidir lançadas na declaração de voto proferido pelo Juiz Alexandre Nery de Oliveira quando do julgamento do recurso ordinário, *verbis*:

“Acenou o embargante com a existência de omissão, obscuridade e contradição no v. acórdão turmário, de relatoria da Exma. Juíza Heloísa Pinto Marques. Aduziu que a r. decisão embargada não se manifestou sobre pontos relevantes para o deslinde da questão, especificamente para os dados estatísticos por ele apresentados, não enfrentando a questão à luz dos artigos 5.º, caput, XIII, §§ 1.º e 2.º, e 7.º, XXX, ambos da Constituição Federal, pelo que pugna sejam sanados os vícios apontados, para não restarem violados os dispositivos legais e constitucionais indicados. Requer ainda, manifestação para efeito de prequestionamento dos art. 3.º, inciso I; art. 5.º, caput, e inciso XIII; e art. 7.º, inciso XXX, da Constituição Federal.

Os artigos 535 do CPC e 897-A da CLT autorizam a oposição de embargos declaratórios, quando for necessário sanar na decisão omissão, obscuridade ou contradição. Esses são os vícios ensejadores do remédio aclarador. Há, outrossim, a possibilidade de serem manejados embargos no



**PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013**

intuito de prequestionar certa matéria, viabilizando sua análise por instância superior.

Esclarece-se que o Juiz que ora relata estes embargos não participou da sessão de julgamento dos recursos ordinários manifestados pelas partes, de modo que procede ao exame dos embargos declaratórios apenas por razões regimentais, em virtude da redistribuição dos processos anteriormente distribuídos a Exma. Juíza HELOÍSA PINTO MARQUES.

No caso presente, entendo que o v. acórdão padece dos vícios indicados, razão pela qual, dentro desse contexto, dou provimento aos embargos opostos pelo Ministério Público para adotar como parte integrante do julgado as razões lançadas pelo Exmo. Juiz Alexandre Nery de Oliveira, no voto proferido nestes autos, in verbis:

“O Juiz, ao apreciar a norma, não pode descuidar dos valores sociais vigentes que permitem reinterpretar o Direito para estabelecer o Justo.

Mas não pode, o Juiz, invocar seus próprios valores e conceitos para instituir ou reescrever a norma vigente, substituindo os meios democráticos de reordenação do contrato social pela imposição da sua vontade individual.

Não por menos, o reinterpretar cotidianamente a norma jurídica permite revalidar seus conceitos aos valores vigentes na sociedade, sem que necessariamente haja que se estabeleça uma quebra do sistema.

Nessa atuação afirmativa do Direito em prol da consubstanciação da Justiça, o Juiz pode adotar os conceitos agora estabelecidos na sociedade em detrimento de outros anteriores (pré-conceitos) que não mais se justificam pela nova realidade.

Afinal, o Estado-Juiz, como componente da estrutura representativa das vontades nacionais, não pode ser compreendido como alijado dos processos de transformação social ou de convalidação de novos sistemas jurídicos, ainda quando mantido o ordenamento vigente por reeleitura e readequação dos preceitos ao exigido pelo novo cotidiano, assim compreendida a consubstanciação dos valores adequados à consagração de uma Sociedade mais justa, na forma, aliás, do que preceitua a Constituição Federal, artigos 1º, III e IV, 3º, incisos I e IV, 5º, I, 7º, XX e XXX, 170, VII e VIII, e 193.

O Poder Judiciário não caminha a reboque do Poder Legislativo e do Poder Executivo, mas, ainda que não lhe caiba



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

estabelecer políticas governamentais, atividades próprias dos agentes eleitos regularmente, inclusive porque não age por impulso próprio, mas quando provocado, compete-lhe buscar a norma ou o princípio adequado à solução do conflito apresentado, ainda que para isso tenha que enunciar o divórcio da regra com o valor maior descrito na Constituição, mesmo quando reinterpretação em seus dizeres aparentemente inabaláveis: à Constituição real, decorrente do cotidiano social, deve conformar-se a letra da Constituição formal, ainda quando pela mera releitura dos preceitos constitucionais.

Como co-autor e também ator das transformações sociais inerentes à atividade estatal, o Poder Judiciário deve pautar-se pelas regras inerentes a seu funcionamento, baseado na (re)interpretação das normas jurídicas segundo os valores adequados à validação das vontades manifestas ou latentes da Sociedade, assim declaradas, sobretudo, na Constituição e nas leis que se editem em complemento.

A busca, pois, deve dirigir-se à conformação das normas existentes aos valores efetivos que estabeleçam o conceito de Justiça Social, segundo as próprias premissas lançadas no contrato manifesto na Constituição, inclusive a devida ordenação de funções estatais próprias de cada esfera governamental, assim as atividades do Poder Judiciário não se podendo imiscuir naquelas próprias dos demais Poderes da República: ou seja, não pode o Juiz, para alcançar o fim pretendido, desviar-se da atividade jurisdicional, de dizer o Direito, para a de estabelecer a própria norma legal que lhe cabia interpretar ou adequar aos preceitos valorativos supremos.

A exordial é inequívoca quando pretende que o Réu fosse inibido, por ordem de obrigação de não-fazer, a não proceder à contratação ou promoção de brancos, homens e jovens que pudessem agravar as estatísticas que, segundo expõe o Ministério Público, estariam a denunciar procedimento discriminatório no âmbito da empresa.

Não há dúvidas de que tal procedimento pretendido pela exordial envolveria, ainda que com qualquer outro nome, a instituição de cotas, já que, doutro modo, persistiriam ou as vagas improvidas à falta de candidatos selecionáveis, ou o provimento à margem da regra pretendida pelo Parquet. Na linha empreendida pela exordial, apenas com a instituição de cotas para mulheres, negros e idosos seria possível reequilibrar as estatísticas apresentadas, transferindo o espelho regional para o âmbito específico da empresa acionada. Não fosse tal a compreensão, ou seja, a admitir-se pedido de mera indicação de



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

metas, e a exordial resultaria inepta ou inócua, já que o Ministério Público não elencou, na longa petição inicial, como deveria dar-se a inibição pretendida, enquanto apenas enuncia uma "desconstrução da discriminação", sem descrever onde estariam os pilares a serem inicialmente desmontados e o que deveria erguer-se no lugar.

Nesse sentido, a pretensão ministerial, ainda que fundada em diversos preceitos constitucionais, não se mostra adequada, no caso concreto, por não se vislumbrar a necessidade de conformação da norma a valor exigido pela Constituição, nem, diretamente fundada na Carta Suprema, a enunciação de prática exigida para fazer-se ou abster-se de modo a conformar-se à vontade constitucional.

Ao contrário, baseada em suposto desvio estatístico dos quadros internos da empresa Ré àqueles macro-sociais, quanto aos grupos ora tutelados, o Ministério Público do Trabalho pretende verdadeira enunciação de norma a descrever cotas e metas de preenchimento de cargos e funções, assim como de valoração salarial, sem que a efetiva ocorrência de discriminação tenha sido configurada, num presumir a mera postulação abstrata própria da atuação legislativa, e não a atuação concreta judiciária, ainda quando na seara dos direitos meta, transindividuais e difusos pertinentes à ação civil pública.

Noto, nesse divagar de idéias, que o conceito de discriminação no trabalho, para os fins previstos na Constituição Federal, deve ser aquele contido na Convenção n° 111 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, conforme aprovada pelo Decreto Legislativo n° 104, de 24.11.1964 e promulgada pelo Decreto n° 62.150, de 19.01.1968, e que tem o seguinte teor: "Artigo 1° 1 - Para fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende: a) toda a 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 e profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego e profissão, que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando existam, e outros organismos adequados.

2 - As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não serão consideradas como discriminação.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

3 - Para os fins da presente Convenção, as palavras "emprego" e "profissão" incluem acesso à formação profissional, ao emprego e diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

Artigo 2º Qualquer membro para o qual o presente Convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Artigo 3º Qualquer membro para o qual a presente Convenção se encontre em vigor deve, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais: a) esforçar-se para obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política; b) promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação; c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou praticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política; d) assegurar a referida política no que diz respeito a empregos dependentes de controle direto de uma autoridade nacional; e) assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação, dependentes do controle de uma autoridade nacional; f) indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da Convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.

Artigo 4º Não são consideradas como discriminação quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado, ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha direito de recorrer a uma instância competente estabelecida de acordo com a prática nacional.

Artigo 5º 1 - As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

2 - Qualquer membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

pessoas em relação as quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

Artigo 6° Qualquer membro que ratificar a presente Convenção compromete-se a aplicá-la ao territórios não metropolitanos, de acordo com as disposições da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Artigo 7° As ratificações formais da presente Convenção serão comunicadas ao diretor geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Artigo 8° 1 - A presente Convenção somente vinculará os membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tiver sido registrada pelo diretor geral.

2 - A Convenção entrará em vigor 12 meses após registradas as ratificações de dois dos membros pelo diretor geral.

3 - Em seguida, esta Convenção entrará em vigor, para cada membro, 12 meses após a data do registro da respectiva ratificação.

Artigo 9° 1 - Qualquer membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la no término de um período de 10 anos após a data da entrada em vigor inicial da Convenção, por um ato comunicado ao diretor geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só produzirá efeito um ano após ter sido registrada.

2 - Qualquer membro que tiver ratificado a presente convenção, no prazo de um ano depois de expirado o período de 10 anos mencionados no parágrafo anterior, e que não fizer uso da faculdade de denúncia prevista no presente artigo, ficará vinculado por um novo período de 10 anos e em seguida, poderá denunciar a presente Convenção no término de cada período de 10 anos, observadas as condições estabelecidas no presente artigo.

Artigo 10 1 - O diretor geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos membros da organização.

2 - Ao notificar os membros da organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o diretor geral chamará a atenção dos membros da organização para a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

Artigo 11 O diretor geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao secretário geral das Nações Unidas



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

para efeito de registro, de acordo com o artigo 102, da Carta da Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações e todos os atos de denúncia que tiver registrado, nos termos dos artigos precedentes.

Artigo 12 Sempre que o julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá da oportunidade de inscrever na ordem do dia da conferência a questão da sua revisão total ou parcial.

Artigo 13 1 - No caso da Conferência adotar uma nova convenção que implique em revisão total ou parcial da presente Convenção, e salvo disposição em contrário da nova convenção: a) a ratificação da nova convenção de revisão por um membro implicará, "ipso juri", a denúncia imediata da presente convenção, não obstante o disposto no artigo 9º, e sob reserva de que a nova convenção de revisão tenha entrado em vigor; b) a partir da data da entrada em vigor da nova convenção, a presente Convenção deixa de estar aberta a ratificação dos membros.

2 - A presente Convenção continuará, todavia, em vigor na sua forma e conteúdo para os membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a convenção de revisão.

Artigo 14 As versões francesa e inglesa do texto da presente Convenção fazem igualmente fé." (grifei)

Conquanto tenha o Governo brasileiro, em 1995, durante a 83ª Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra/Suíça, assumido oficialmente a existência de discriminação no mercado de trabalho e assim a sua inobservância aos comandos da Convenção 111/OIT, não significa, com isso, estabelecer-se a generalização da situação declarada nem presumir-se que, passados mais de dez anos, nada se tenha modificado.

Não bastasse isso, a Convenção 111/OIT é clara quando, após conceituar a discriminação no trabalho, enaltece, no artigo 1º, § 3º, que "As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não serão consideradas como discriminação", pelo que a existência de processos seletivos, para a admissão ou para a progressão funcional, que não denunciem uma prática tendente a estabelecer desigualdade de oportunidade segundo o sexo, a raça ou a idade, não se configuram como prática discriminatória a ser condenada.

No caso presente, a exordial funda toda a pretensão em estatísticas apresentadas no sentido de que os quadros



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

funcionais da empresa Ré se mostram em desacordo com os retratos da população economicamente ativa (PEA), enquanto a defesa insiste que tal desconformidade não decorre de ingerência ativa ou passiva da empresa, mas do resultado de processos seletivos segundo critérios meritórios dissociados de qualquer análise envolvendo sexo, raça ou idade.

Não é possível vislumbrar a discriminação efetiva por parte da empresa baseada na mera premissa estatística, tanto mais quando generalizante, sem descrever os grupos específicos segundo as exigências para as diversas funções ocupadas no âmbito empresarial.

Aliás, na própria audiência inaugural, conforme registrado em ata, o Ministério Público reconheceu que não havia discriminação direta no âmbito da empresa Ré, insistindo numa "discriminação indireta" ou "discriminação inconsciente", conforme a estatística que compreendia como reveladora do fato discriminatório.

Contudo, a alegação ministerial de que há discriminação indireta ou inconsciente por parte da empresa Ré, sob o manto de escolha não-aleatória, sucumbe quando se percebe, inclusive, a partir dos documentos apresentados, que a escolha de currículos se mostra de modo impessoal, a resultar em elemento não-influente para a contratação, nem se estabelecendo elementos como raça, cor ou idade, efetivamente, a partir do verificado nos autos, como condição para a progressão funcional.

A própria existência, no quadro funcional da empresa, de mulheres, negros e pessoas de idade em cargos e funções questionados pelo Ministério Público do Trabalho faz indagar onde residiria a discriminação se possível, ainda que em menor número, perceber-se que o Réu não agiu com práticas discriminatórias para inibir tais trabalhadores de galgar os postos referidos, mas apenas não houve, segundo as seleções efetivadas, ainda o número de eleitos suficientes a adequar os parâmetros entendidos como corretos, segundo estatísticas frias que não podem, numa metodologia científica precária, caracterizar a necessária transposição para cada grupo das realidades numéricas que venha aferir.

A lógica das afirmações nem sempre é precisa no sentido imaginado pelas premissas iniciais.

Cabe perceber, ademais, que o ativismo judicial, ainda que salutar quando percebida a necessidade de preencher o vazio normativo exigido pela Constituição, não pode substituir a ação afirmativa do princípio constitucional para a enunciação geral da inobservância ao preceito valorado pela Carta



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

Suprema, sob pena de se transformar o Juiz no criador de provimentos abstratos e genéricos, próprios da seara do Legislador.

Por isso, insisto, não me convenço que as estatísticas apresentadas possam retratar uma evidência lógica da discriminação de gênero, raça e idade imputada pelo Ministério Público do Trabalho à empresa Ré.

Não há vedação alguma para que o empregador possa adotar meios seletivos segundo o merecimento e a adequação das capacidades de cada um às funções exigidas, se não se indica nenhuma vedação, explícita ou implícita a grupos de sujeitos, que pudesse, assim, evidenciar prática discriminatória, ainda que velada.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal enaltece, em várias ocasiões, o respeito ao mérito, e assim também a Consolidação das Leis do Trabalho ao regulamentar o preceituado no artigo 7º, XXX, da Constituição, sobretudo a partir do artigo 461 consolidado, estabelecendo premissas de correção, no plano individual, das distorções eventualmente havidas quanto a salário ou aos meios de admissão e progressão no trabalho. E assim, cabe repetir, também é a própria Convenção 111/OIT, integrada ao ordenamento jurídico pátrio, que, ao instante em que conceitua a discriminação no ambiente de trabalho, estabelece que os procedimentos seletivos por mérito não envolvem discriminação, sempre que não se efetivem separações por grupos de indivíduos segundo raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social (artigo 1º, § 3º).

A invocação de existência de discriminação silente no âmbito da Sociedade brasileira não é suficiente a caracterizar a prática de ato discriminatório, ainda que inconsciente, por parte da empresa Ré.

É necessário não apenas pressupor e partir para a investigação consciente e inequívoca da existência de ato de constrangimento, ainda que velado, para que se possa chegar ao exame do pedido de inibição da referida conduta.

Mas se não há o ato discriminatório, não parece possível deferir-se, apenas à conta de suposição de conduta, o pedido de obrigação de não-fazer, resultando daí outra discriminação, em que a empresa passa a responder por prática não reconhecida judicialmente, com conseqüências negativas na ordem econômico-social, a partir da propaganda negativa resultante da condenação imprópria.

Por ora, pelo menos, segundo o contido nos autos, não há retrato fiel de prática discriminatória a ser inibida em relação à



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

empresa Ré, no ambiente de trabalho, em relação a mulheres, negros e pessoas de idade.

Com a devida vênia, estatística não é prova de fato existente ou havido.

As estatísticas revelam possibilidades e não efetividades.

O resultado estatístico envolvendo um grupo permite avaliar condutas, mas não é capaz de conduzir, sempre, ao retrato da realidade em relação a outro grupo, ainda que substrato do primeiro analisado, porque, não necessariamente, ao partir-se o conjunto, o subconjunto estabelecido resultará nas mesmas premissas estatísticas antes delimitadas.

A estatística não é ciência exata para a afirmação de certo fato, mas apenas a enunciação dos preceitos da Matemática quanto a certas probabilidades: a possibilidade de ocorrência e não a verificação do ocorrido.

Com efeito, fosse assim, e o Homem não teria chegado à Lua, porque a estatística, considerando as médias decorrentes das órbitas elípticas e desprezando outros movimentos e influências físicas, resultaria definir a Lua muito aquém ou além do ponto onde deveria estar para o pouso pioneiro. Na verdade, o Homem chegou à Lua não por obra ou pelos cálculos dos estatísticos, mas fundado na obra de Einstein secundada pelo princípio da incerteza de Heisenberg. Nesse sentido, o ponto da análise não se pode aferir por percentuais ou médias, já que toda conclusão matemática resta influenciada pela observação e pelo tempo decorrido. Tudo é relativo quando se ignoram todas ou algumas das variáveis. Nada pode ser precisado por análise estatística, desprovida das variáveis incidentes nas apurações.

Num outro exemplo do absurdo que o apego exagerado às hipóteses estatísticas pode gerar, a análise de que praticamente a metade da população é de homens e a outra é de mulheres não pode conduzir à conclusão de que, num grupo de duas pessoas, sempre haja um homem e uma mulher.

A análise matemática envolvida na compreensão estatística, portanto, exige mais que a mera transposição numérica para a percepção dos dados segundo as especificidades dos subconjuntos criados a partir de cada conjunto anteriormente analisado, para verificar-se se as premissas iniciais persistem, todas elas, íntegras para conduzir ao mesmo e necessário resultado.

Matematicamente nada mais se pode revelar, pelo exame estatístico, que a mera probabilidade de repetição do resultado aferido no conjunto maior em relação ao subconjunto dele resultante.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

Nesse sentido, analisando caso similar, o acórdão oriundo da Egrégia Primeira Turma deste Tribunal Regional que, ao manter sentença da minha lavra, proferida ainda como titular do MM. Juízo do Trabalho da 12ª Vara de Brasília/DF, assim decidiu: "Ementa: DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. PROVA FUNDADA EM DADOS ESTATÍSTICOS.

IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode imputar a uma empresa a prática da discriminação pela simples observância de incongruência na formação de seu quadro de empregados em relação à composição populacional do Estado, quando se sabe que este falha violentamente no respeito aos direitos e garantias fundamentais, e mais especificamente no tocante à formação educacional, negando semelhantes oportunidades de desenvolvimento aos cidadãos." TRT – 10ª Região – 1ª Turma Redator Juiz Oswaldo Florêncio Neme Júnior RO-00936-2005-012-10-00-9 Acórdão publicado no DJU-3 de 30.03.2007 Como salienta o precedente, o observador não pode desconsiderar outros elementos para a verificação do ponto de incoerência, desprezando os disparates sócio-econômicos, educacionais e culturais. Ao adotar a estatística fria sem a consideração dos subgrupos que tem mais ou menos grau de escolaridade, maior ou menor histórico cultural, maior ou menor condição sócio-econômica, há o resultado impreciso que emerge da probabilidade do fato, mas não à sua ocorrência.

As estatísticas não observam, para cada grupo selecionado na empresa, os níveis de escolaridade exigidos, a formação cultural apropriada para a aferição do merecimento, nem ainda o histórico sócio-cultural que conduz a tais condições, como se a apuração da culpa estivesse no resultado e não na causa determinante de tal situação desprestigiada, nem considera, ainda, os esforços de muitos indivíduos para a superação pessoal das dificuldades no sentido de galgar posição social mais elevada e assim deterem capacidade de agregar a seus descendentes outros níveis na sociedade, cada vez mais, pela repetição dos esforços e não pelo mero estabelecimento de vagas pré-destinadas, numa inequívoca inversão da discriminação, em que os mais esforçados e capazes cedem espaços aos que aguardam a vez baseados em situações históricas, ao invés de ultrapassá-las e deixá-las apenas no passado pelo empenho pessoal ou grupal na demonstração de suas qualidades.

No caso, a falta de efetiva prova por parte do Autor, que se limitou a basear-se em desvios estatísticos, sem conseguir



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

indicar um único caso de efetiva discriminação no âmbito empresarial, denota a falta de efetiva desoneração do ônus probatório que competia ao Ministério Público, ainda que em sede de ação civil pública. As estatísticas apresentadas, com a devida vênia, continham um inequívoco vício de análise ao tentar-se transferir para subgrupos a mesma percepção do grupo maior, numa deturpação do significado.

O preconceito dissimulado não dispensa a prova de sua ocorrência, ainda que por evidências que, somadas, conduzam à constatação de que algo há atrás da máscara. Mas não se pode, com base em premissas não confirmadas, partir-se para a desconstrução de algo que não se mostra construído, como pretendido pela exordial.

Nos Estados Unidos da América, há mais de cinquenta anos, um fato enunciou a evidência do que lá sequer era dissimulado: Rosa Parker negou-se a emprestar seu lugar num ônibus a um branco pelo simples fato de ser negra.

Iniciaram-se batalhas judiciais para afirmar um direito que não se conformava, segundo a recalcitrante, com a isonomia descrita na Constituição norte-americana nem na Declaração de Direitos. E ainda assim, toda uma discussão tomou conta daquele País para verificar se da Constituição emergia ou não a repulsa à instituição de barreiras segmentárias. Os Juízes puderam julgar a questão não porque algo era suposto, mas porque o fato preciso estava descrito como inaceitável perante a Constituição e havia sido levado ao exame das Cortes.

No Brasil, há pouco mais de cem anos, quebraram-se amarras da escravidão, e nem por isso há ainda as condições sociais que dignificam negros. No início do século, a sociedade patriarcal colocara as mulheres em total menosprezo, submetidas à mera colaboração como donas-de-casa, situação que na década de 1960 ainda era clara, e há pouco têm as mulheres conseguido, em vários rincões, mais que a mera condição de esposas e mães. Não faz muito e o Estatuto do Idoso, passados mais de dez anos da instituição de dispositivo constitucional sem regulamentação, descreveu direitos àqueles com idade mais avançada.

O tempo anda diversamente para cada sociedade, e assim o Direito.

Mas numa marca, a lembrança de Rosa Parker deve servir ao presente caso: a desconstrução de um modelo preconceituoso começou com a demonstração inequívoca de sua existência, e não a mera conjectura de sua possível ocorrência, e assim com sua submissão a uma Corte de Justiça.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

Não se há que ter a História como álibi para o preconceito, mas como explicação social para ainda haver desajustes nos quantitativos de pessoas agregadas ao mercado de trabalho, a par do gênero sexual, da cor e raça, ou da idade.

Nisso, percebe-se que o Tempo é um dos caminhos para que os quantitativos se ajustem e não o contrário, estabelecendo outras discriminações como forma de equacionar alguma apenas suposta.

Inexistindo prática discriminatória demonstrada no âmbito da coletividade tutelada, não há campo para o pedido ministerial de imposição de comando inibitório para tal ato, sob pena de constituir-se uma inequívoca condenação de preconceitos que gerariam, inclusive, a necessária representação para outras conseqüências, inclusive na seara criminal.

Não se há, com isso, que resultar uma declaração de inexistência de prática discriminatória pela empresa Ré em relação a algum sujeito específico, campo impróprio da via eleita e, ainda assim, sequer cogitado à falta de especificação de atingidos por discriminação havida como generalizada, segundo o relato ministerial.

No caso sob exame, apenas não se demonstrou o fato essencial: a existência de práticas discriminatórias no âmbito da empresa Ré.

Improvado isso, não há como determinar-se a correção jurídica do ato inexistente.

Essa foi a conclusão do julgado recorrido.

Por isso, ao expressar a sentença, o Judiciário não envolve de mantos as discriminações existentes, não desconhece haver o preconceito mascarado, não inibe as práticas desconstrutivas da segregação, ao contrário as incentiva, mas não lhe cabe, no âmbito restrito de sua atuação, supor o fato para chegar-se ao comando inibitório pretendido pelo Ministério Público. É preciso mais, e tal não se fez demonstrado, segundo a conclusão judicial. Noutra caso, noutra situação fática, quiçá.

Aos juízes não se permite ditar as normas para a sociedade, mas impedir que as normas estabelecidas sejam esquecidas, e assim o Direito, porque onde não impera o Direito também não impera o Justo.

A Justiça, pois, deve emergir da consagração dos preceitos jurídicos que, ainda quando impostos pela maioria de uma sociedade, não inibam a movimentação social das minorias.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

A desconstrução da desigualdade, já dizia Rousseau, ainda que noutra época e sob outro enfoque histórico, apenas se perfaz em se tratando desigualmente os desiguais, porque igualdade entre desiguais é persistir a desigualdade, e não tentar estabelecer um manto de isonomia entre os indivíduos.

Mas é preciso, também, não pressupor a desigualdade onde possa não estar ocorrendo.

Porque a mera instituição de premissas gerais atingirá também aqueles que, supostamente discriminados, já não o são: as mulheres, os negros, os idosos que conseguiram galgar seus postos por mérito, e que verão isso ser desmontado sob o indevido viés de que tudo alcançado apenas o foi porque eram mulheres, porque eram negros, porque eram idosos, e não porque mereceram, apesar da condição de gênero, raça ou idade ostentadas.

Nisso está a verdadeira desconstrução dos preconceitos: que todos possam descrever seus sucessos, sem que nenhuma condição tenha sido descrita que não o mérito e as qualidades de cada indivíduo. Nada mais.

Nesse sentido, o julgamento antes concluído, nesta data, pela Egrégia Segunda Turma Regional, em acórdão assim ementado:

"EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PEDIDO DE ORDEM INIBITÓRIA DE PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA PELA EMPRESA EM RELAÇÃO A ADMISSÃO, PROMOÇÃO E REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS POR RAZÃO DE SEXO, RAÇA, COR OU IDADE: ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: POSSIBILIDADE JURÍDICA: ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA: ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES: AÇÃO AFIRMATIVA: NECESSIDADE DE PROVA DO ATO ILÍCITO: ANÁLISES ESTATÍSTICAS: MERA PRESUNÇÃO POR POSSIBILIDADE MATEMÁTICA: MARGEM DE ERRO ADMISSÍVEL: FALTA DE PROVAS: IMPROCEDÊNCIA.

A mera afirmação da prática de ato discriminatório por empresa, em relação à admissão, promoção e remuneração de seus empregados, baseada em critérios de sexo, raça, cor ou idade, não pode dar-se apenas com base em transposição de situações havidas ou existentes, consubstanciadas em estatísticas gerais, já que envolvem mera possibilidade matemática e não efetividade do fato apresentado noutro substrato de sujeitos, não se configurando a estatística como prova. Necessidade da análise de elementos que evidenciem prática discriminatória pela empresa, mais que a mera divergência entre os grupos retratados no quadro funcional em



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

relação ao conjunto macro-social nacional, regional ou local, se há especificidades entre um e outro que os diferem.

Não há vedação alguma para que o empregador possa adotar meios seletivos segundo o merecimento e a adequação das capacidades de cada um às funções exigidas, se não se indica nenhuma vedação, explícita ou implícita, a grupos de sujeitos que pudesse, assim, evidenciar prática discriminatória.

A própria Constituição Federal enaltece, em várias ocasiões, o respeito ao mérito, e assim também a própria CLT, ao regulamentar, pelo artigo 461, o artigo 7º, XXX, da CF, além da Convenção 111/OIT, no respectivo artigo 1º e parágrafos, quando, ao mesmo instante em que conceitua a discriminação no ambiente de trabalho, estabelece que os procedimentos seletivos por mérito não envolvem discriminação, sempre que não se efetivem separações por grupos de indivíduos segundo raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

Inexistindo prática discriminatória demonstrada no âmbito da coletividade tutelada, não há campo para o pedido ministerial de imposição de comando inibitório: improcedência dos pedidos exordiais.

Recursos do Ministério Público do Trabalho e do Sindicato obreiro assistente conhecidos e desprovidos: sentença mantida." TRT – 10ª Região – 2ª Turma Rel. Juiz Alexandre Nery de Oliveira RO-00943-2005-015-10-00-0 Julgado em 13/02/2008.

Nesse sentido, e com os presentes acréscimos de fundamentação, resulta correta a r. sentença primária que julgou improcedentes os pedidos formulados.

Nego provimento aos apelos."

Nesses termos, dou provimento aos embargos.

Os dispositivos constitucionais invocados estão pré-questionados, para fins de submissão à instância superior.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço dos embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público do Trabalho, e, no mérito, dou-lhes provimento, para adotar como parte integrante do v. acórdão as razões lançadas pelo Exmo. Juiz Alexandre Nery de Oliveira no voto proferido nestes autos, tendo por pré-questionados os dispositivos constitucionais invocados, nos termos da fundamentação.

É como voto.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

Constata-se, pois, que o Tribunal Regional não foi omissivo, uma vez que expressamente se manifestou sobre todos os pontos levantados pelo agravante, pelo que não há falar em negativa de prestação jurisdicional.

Ressalte-se que pelo princípio do livre convencimento motivado, insculpido no art. 131 do CPC, o julgador, ao proferir a decisão, não está obrigado a fazer menção expressa da tese adotada pela parte, se outra é a sua, tampouco refutar, um a um, os argumentos por ela enumerados bastando demonstrar, de forma fundamentada, as razões jurídicas que fundamentam a decisão, o que ocorreu, na hipótese, inexistindo qualquer contradição com o não acolhimento da arguição de nulidade.

Assim, não estando configurada a negativa de prestação jurisdicional, mostra-se insubsistente a invocada violação dos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC.

NEGO PROVIMENTO.

2.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. DISPARIDADE ESTATÍSTICA NO CONFRONTO ENTRE A POPULAÇÃO ECONOMICAMENTE ATIVA DO DISTRITO FEDERAL E O QUADRO DE EMPREGADOS DO BANCO EM RELAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE ADMISSÃO, PROMOÇÃO E REMUNERAÇÃO DE NEGROS, MULHERES E MAIORES DE 40 ANOS

Nas razões do agravo de instrumento, o Ministério Público do Trabalho sustenta, em síntese, a existência de discriminação indireta de gênero, raça e idade na seleção, ascensão e remuneração. Argumenta que tal discriminação se evidenciou pela análise estatística que demonstrou disparidade entre o número de negros, mulheres e pessoas acima de 40 anos empregadas pelo banco e a população economicamente ativa do Distrito Federal.

Afirma que a discriminação indireta, prevista na Convenção n° 111 da OIT, ocorre sem que haja a intenção de discriminar, sendo práticas aparentemente imparciais, mas que causam prejuízo e



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

desvantagens aos integrantes de determinado grupo. Diante disso, sustenta que a discriminação indireta é hipótese de responsabilidade objetiva.

Assevera que o Tribunal Regional, ao consignar que o procedimento de seleção para contratação e ascensão funcional são eminentemente calcados no merecimento dos selecionados, não demonstrou que prova ou elementos fáticos embasaram sua conclusão, pois o banco não apresentou suas regras de admissão, ascensão e remuneração de forma clara e razoável em relação a esses processos. Assim, afirma que a ausência de critérios de admissão, ascensão e remuneração baseados em qualificações profissionais gera risco juridicamente proibido de discriminar, devendo, por isso, o banco responder pela disparidade encontrada pelo agravante.

Defende, ainda que, não reconhecida a existência de dano, os dados apresentados nesta ação civil pública devem, no mínimo, servir para impor ao recorrido a obrigação de conferir publicidade e clareza às suas regras de contratação e ascensão, a fim de conferir vigência à Convenção n° 111 da OIT.

Aduz que não propõe a instituição de cota empregatícia para corrigir as disparidades em relação aos empregados negros, às mulheres e aos que possuem mais de 40 anos de idade, mas, sim, a inserção de meta, em prazo não inferior a cinco anos, nos programas de diversidade já em funcionamento no âmbito da instituição bancária.

Argumenta que a Constituição Federal possui dispositivos de aplicação imediata que vedam a discriminação indireta. E que tal discriminação somente pode ser reparada com a intervenção do Poder Judiciário.

Diante disso, postula a imediata cessação da discriminação baseada em sexo, cor/raça e idade com a condenação do Banco para que se abstenha de discriminar, bem como o pagamento de indenização pelo dano moral coletivo no valor de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), com fundamento na inexistência de regras claras e públicas quanto aos critérios de admissão, remuneração e ascensão.



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

Renova a arguição de violação dos arts. 3º, I e IV, 5º, *caput*, XIII e XXXV, e §§ 1º e 2º, 7º, XXX, da Constituição Federal, 1º, item 2, da Convenção n° 111 da OIT, 927, parágrafo único, do Código Civil.

Razão não lhe assiste.

Conforme se infere da decisão agravada, o Tribunal Regional adotou dois fundamentos para negar provimento ao recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho.

O primeiro refere-se à impossibilidade de utilização de prova estatística para demonstração de práticas de discriminação indireta no âmbito do Banco réu e que critérios meritórios não importam em discriminação.

O segundo relaciona-se à impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, por meio de implementação de ações afirmativas de "cotas" ou metas para correção das alegadas disparidades encontradas nos quadros de empregados do Banco em relação à admissão, promoção e remuneração dos empregados negros, mulheres ou pessoas acima de 40 anos de idade.

O Tribunal Regional, às fls. 2011/2013, concluiu, valorando fatos e provas, que os critérios de contratação e promoção eram impessoais e não se baseavam em critérios de cor e idade, mas em critérios meritórios, *in verbis*:

Contudo, a alegação ministerial de que há discriminação indireta ou inconsciente por parte da empresa Ré, sob o manto de escolha não-aleatória, sucumbe quando se percebe, inclusive, **a partir dos documentos apresentados**, que a escolha de currículos se mostra de modo impessoal, a resultar em elemento não-influente para a contratação, nem se estabelecendo elementos como raça, cor ou idade, efetivamente, **a partir do verificado nos autos**, como condição para a progressão funcional.

(...)

Não há vedação alguma para que o empregador possa adotar meios seletivos **segundo o merecimento e a adequação das capacidades de cada um** às funções exigidas, se não se indica nenhuma vedação, explícita ou



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

implícita a grupos de sujeitos, que pudesse, assim, evidenciar prática discriminatória, ainda que velada. (grifos nosso)

Verifica-se que a Corte de origem, soberana no exame da prova, reconheceu a inexistência de discriminação indireta, em face de o Banco réu ter demonstrado a adoção de critérios meritórios e impessoais na admissão e promoção de seus empregados. Diante desse dado fático, insuscetível de reexame nesta instância extraordinária, por óbice da Súmula n° 126 do TST, é desnecessário incursionar na discussão acerca da possibilidade de a prova estatística ser apta a demonstrar a prática de discriminação indireta. Do mesmo modo, não há falar em violação dos arts. 3°, I e IV, 5°, *caput*, XIII e XXXV, e §§ 1° e 2°, 7°, XXX, da Constituição Federal, 1°, item 2, da Convenção n° 111 da OIT, 927, parágrafo único, do Código Civil, sobretudo pelo conteúdo genérico de tais regras.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme quanto à impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, conforme os seguintes precedentes:

Embargos de declaração em recurso extraordinário. 1. Conversão dos embargos de declaração em agravo regimental. Princípio da fungibilidade. 2. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Lei Complementar n. 126/03. 3. Acórdão recorrido não divergente da jurisprudência desta Corte. 4. **Poder Judiciário. Legislador positivo. Impossibilidade.** Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 810559 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, Acórdão Eletrônico DJe-158 divulgado em 15/8/2014, publicado em 18/8/2014)

RECLAMAÇÃO – ALEGADA TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADPF 53-MC/PI E SUPOSTO DESRESPEITO AO ENUNCIADO CONSTANTE DA SÚMULA VINCULANTE N° 04 – INOCORRÊNCIA – **ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO – INADMISSIBILIDADE – DOCTRINA – PRECEDENTES** –



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Rcl 14075 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Processo Eletrônico DJe-179 divulgado em 15/9/2014, publicado em 16/9/2014)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PRESSUPOSTOS FORMAIS DE SUA UTILIZAÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SE CONSOLIDOU, POSTERIORMENTE, EM SENTIDO OPOSTO AO DO ACÓRDÃO EMBARGADO – DIVERGÊNCIA DE TESES CONFIGURADA – SERVIDOR PÚBLICO – VANTAGEM PECUNIÁRIA DE ORDEM FUNCIONAL – SÚMULA VINCULANTE N° 4/STF – **IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO, ATUANDO COMO LEGISLADOR POSITIVO, ESTABELECEER, DE MODO INOVADOR, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO PRÓPRIO, INDEXADOR DIVERSO – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DE JUÍZES E TRIBUNAIS FIXAREM, COMO BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA DE NATUREZA FUNCIONAL, OUTRO FATOR DE INDEXAÇÃO** – ADOÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO “LEADING CASE” (RE 565.714/SP), DE SOLUÇÃO TRANSITÓRIA DESTINADA A OBSTAR A OCORRÊNCIA DE INDESEJÁVEL ESTADO DE “VACUUM LEGIS”, ATÉ QUE SOBREVENHA LEGISLAÇÃO PERTINENTE OU, SE VIÁVEL, CELEBRAÇÃO DE ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.(RE 208684 EDv-AgR-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2013, Acórdão Eletrônico DJe-098 divulgado em 23/5/2013, publicado 24/5/2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. LEI COMPLEMENTAR 432/85 DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÃO-RECEPÇÃO. CONGELAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA BASE DE CÁLCULO VIGENTE ATÉ QUE SEJA EDITADA LEI DISCIPLINANDO A QUESTÃO. ALEGADA LEI



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

SUPERVENIENTE. FATO NOVO. ARTIGO 462 DO CPC. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. **Ao Poder Judiciário não é dado atuar como legislador positivo, razão pela qual, a despeito da impossibilidade de vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ante a vedação constitucional, deve ser mantida essa base de cálculo até que seja editada lei disciplinando a questão. Precedentes:** AI 714.188-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 31/01/2011; RE 597.910-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 23/02/2011; AI 344.269-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 06/08/2009; e RE 463.635-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 09/10/2008. 3. A superveniência de lei no âmbito estadual fixando nova base de cálculo para o adicional de insalubridade não tem o condão de influenciar no deslinde da controvérsia, porquanto a jurisprudência desta Suprema Corte firmou orientação no sentido de que é inviável a apreciação de fato novo em sede de recurso extraordinário. Precedentes. 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE Ação ajuizada por servidores públicos estaduais que se insurgem contra os critérios previstos na Lei Complementar Estadual 432/1985 Alegação de inconstitucionalidade da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo com o pedido para que seja fixada judicialmente nova base de cálculo para o adicional Previsão no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda qualquer espécie de vinculação ao salário mínimo Não recepção do regramento estadual pela Constituição Federal Impossibilidade, ademais, de fixação de nova base de cálculo pelo Judiciário sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes Súmula Vinculante nº 4 Análise dos precedentes que comprovam a



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

plena aplicabilidade ao caso do enunciado vinculante do E. STF. Recurso não provido.” 5. Agravo regimental desprovido. (ARE 670497 ED, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Acórdão Eletrônico DJe-226 divulgado em 16/11/2012 e publicado em 19/11/2012)

Da mesma forma, é a jurisprudência desta Corte:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N° 04.

É firme a jurisprudência do STF no sentido da impossibilidade de a Justiça do Trabalho estabelecer, como base de cálculo para o adicional de insalubridade, a remuneração ou salário-base em substituição ao salário mínimo, pois é inviável ao Poder Judiciário modificar esse indexador, sob o risco de atuar como legislador positivo e, assim, contrariar a Súmula Vinculante n° 04. (RR-100700-51.2009.5.04.0771, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 27/2/2015)

INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT. JORNADA DA MULHER. EXTENSÃO AOS HOMENS. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. Por disciplina judiciária, curvo-me à maioria e adoto o entendimento proferido pelo Tribunal Pleno que declarou a constitucionalidade do artigo 384 da CLT, que trata do intervalo de 15 minutos garantido às mulheres trabalhadoras que tenham que prestar horas extraordinárias (TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5), bem como decidiu que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres contido no artigo 5º, I, da Constituição Federal. **Não obstante, se, por um lado, essa vantagem concedida à mulher não viola o princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres, por outro, não se pode considerar que esse mesmo princípio da igualdade justifique a extensão de tal direito ao trabalhador do sexo masculino. Isso porque é vedado ao Poder Judiciário, na interpretação do ordenamento jurídico, atuar como legislador positivo.** Com efeito, caso patente a necessidade de que aos trabalhadores seja conferido período de descanso físico e mental pré-jornada extraordinária, cumpre ao legislador ordinário disciplinar a questão de forma



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

igualitária para ambos os sexos. Recurso de revista de que não se conhece. (RR-75900-66.2009.5.12.0049, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 6/3/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. A Corte Regional fixou a premissa de que a base de cálculo para apuração do adicional de insalubridade é o salário mínimo, nos termos do art. 192 da CLT. Observa-se que o acórdão regional, seguiu o posicionamento firmado a partir do julgamento do RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional. Nessa oportunidade, o E. STF firmou posicionamento utilizando-se da técnica, oriunda do Direito Alemão, de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pela qual, embora reconheça a inconstitucionalidade da norma, a mantém até que outra seja edita em seu lugar, ante a proibição de o Judiciário agir como legislador positivo. Solução diversa acarretaria o esvaziamento do direito ao adicional de insalubridade e a redução do patamar civilizatório alcançado pelos trabalhadores, violando a cláusula de vedação de retrocesso social (efeito -cliquet-). Não há, portanto, afronta à Súmula Vinculante n.º 04 do STF ou violação ao art. 7º, VI e XXIII, da CF/88. Ressalta-se que a Súmula 228 do TST se encontra com a eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, conforme registrou a Resolução 185/2012 do TST, não servindo de parâmetro para a admissibilidade do Recurso de Revista. Da mesma forma, a Súmula 17 do TST foi cancelada por meio da Resolução n.º 148/2008 do TST, incorrendo a reprivatização em decorrência da suspensão da eficácia da Súmula 228 do TST.

Agravo de Instrumento não provido. (AIRR-48-76.2012.5.04.0203, Rel. Des. Conv. Américo Bedê Freire, 6ª Turma, DEJT 19/12/2014)

Assim, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte superior, não é possível o poder judiciário atuar como legislador positivo, implementando ações afirmativas de "cotas" ou metas para correção das alegadas disparidades estatísticas, encontradas nos quadros de funcionários do banco em cotejo com a população economicamente ativa do Distrito Federal, quanto aos critérios de



PROCESSO N° TST-AIRR-95240-03.2005.5.10.0013
C/J PROC. N° TST-AIRR-95241-85.2005.5.10.0013

admissão, promoção e remuneração dos empregados negros, mulheres ou maiores de 40 anos de idade.

Depreende-se, pois, que a parte agravante não consegue infirmar os fundamentos dos acórdãos proferidos pela Corte Regional e da decisão agravada e, conseqüentemente, demonstrar violação de dispositivo de lei federal, da Constituição da República, divergência jurisprudencial, ou mesmo contrariedade a súmula do TST, que ensejasse a admissibilidade do recurso de revista, na forma prevista no art. 896, a e c, da CLT.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 08 de abril de 2015.

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

WALMIR OLIVEIRA DA COSTA
Ministro Relator