

A PROVA DA DISCRIMINAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO*

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes*

Resumo: a distribuição da carga probatória em ações trabalhistas em que se discuta a prática de ato discriminatório deve levar em consideração as peculiaridades da matéria. Assim, não se pode adotar de maneira simplista a regra de que “o ônus da prova compete à parte que alega”, mas sim observar que o processo é um instrumento de busca da verdade, e por isso, o princípio reitor deve ser o da *aptidão para a prova*. Os pedidos de equiparação salarial deveriam ser tratados sobre esta ótica, pois se trata de autêntica questão de discriminação entre trabalhadores. A adoção desta sistemática não implica a necessidade de alterar a legislação brasileira atual, muito embora uma alteração legislativa possa colaborar para fixar uma nova prática jurídica. Por este caminho segue a prática processual argentina, na esteira do que é recomendado pela ONU e pela OIT. Na União Européia esta prática já foi adotada normativamente.

Resumen: la distribución de la carga probatoria en las acciones en las que se discute la practica de acto discriminatorio es especial. No se puede adoptar la regla de que la carga de la prueba “incumbirá a la parte que alegue un hecho controvertido”, pero observar que el

* Artigo resultante do aprofundamento e revisão de trabalho anterior, publicado na Revista LTr, de dezembro de 2004 (68-12/1437).

** Procuradora do Trabalho. Mestre e Doutora pela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

proceso es un instrumento de búsqueda de la verdad, y, por ello, en la articulación de la carga probatoria el principio maestro es el de la *aptitud para la prueba*. Los supuestos de equiparación salarial deberían ser juzgados desde esta mirada, porque se trata de una auténtica cuestión de discriminación entre trabajadores. La adopción de esta sistemática no impone la necesidad de modificación de la legislación brasileña actual, aunque una modificación pueda ayudar en ese sentido, para fijar una nueva práctica jurídica. Por esas sendas sigue el derecho argentino, que por su vez sigue las recomendaciones de la ONU y de la OIT. En la Unión Europea esta práctica fue adoptada normativamente.

1. Introdução

Ninguém pode ser favorável à discriminação. É errado discriminar, é politicamente incorreto, revela tendências autoritárias, fundamentalistas, racistas. Admitir-se publicamente “favorável” à discriminação equivale a admitir possuir uma personalidade desequilibrada, complexos de superioridade, tendências ao abuso e à violência. Definitivamente, apenas “párias sociais” admitem publicamente posturas ideológicas discriminatórias. Párias como aqueles que sob o escudo do seu grupo espancam pessoas por motivos tão absurdos como pode ser a origem étnica, orientação sexual ou a situação de extrema pobreza.

Apesar de haver exceções, pode-se afirmar que em teoria, existe um consenso social sobre a reprobabilidade da *discriminação*. Por isso, neste artigo, pouparemos o leitor de considerações sobre o quão abominável é a *discriminação*. Quem dera, no entanto, que o consenso social sobre o repúdio à discriminação fosse suficiente para evitar que ela ocorra. Mas as coisas não são tão simples assim. Todo ser humano é capaz de ter

princípios éticos elevados, mas também somos egoístas e mesquinhos. Somos todos bons e maus; anjos e demônios. Comportamo-nos de acordo com nossos princípios éticos mas também de acordo com nossa conveniência pessoal. Embalados pelo meio em que estamos inseridos, somos tentados a avaliar os riscos que corremos caso não nos comportemos de acordo com os mesmos critérios éticos que sustentamos. Às vezes nos falta até discernimento para compreender que nem sempre nossos caprichos ou interesses pessoais são os que devem prevalecer.

Assim, atos de discriminação podem acontecer mesmo que não concordemos com eles. O desafio é, portanto, incorporar ao plano do real os valores éticos que são universalizáveis no plano do ideal.

É desse desafio que trataremos, enfocando o funcionamento de um dos mecanismos de controle dos abusos que permeiam as relações sociais: A Justiça. Damos por certo que o temor da punição é um dos poucos mecanismos que auxiliam as pessoas a efetivamente aplicar na prática os princípios éticos que são aceitos de maneira abstrata. Isso é especialmente importante quando o abuso é facilitado pela situação de assimetria de poder que permeia grande parte das relações pessoais, principalmente no mundo do trabalho.

Uma forma de otimizar o combate à discriminação é orientar o aparelho estatal para uma repressão mais eficaz dos casos de discriminação que lhe chegam ao conhecimento. Porém, na fase de instrução processual de causas desta espécie, encontramos, às vezes, problemas técnicos que dificultam a efetividade da reprovação judicial de condutas discriminatórias.

Esses problemas técnicos estão na distribuição do ônus da prova, na admissibilidade jurídica de terminação da relação de trabalho sem causa declarada, e na dificuldade de compatibilizar ambos com as exigências processuais da tutela anti-discriminatória. É o que veremos a seguir.

2. Legislação brasileira

O Brasil possui legislação que condena a prática de discriminação. A República Federativa do Brasil está fundamentada no princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CF) e tem por objetivo, dentre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV da CF). O princípio da isonomia é consagrado como direito fundamental (art. 5º da CF) e proíbe-se expressamente a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7, XXX da CF).

O Brasil é signatário, ainda, das Convenções nº 100 e 111 da OIT, que vedam a diferença de salários entre homens e mulheres e toda forma de discriminação. As Leis nº 9029/95 e nº 9799/99 complementam o cabedal de normas constitucionais, definindo condutas discriminatórias e estabelecendo penalidades correspondentes.

Apesar desta ampla base legislativa, faltam *armas* para garantir o êxito no combate das práticas discriminatórias. É que não basta a existência da lei. É necessário que a lei seja aplicada de forma efetiva. Por isso que neste estudo abordaremos a *praxis* jurídica e interpretação das regras atinentes ao ônus da prova em casos em que se alega a prática da discriminação no trabalho.

Vale ressaltar que o âmbito das relações de trabalho é “privilegiado” para a ocorrência desta prática nefasta. No trabalho as pessoas são “escolhidas”, “avaliadas”, “selecionadas” diariamente, seja na oportunidade de empregos, seja na oportunidade de ascensão na carreira. É pelo trabalho que o indivíduo encontra seu lugar na sociedade, e esse lugar, com grande probabilidade, será ocupado em função da condição pessoal de homem ou mulher (*divisão sexual do trabalho*), de negro ou branco, de rico ou pobre. As identidades condicionam a posição do sujeito no mundo do trabalho, e o mundo do trabalho influencia a construção das identidades.

Os operadores do direito do trabalho, ao se depararem com questões relacionadas com a discriminação e com o respeito à dignidade do trabalhador, não podem ficar alheios a estas particularidades, que evidenciam a riqueza e a imperfeição do mundo em que vivemos.

3. Regras sobre ônus da prova

O art. 818 da CLT dispõe que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Até mesmo em razão da singeleza da regra processual trabalhista, é pacífica a aplicação das regras do CPC relativas ao ônus da prova ao processo do trabalho. Assim, numa tentativa de detalhar regra tão lacônica, assume-se aplicável o art. 333 do CPC, que dispõe que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Mas a leitura atenta do art. 333 do CPC não permite ir muito mais longe. A regra, ao invés de mais detalhada, conseguiu apenas ser mais prolixa que a da CLT. Ao resumir a regra do art. 333 do CPC chegaremos na regra do art. 818 da CLT, o que induz a um ciclo vicioso.

No entanto, o parágrafo único do art. 333 do CPC introduz algo *novo*, senão vejamos:

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Para começar, o CPC fala que o ônus da prova é uma questão de *convenção* (no dicionário: acordo, ajuste, combinação, convênio). Logo, é preciso concluir que o que é convencionado não é *absoluto* nem imutável. Mas, afinal, o que quer dizer o CPC quando se refere à “convenção” que distribui o ônus da prova? Entendemos que todas as regras referentes ao ônus da prova são “convenções legais”, pois foram criadas para disciplinar o “jogo processual”. Não definem direitos, mas apenas indicam como tutelá-los. Se as “convenções” legais não forem suficientes, deverão ser afastadas em prol da satisfação do direito material. Assim, o próprio CPC faz lembrar que o estabelecimento de regras relativas ao ônus da prova é simples instrumento de realização de justiça. São regras válidas enquanto suficientes para a busca da verdade real. Não se sobrepõem, portanto, à essa verdade.

Considerando que o CPC veda o estabelecimento de convenção sobre o ônus da prova que “torne excessivamente difícil para uma parte o exercício do direito” (parágrafo único do art. 333), ressalta ESTEVÃO MALLET que:

“as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio¹”.

ALICE MONTEIRO DE BARROS defende idêntico posicionamento:

“a pessoa considerada discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir indícios racionais de discriminação fundada em sexo e o empregador deverá destruir a presunção, apresentando o motivo capaz de justificar o tratamento desigual. Exigir-se prova de discriminação ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.”²

¹ In Discriminação e Processo do Trabalho. VIANA, Marcio Tulio. RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coord). Discriminação. São Paulo : LTr, 2000. p 162.

² Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Marcio Tulio. RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coord). Discriminação. São Paulo : LTr,

Têm razão os doutrinadores, mesmo porque a regra do art. 333 do CPC (e 818 da CLT) não é única. Também disciplinam a carga probatória os seguintes artigos:

Art. 282. A petição inicial indicará:

[...]

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, **expondo as razões de fato e de direito**, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Para além dessas “convenções legais”, dispõe o CPC, em artigo também aplicável ao Processo do Trabalho:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Nem é preciso dizer que o esclarecimento da verdade é a própria razão de ser do processo, e por isso, os casos em

2000. - p. 41.

que se discute discriminação devem ser analisados com as particularidades que o assunto requer.

Nesse sentido é a lição do mestre Marcio Tulio Viana, ao tratar da discriminação na contratação:

“A prova da discriminação pode ser difícil. Raramente o empregador ou seu preposto irá admiti-la, e como ninguém é obrigado a dizer por que razão não contrata, bastará negar em silêncio.

Ainda assim ou por isso mesmo, a prova indiciária assume um peso maior. Em outras palavras, o juiz terá de valorizá-la bem mais do que as situações comuns, **sob pena de traír por linhas tortas, o comando constitucional que garante o acesso à justiça.**

[...]

Cabe ao reclamante, naturalmente, demonstrar os indícios. Mas como eles fazem presumir a prática do ato ilícito, têm o poder de inverter o ônus da prova. Terá o empregador, então de apresentar uma justificativa qualquer para a sua recusa ou, no mínimo, demonstrar que não agiu daquele modo com intenção discriminatória, mesmo porque, v.g, tem várias vendedoras casadas na mesma função. Mas a dúvida pesará contra ele, e não poderia ser de outro modo – já que é exatamente para decidir o impasse do juiz que a lei criou as regras do ônus da prova³.

³ A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios. In VIANA, Marcio Tulio. RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coord). Discriminação. São Paulo :

Mais adiante, ao tratar da discriminação na dispensa, acrescenta o autor:

“Aqui, incide também o princípio da *aptidão para a prova*, que transfere para o mais apto dos litigantes o encargo de convencer o juiz. É que o empregador, enquanto empresário, reúne à sua volta todo um aparato burocrático e, sobretudo, toda uma rede de poder que o armam, antecipadamente, para eventuais acusações de seus empregados. De resto, é ele quem cria o risco do negócio, e por extensão, também o risco da demanda”⁴.

As considerações da doutrina têm amparo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção ao trabalho, da erradicação do preconceito e da discriminação, enfim, do princípio democrático que por conseqüência reprova atos arbitrários. Mas também há legislação específica, qual seja, o artigo 6º do CDC. Tal diploma legal, no inciso VIII, dispõe ser direito do consumidor a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*”.

Entendemos que nada obsta a aplicação subsidiária da regra no processo do trabalho, mesmo porque a CLT é omissa no particular. Ademais, não há como negar que a analogia

LTr, 2000. – p. 360.

⁴ Op. cit. fls. 362.

é aplicável, pois os pressupostos fáticos e jurídicos são semelhantes. No entanto, a aplicação deste dispositivo ao processo do trabalho não encontra ampla ressonância na jurisprudência, uma vez que se tem aplicado o critério da especialidade, pelo qual uma regra criada para reger uma relação de consumo não se aplica à relação de trabalho.

A dificuldade de chancelar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao processo do trabalho seguramente influenciou a doutrina trabalhista, que tem evitado tratar o tema da distribuição do encargo probatório em termos de “inversão” do ônus da prova. Afinal, as regras jurídicas existentes no nosso ordenamento jurídico autorizam, como pondera THEREZA CRISTINA GOSDAL, a realização de prova por indícios:

É possível falar-se em prova por indícios e presunções, quando se trata da discriminação, para evitar essa discussão acerca da inversão do ônus da prova. O que importa é compreender que não basta a mera alegação de discriminação para que toda a responsabilidade pela prova fique a cargo do empregador, a não ser que normal legal venha futuramente a dispor neste sentido. O empregado reclamante deverá trazer aos autos indícios que ensejem a presunção da discriminação. Há uma repartição diversa do ônus da prova, mas não uma total exoneração do dever de provar pelo empregado.⁵

⁵ In Discriminação da Mulher no Emprego: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba :Gênesis, 2003. p 261.

A preocupação em se evitr a expressão “inversão do ônus da prova” também se justifica porque alguns operadores do direito confundem a “inversão do ônus da prova” com a produção de “prova negativa”.⁶ A jurisprudência costuma a repudiar a produção de “prova negativa”, entendida como a prova de que algo não aconteceu ou não existe, em razão da dificuldade de sua produção. No entanto, preconizar a repartição justa da carga probatória *não* significa impor à outra parte o ônus de provar o que *não* aconteceu. Assim, tanto o repúdio à prova negativa quanto o repúdio ao estabelecimento de regras rígidas para a apreciação da prova seguem a mesma lógica que pretende fazer do processo um instrumento de busca da verdade. Trata-se de aplicar o princípio da razoabilidade na distribuição do ônus da prova, tanto para o autor quanto para o réu.

⁶ No caso abaixo, nota-se a confusão entre os institutos, que talvez tenha motivado esta decisão, que impõe ao trabalhador provar que pediu o vale-transporte quando o empregador não lhe assegura o direito de **registrar** esse pedido (mas pode o empregador “registrar” o desinteresse do trabalhador pelo vale-transporte). No nosso entendimento, a decisão acabou atribuindo prova negativa ao empregado.

VALE-TRANSPORTE - ÔNUS DA PROVA - ARTIGO 818 DA CLT - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO - De acordo com as Leis nºs 7.418/85 e 7.619/87, o vale-transporte é um direito do empregado, razão pela qual o empregador tem a obrigação, e não a faculdade, de assegurar seu exercício. Nos termos do Decreto nº 95.247/87, que regulamentou os referidos diplomas legais para o exercício do direito de receber o vale-transporte, o empregado deverá informar ao empregador, por escrito, o seu endereço residencial e os serviços e meios de transporte mais adequados ao seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa (art. 7º). A percepção do benefício, portanto, fica condicionada ao atendimento desse requisito. Nesse contexto, na qualidade de fato constitutivo do direito, o ônus de provar o preenchimento dos referidos pressupostos recai, indubitavelmente, sobre o empregado, não sendo juridicamente razoável exigir-se do empregador a produção de prova negativa, de difícil ou impossível realização. Pertinência da OJ nº 215 da SDI-1. Recurso de revista provido. (TST - RR 619659 - 4ª T. - Rel. Min. Milton de Moura França - DJU 03.10.2003).

A questão já é pacífica na União Européia. Em 1997, o Conselho da União Européia adotou a Diretiva nº 97/80, sobre o ônus da prova em casos de discriminação por razão de sexo. Dentre as considerações que justificaram a medida destaca-se:

“considerando que a apreciação dos fatos dos quais pode resultar a presunção de haver-se produzido uma discriminação direta ou indireta corresponde aos órgãos judiciais nacionais;”

“considerando que as partes demandantes poderiam ficar privadas de qualquer meio eficaz para fazer respeitar o princípio de igualdade de trato ante a jurisdição nacional se o fato de aportar indícios de que existe uma discriminação não tivesse como efeito impor à parte demandada o ônus da prova de que sua prática não é, em realidade, discriminatória”

“considerando que as normas relativas ao ônus da prova *devem modificar-se* quando haja um caso de discriminação aparente e que, para a aplicação efetiva do princípio da igualdade de trato, o ônus da prova deve recair na parte demandada quando se aporem indícios de dita discriminação.

A redação final do artigo o art. 4º da Diretiva 97/80/CE dispõe que:

“1. ... quando uma pessoa que se considere prejudicada pela não aplicação, no que a ela se refira, do princípio de igualdade de trato presente, perante um órgão jurisdicional ou outro órgão competente, fatos que permitam presumir a existência de discriminação direta ou indireta, corresponda à parte demandada demonstrar que não houve vulneração do princípio de igualdade de trato”.

2. A presente diretiva se entenderá sem prejuízo do direito dos Estados membros a impor um regime probatório mais favorável à parte demandante”.⁷

O ordenamento jurídico brasileiro possui todas as condições para prestar uma boa tutela judicial em matéria de discriminação. Não há necessidade de alterar a legislação brasileira atual para prever regra explícita, muito embora uma alteração legislativa possa colaborar para fixar uma nova prática jurídica, que é recomendada pela ONU, pela OIT, e já foi adotada pela União Europeia.

Mas o combate à discriminação enfrenta outro empecilho: a forma como está redigido o art. 7, I da Constituição Federal e art. 10 do ADCT, que versam sobre a *proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa*. Parte dos operadores do direito interpretam que caberia apenas uma indenização compensatória, e essa indenização, segundo essa linha

⁷ In *Mujer e igualdad*. Estudio en Materia Social y Laboral. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999. Tomo II, p. 168/169.

de entendimento, seria apenas a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. É o que veremos a seguir.

4. Atenuação da faculdade de dispensar sem *justa causa*

No Brasil é permitida, como regra, a dispensa imotivada. Ou seja, pode o empregador terminar a relação contratual sem ter que dar mais explicações ao empregado. Nada obstante existir uma garantia constitucional de “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória” (art. 7º, I da CF), o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição [...] fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no artigo 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966” (antiga lei do FGTS). O ADCT também restringiu o direito à dispensa imotivada do empregado eleito para direção da CIPA e da gestante (até cinco meses após o parto).

Entendemos que o texto da Constituição Federal em nenhum momento limita as indenizações devidas à *multa* sobre o FGTS. Ademais, o *caput* do art. 7º é bastante eloquente ao estabelecer que os direitos mínimos consagrados no texto constitucional não excluem *outros que visem à melhoria de sua condição social*. Ainda, os direitos previstos no art. 7º não excluem os direitos previstos no art. 5º, como é o caso da reparação pelo dano moral (art. 5º, incisos V e X). Por fim, é regra geral do direito que a reparação de qualquer dano deve considerar sua extensão e os prejuízos morais e materiais dele decorrentes. A aplicação de tal princípio impõe que somente se aceite o *tarifamento* da indenização

pela dispensa *imotivada* quando o *não-motivo* não se traduzir em arbítrio ou discriminação.

Nesse contexto, a regulamentação do art. 7º, I da Constituição seria salutar. No entanto, apesar de transcorridos quase 20 anos desde a promulgação da Carta Magna, até o momento não foi concretizada a garantia de proteção contra a dispensa sem justa causa ou arbitrária. Por um curto período, vigeu neste país a Convenção 158 da OIT, mas diante dos efeitos potenciais no que diz com a revisão do regime de (in)estabilidade brasileiro (vedação efetiva da dispensa sem justa causa), foi a convenção denunciada pelo governo brasileiro. A denúncia pois um ponto final na controvérsia instaurada àquela época, porém, a inaplicabilidade da Convenção já havia sido declarada pelo STF, que entendeu que somente lei complementar poderia dispor sobre esse tema.

Em fevereiro de 2008, a Convenção 158 da OIT foi novamente assinada pelo Presidente Lula, mas só será definitivamente incorporada à ordem jurídica nacional após a aprovação do Congresso Nacional e posterior publicação por decreto do Presidente da República que estiver no cargo neste momento. Para não cair na mesma situação já invalidada pelos tribunais, a Convenção deverá ser aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Com efeito, pela nova redação do parágrafo terceiro o art. 5º da Constituição Federal (redação da EC 45/2004), se aprovada nesta condição, a Convenção será equivalente à uma emenda constitucional. Será que esse momento chegará?

Não vamos enfrentar essa provocação. Preferimos enveredar por outra seara.

O ponto a ser aprofundado é: a possibilidade de dispensar um trabalhador sem ter que declarar a motivação do ato implica a tolerância com atos de dispensa discriminatória? A resposta só pode ser negativa. Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro repudia veementemente a discriminação, não permitirá que ela ocorra nem abertamente, nem de forma mascarada pelo silêncio empresarial. Além disso, vale lembrar que esse “silêncio empresarial” ocorre na maioria das vezes apenas perante o judiciário, pois o discriminado acaba quase sempre sabendo que foi destrinado.

Grande parte dos casos de discriminação que são levados à Justiça do Trabalho estão relacionados com o término do contrato de trabalho. Uma mulher é dispensada logo após o término da garantia de emprego legal por maternidade, outra foi dispensada ao término da “experiência”, pois contou à colega que estava grávida. Um homossexual foi despedido porque alguém o viu no cinema com seu companheiro; um soropositivo foi despedido após jogar por descuido uma embalagem vazia de AZT na lixeira do seu local de trabalho. Sabe-se que essas e muitas outras situações ocorrem com lamentável frequência, mas a causa declarada no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho é sempre “sem justa causa”.

Em alguns casos, a jurisprudência brasileira tem se mostrado bastante sensível à questão da prova em matéria de discriminação, repudiando a “faculdade” de despedir sem justa causa quando a realidade indica discriminação.

Isso tem ocorrido na hipótese das dispensas discriminatórias motivadas pelo HIV/AIDS. A SDI-1 do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista,

no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o *caput* do art. 5º da CF/88⁸.

REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece⁹.

⁸ Conforme acórdão TST - RR 726101 - 5ª T. - Rel. Min. Rider Nogueira de Brito - DJU 06.02.2004 e outros.

⁹ TST - ERR 439041 - SBDI I - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 23.05.2003.

Existem vários precedentes favoráveis à reintegração no emprego, por presumirem discriminatório o ato de dispensa. Revela-se perfeitamente possível, com as normas processuais vigentes, dar um tratamento mais adequado ao tema da prova da discriminação, sem que com isso se considere afrontada a liberdade de contratar (ou de despedir).

“Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a eles submetidos. *A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aitético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária* que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil (TST/RR 21779/95.3 - Ac 2ª T 3473/97, 14/5/97 - Rel. Valdir Righetto).

NULIDADE DA DISPENSA - REINTEGRAÇÃO - AUTORA PORTADORA DO VÍRUS HIV - ATO DISCRIMINATÓRIO - LEI 9.029-1995 [...] No caso em exame, tão logo a ré tomou ciência da doença da autora, que desempenhou as funções de zeladora por quase seis anos, decidiu dispensá-la ao argumento de que a obreira teria deixado de ser assídua. Pelo

conjunto probatório restou caracterizado o comportamento preconceituoso e discriminatório pela ré em relação à reclamante, mormente considerando-se que a reclamada é do ramo hospitalar, a quem cabe precipuamente proteger a saúde da população. Recurso da reclamada que se nega provimento, mantendo-se a r. Sentença que declarou a nulidade da rescisão contratual operada e determinou a reintegração da autora no emprego.¹⁰

DISPENSA DE EMPREGADO - PORTADOR DE HIV - ATO DISCRIMINATÓRIO - *Presume-se discriminatória* a dispensa de empregado portador do vírus HIV, cabendo à reclamada o ônus probatório da alegação em sentido contrário, em consonância com o disposto nos arts. 818, da CLT, e 333, do CPC, em obediência ao princípio insculpido no art. 7º, I, da CF/88. A imputação de justa causa, quando esta é afastada em juízo, não inibe a discriminação perpetrada¹¹.

A jurisprudência, assim, já demonstrou que com ou sem Convenção nº 158 da OIT, o ordenamento jurídico pátrio reconhece que a liberdade de contratar (e despedir) não pode se sobrepor ao dever de não-discriminar.

¹⁰ TRT 9ª R. - Proc. 02830-2001-021-09-00-2 - (27017-2003) - Rel. Juiz Arnor Lima Neto - DJPR 05.12.2003.

¹¹ TRT 15ª R. - Proc. 32139/02 - (18560/03) - 6ª T. - Rel. p/o Ac. Juiz Jorge Luiz Souto Maior - DOESP 27.06.2003 - p. 108

5. Discriminação e ônus da prova no direito argentino

As regras sobre ônus da prova, na Argentina, são semelhantes às brasileiras. O Código Processual Civil e Comercial da Nação dispõe que:

“Incumbe a carga da prova à parte que afirme a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou tribunal não tenha o dever de conhecer. Cada uma das partes deverá provar o pressuposto de fato da norma o normas que invoque como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção [...]”. (art. 377)¹².

De outro lado, a legislação antidiscriminatória argentina também guarda paralelo com a brasileira. A Lei 23592 de 3/08/1988:

“Artigo 1º: Quem arbitrariamente impeça, obstrua, restrinja ou de algum modo limite o pleno exercício sobre bases igualitárias dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição Nacional, será obrigado, a pedido do lesionado, a tornar *sem efeito* o ato discriminatório ou parar sua realização e a reparar o dano moral e material causados. Para o fim do presente artigo serão considerados particularmente os atos e omissões

¹² As citações de legislação e jurisprudência argentina foram livremente traduzidas pela autora. Ver o CPCCN in <http://www.aadproc.com.ar/pdfs/CPCCN-NU.pdf>

discriminatórios determinados por motivos tais como raça, religião, nacionalidade, ideologia, opinião política ou gremial, sexo, posição econômica, condição social ou caracteres físicos”.

Assim, portanto, a comparação da jurisprudência argentina e brasileira é válida. Ambas parte de arcabouço normativo semelhante, tanto do ponto de vista do direito material quanto do direito processual.

Recentemente a Câmara Nacional de Apelações do Trabalho publicou um Boletim Temático de jurisprudência sobre a articulação do ônus da prova em matéria de discriminação, que expõe o estado da questão no país vizinho¹³. Muito embora o assunto ainda enseje controvérsia, nota-se uma tendência respeitar os avanços obtidos na seara do direito internacional.

Senão vejamos:

Despedida. Articulação do ônus probatório. Em matéria de dispensas discriminatórias e lesivas a direitos fundamentais, é necessário ter em conta as sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os informes e recomendações, estudos y demais opiniões constitutivas dos organismos de controle da OIT, tendentes a introduzir “fatores de compensação ou correção que favoreçam a igualdade daqueles que são desiguais por outros motivos, e permitam alcançar soluções justas tanto na relação material como processual. Por

¹³ Ver o documento in <http://www.aaba.org.ar/CNATJTDiscriminacion.pdf>.

isso, nestes casos, o ônus probatório ficaria articulado da seguinte maneira: O trabalhador tem o ônus de aportar um indício razoável de que o ato empresarial lesa seu direito fundamental, princípio de prova dirigido a por de manifesto, em seu caso, o motivo oculto daquele. Para isso não basta uma mera alegação, mas se deve provar a existencia de algum elemento que, sem servir para formar de uma maneira plena a convicção do tribunal sobre a existência de atos ou omissões atentatórios contra o direito fundamental, le induza a uma crença racional sobre sua possibilidade. Uma vez configurado o quadro indiciário, recai sobre o empregador a carga de provar que sua atuação tem causas reais absolutamente estranhas à invocada vulneração de direitos fundamentais. Trata-se de uma autêntica carga probatória e não de uma mera tentativa de negar a vulneração de direitos, que deve levar ao tribunal à convicção que tais causas explicam objetiva, razoável e proporcionadamente por si mesmas sua decisão, eliminando toda suspeita de que aquela ocultou a lesão de um direito fundamental do trabalhador. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría). CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.-Z.- S.) in *Boletín Temático de Jurisprudencia* n° 46 – julio de 2007.

Porém, também no país vizinho existe uma corrente minoritária que, preocupada com a liberdade de contratar,

relativiza a proteção contra os atos discriminatórios. Senão vejamos o seguinte trecho de voto que acabou vencido:

Despedida. Ato discriminatório. Prova convicta. Apreciação exigente. Tal como ficou definida a lide e em conformidade com o disposto no art. 377 do CPCCN se encontrava a carga da parte autora demonstrar os fatos invocados na demanda e no que se sustenta a pretendida reincorporação. Entre eles, obviamente, que a despedida do reclamante foi conseqüência direta de sua atividade sindical. Neste tipo de ações nas que se pretende nulificar o ato extintivo da contratação laboral requer-se para sua procedência, a produção de uma prova muito convincente e uma apreciação muito exigente dos elementos acompanhados. Isso porquanto está em jogo a liberdade de contratar, de cujo desdobramento é a possibilidade de rescindir contratos ... (Del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo”.

Mas foi o voto vencedor, neste caso, que explicou o erro de julgamento. Senão vejamos:

Ato discriminatório. Prova. Apreciação. liberdade de contratação, que leva implícita a possibilidade de rescindir contratos e que compromete o direito de propriedade, não é absoluta, seu exercício pode ser objeto de diversas regulamentações legais, traduzidas em concretas restrições que tem em vista a ordem pública e o bem comum como valores transcendentais que devem guiar a atividade estatal. Os valores constitucionais em jogo, no caso a *discriminação* e a liberdade sindical, de modo algum podem influir em prejuízo da atividade probatória de quem invoca um ato discriminatório, seja para impor uma carga probatória extra ou uma valoração mais estrita ou que sugerir que a convicção decorrente da prova produzida deva ser mais contundente que a necessária para ter por provado qualquer outro dado da realidade. Isso, claro está, sem prejuízo de assinalar que para o caso do trabalhador contratado também existem direitos constitucionais envolvidos. Por isso, em matéria de carga probatória nestas hipóteses, corresponde aplicar o critério sustentado na causa “Parra Vera, Máxima c/v San Timoteo SA” (sent. 68536 del 14/6/06 del registro de esta Sala). (Del voto el Dr. Simón, en mayoría. El Dr. Zas reitera los fundamentos expresados en el antecedente “Parra Vera). CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo”.

Em contexto semelhante ao brasileiro, a jurisprudência argentina está se consolidando favoravelmente à necessidade de uma proteção específica da discriminação, com a necessária adaptação das regras relativas ao ônus da prova. Vale a pena seguir o exemplo.

6. A prova da “discriminação” salarial

Muito embora o princípio da igualdade entre homens e mulheres seja amplamente reconhecido no Brasil, é também de sabença geral que existe um *deficit* de remuneração que não vem se corrigindo com o tempo. As mulheres permanecem recebendo, em geral, remuneração inferior à paga aos homens, para exercício de funções idênticas ou semelhantes.

Existem normas aptas a serem invocadas para fazer cessar situações de discriminação salarial (encontradas na Constituição, nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, nas leis ordinárias), porém, o GAP salarial entre homens e mulheres permanece tabu. E isso é assim porque, em matéria de estipulação salarial, concece-se à *liberdade empresarial* e ao *mercado* uma primazia injustificável diante dos interesses envolvidos.

A CLT não possui norma específica para coibir a discriminação salarial por motivo de sexo. A norma mais aproximada é a que tutela os pedidos de “equiparação salarial”, e não ajuda muito neste dilema. Com efeito, o art. 461 dispõe que:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá

igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º. Trabalho de igual valor, para os fins deste capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 1.723, de 08.11.1952)

§ 2º. Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

É certo que a CLT foi promulgada num período histórico em que os direitos trabalhistas foram “concedidos” ao povo. O paternalismo representava também uma solução para a tensão ideológica entre o liberalismo tradicionalmente vigente no Brasil e a “ameaça comunista” em ascensão. Impunha-se o *reconhecimento* de direitos para pacificar a sociedade, antes que ela própria buscasse conquistá-los. Mas as concessões deveriam ser limitadas ao mínimo necessário para manter a acomodação social. O direito de igualdade salarial aproximava demais o direito do trabalho das idéias comunistas.

Nesse contexto, poder-se-ia compreender a excessiva rigorosidade para o reconhecimento do direito à equiparação salarial. Mesmo diante da identidade de funções e de perfeição técnica, buscavam-se razões para justificar a diferença de tratamento entre empregados de uma mesma empresa. Não bastava

a identidade de função, o trabalho teria de ser de igual valor. Tampouco bastava a identidade de função e o trabalho de igual valor: há necessidade de que não haja diferença de tempo de serviço superior a dois anos. Porquê instituir o tempo de serviço como critério excludente do direito à isonomia salarial, se este critério pode ser utilizado válida e objetivamente para fixação de uma parcela remuneratória como o “adicional por tempo de serviço”, estabelecida de maneira uniforme na empresa?

O fato é que e, talvez por inércia, a jurisprudência acabou se firmando de uma maneira bastante conservadora. A identidade de funções é avaliada com *precisão milimétrica*, qualquer mínima variação é suficiente para afastar as pretensões à equiparação salarial. Casos como este, que frequentemente ocultam uma discriminação por motivo de sexo, idade, raça, etc., são constantemente tratados de maneira pouco interessada no foro judicial.

A nossa prática jurídica se fixou na necessidade de “identidade”, o que é quase impossível, porque um ser humano nunca é igual a outro. Falhou-se em fixar parâmetros para, comparando funções diferentes, definir o quê seja um “trabalho de igual valor”. Está claro que “trabalho de igual valor” não precisa ser, necessariamente, idêntico ao exercido pelo paradigma, mesmo porque ainda não se conseguiu robotizar o ser humano a esse ponto. É certo que o país não avançou, desde a publicação da CLT, em estabelecer critérios mínimos de identidade de função. Ademais, enveredar por essa seara, principalmente durante a guerra fria (e ditadura militar no Brasil), poderia ser confundido com “esquerdismo” ou “comunismo”. Mas, mesmo após a democratização, não houve uma conscientização para a magnitude dos interesses envolvidos nessa espécie de problema.

A compreensão do problema está tão distorcida na prática brasileira, que até mesmo o Enunciado nº 6 do TST, que dispõe sobre o quadro de carreira, tem sido interpretado de maneira contrária aos interesses que deveria tutelar. Senão vejamos o que diz o enunciado:

Nº 6 - QUADRO DE CARREIRA. HOMOLOGAÇÃO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL - REDAÇÃO DADA PELA RES. 104/2000, DJ 18.12.2000. Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional, aprovado por ato administrativo da autoridade competente.

Ora, o parágrafo 2º do art. 461 da CLT não menciona a necessidade do quadro de carreira estar registrado no Ministério do Trabalho. Assim, a única interpretação razoável de mencionado dispositivo é a que exige esta formalidade com o fito de fazer prova da existência e publicidade do quadro de carreira. Explicando de outra forma: somente se pode exigir o registro no Ministério do Trabalho quando a empresa alegue em defesa a existência de um quadro de carreira a priori *desconhecido* pelo trabalhador.

Mas a verdade é que o Enunciado número 6 não veio trazer nenhum avanço para o tratamento da questão. Sua redação facilita sobremaneira a sonegação dos direitos do

trabalhador pela empresa, que pode editar plano de carreira e, maliciosamente, não registrá-lo, para em eventuais contendas judiciais, contrariar o princípio geral do direito segundo o qual não é dado a ninguém alegar a própria torpeza na defesa de seu direito.

O próprio TST já esclareceu que:

ASSOCIAÇÃO DAS PIONEIRAS SOCIAIS
- QUADRO DE CARREIRA NÃO
HOMOLOGADO PELO MINISTÉRIO DO
TRABALHO - VALIDADE - Sendo
incontroverso que a Reclamada (ASSOCIAÇÃO
DAS PIONEIRAS SOCIAIS) possui normas
internas análogas ao quadro de carreira, nas quais
são normatizadas as atividades de seus
empregados e fixados os respectivos salários,
**torna-se desnecessária a homologação das suas
normas internas perante o Ministério do
Trabalho, mormente se o § 2º do art. 461 da
CLT não impõe expressamente essa exigência.**
Assim, embora o inominado quadro de carreira
não tenha sido homologado pelo Ministério do
Trabalho, os empregados da Reclamada sujeitam-
se às normas internas de organização empresarial
(portarias, regulamentos etc.), que gozam da
presunção de legalidade própria dos atos
emanados dos agentes ou entes públicos,
observando-se as particularidades de cada tarefa e
os níveis salariais, determinados em função do
poder de comando empresarial ou de
instrumento coletivo alcançado por força de
negociação coletiva, o que pode gerar possível

diversidade de salário para tarefa assemelhada, ficando a cargo do Judiciário Trabalhista normatizar as relações entre capital e trabalho, corrigindo eventual distorção salarial. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR 576391 – 4ª T. – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 10.10.2003).

Nem precisaria afirmar que os atos empresariais “gozam da presunção de legalidade própria dos atos emanados dos agentes ou entes públicos”, pois não é daí que advém sua exigibilidade. Os quadros de carreira têm a força das normas gerais de cunho privado, perfeitamente válidas enquanto observarem critérios democráticos de criação (participação de representantes dos trabalhadores e empregadores) e enquanto não contrariarem normas de ordem pública.

A propósito, a publicização dos critérios de valor deveria ser um dever. Afinal, o poder de estabelecer salários é atribuído ao empregador em razão da posição por ele ocupada na hierarquia empresarial. Esta hierarquia “supõe uma autoridade e a estruturação com distribuição de funções a serem desempenhadas por cada integrante, e, destarte, é estabelecida por um *processo normativo*, visto como uma função a ser exercida no interesse do sucesso da empresa”.¹⁴ É em decorrência deste “poder-função” que se assegura ao empregador a prerrogativa de fixar salários. Não se trata, portanto, de poder potestativo. Às funções mais importantes, deve-se atribuir remuneração mais elevada. Obviamente, os critérios de valoração da importância da função não poderão se basear ou originar discriminação por gênero, idade, raça ou qualquer outro

¹⁴ Conforme Marcelo Caetano, citado por COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder Punitivo Trabalhista. São Paulo : LTr, 1999, p. 78.

critério discriminatório. Além disso, tais critérios deverão ser publicizados, até mesmo como forma de garantia de não ferir a legislação anti-discriminatória. Por públicos, devem estar sujeitos a justificação, como já vem decidindo o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.

Senão vejamos as regras que vêm sendo aplicadas, conforme a síntese de TERESA PÉREZ DEL RÍO. São elas:

a) Nos casos em que existam categorias predominante ocupadas por trabalhadores de um ou outro sexo, desigualmente retribuídas, e não exista transparência na determinação dos critérios retributivos, corresponde plenamente ao empregador o ônus de publicizar os citados critérios, para excluir qualquer suspeita de que o sexo haja podido ser o fator determinante de dita diferença.

b) Para entender cumprida a exigência a que se acaba de fazer referência, não basta dar publicidade a desigualdade das tarefas realizadas. O parâmetro de igualdade neste ponto não é a identidade de tarefas, mas a igualdade ou desigualdade de valor do trabalho, único elemento relevante para esses efeitos para captar a razoabilidade ou não de uma diferença retributiva.

c) Na valoração do trabalho, ademais, deve-se garantir e exigir-se portanto, que os próprios critérios de valoração do trabalho, não sejam por si mesmos discriminatórios. Deste modo, deverá

evidenciar-se que se recorreu a critérios de avaliação neutros que garantam a igualdade de condições dos trabalhadores de ambos os sexos. Tudo isso porque a proibição de discriminação por motivo de sexo em matéria salarial, também se ignora quando se produz uma hipervaloração dos trabalhos em que só foram tomadas em consideração para efeitos salariais, características inerentes a um dos sexos em detrimento do outro¹⁵.

Na Espanha, por exemplo, já está assentado que o dever de provar que adota critérios razoáveis para a remuneração é *do empregador*. A “Lei de Procedimento Laboral” espanhola prevê a modificação do ônus da prova quando o julgador não possa chegar a uma conclusão definitiva sobre o sistema salarial adotado na empresa, por entender que não é o suficientemente transparente. Nesses casos deve ser exigido do empregador que prove a razoabilidade dos critérios que lhe induziram a aplicar a valoração salarial impugnada¹⁶.

Já é hora de dar ao tema da diferença de salário tratamento correspondente ao da discriminação, pois de discriminação se trata. Assim, ao invés de impor-se ao trabalhador o ônus exclusivo de provar que a função exercida era idêntica à do paradigma, deve-se adotar o princípio da aptidão para a prova no particular. Competirá à empresa demonstrar objetivamente porquê dentro do leque de atribuições existentes entre duas funções, uma delas mereceu valoração superior. A regra da aptidão para a prova deve incidir em matéria de discriminação salarial, se o objetivo

¹⁵ Op cit. tomo 1. p 103.

¹⁶ Op cit. p 103.

social for mesmo o de minorar a diferença salarial entre homens e mulheres, estacionada em 30% (algo mais, algo menos) desde antes da redemocratização.

Para contribuir com este objetivo, a elaboração do “quadro de carreira” a que alude a CLT deveria ser obrigatória. A definição dos critérios de valor deveria ser chancelada pelos trabalhadores da empresa, mediados por um sindicato atuante em questões de gênero. A divisão sexual do trabalho deveria ser levada em consideração para a fixação dos salários para funções diferentes, mas assemelhadas. Duas são as diretrizes a serem consideradas: valorização do mérito individual e preservação do princípio da igualdade. Funções ordinariamente desempenhadas por homens não são apenas por isso funções mais importantes, é preciso avaliar se efetivamente existe mais responsabilidade envolvida.

Uma nova compreensão da igualdade salarial implicaria numa mudança de perspectiva que será sentida nos tribunais, pelas mãos dos advogados trabalhistas, que compreenderão o tipo de prova a ser produzida em instrução processual e forçarão uma libertação da amarras pobres do art. 462 da CLT. O direito a não ser discriminado, ressalte-se, é direito fundamental. Seu conteúdo é muito mais importante que o simples efeito pecuniário decorrente da equiparação salarial.

7. Conclusão:

Os processos judiciais nos quais se discute a questão da discriminação merecem serem analisados com a atenção peculiar que a matéria requer. Deve-se ter sempre em mente que a questão da discriminação é muito mais que seu aspecto material/econômico. É questão de observância do princípio da

igualdade, de respeito à dignidade da pessoa humana, de direito fundamental. Por suposto, não se trata de dar guarida a meras “alegações” de discriminação, não se trata de tutelar o mal-entendido daquele que se sentiu discriminado indevidamente, ou daquele que agiu de má-fé. O que se precisa é investigar com a profundidade que for possível os fatos que ensejaram a demanda judicial, perquirindo-se, seja em face do autor, seja em face do réu, as provas para fundamentar as decisões.

Muito embora a jurisprudência registre poderosos precedentes, especialmente no que diz com o tema do HIV/AIDS e do racismo, é preciso reconhecer que em relação à discriminação salarial, discriminação contra a mulher e discriminação na admissão, a questão da prova ainda deixa a desejar. É necessário que essas questões sejam vistas com os olhos da justiça social.

Nesse diapasão, cabe às partes indicar as provas necessárias para a elucidação da verdade dos fatos, bem como impedir que as regras ordinárias sobre o ônus da prova sejam utilizadas como “escudo protetor” para dificultar a instrução probatória do caso concreto. Nesse espírito, deve o juiz fazer uso da prerrogativa de determinar a produção de provas que entenda relevantes para a solução da controvérsia, bem como compete ao membro do Ministério Público do Trabalho requerer a produção de provas nos feitos de primeiro grau em que venha a intervir.

No entanto, todas essas considerações só farão sentido se o processo for concebido como instrumento de consecução da igualdade real. Isso porque “não se deve insistir na idéia da neutralidade do processo. Também o direito processual sofre o impato dos interesses dominantes em cada período

histórico”¹⁷. Também no âmbito do processo do trabalho deve-se realizar reflexão sobre em quê medida o tratamento “igualitário” entre as partes não atende fins dissociados da promoção de Justiça.

¹⁷ Por Estevão Mallet, op. cit, p. 158.