

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO I**

ELCIO NACUR REZENDE

MARIA AUREA BARONI CECATO

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Maria Aurea Baroni Cecato; Rodrigo Garcia Schwarz – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-594-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

A presente publicação, concebida no marco do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Salvador - BA, sob o tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”, oferece ao leitor, através dos diversos artigos apresentados no Grupo de Trabalho "DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I", a diversidade e a pluralidade das experiências e do conhecimento científico dos quais se extrai, no seu conjunto, o "espírito", ou seja, o sentido e a essência do Direito do Trabalho na atualidade, a partir da apreensão do que está sendo produzido, no âmbito da cultura jurídica brasileira, a respeito do Direito do Trabalho. Trata-se, portanto, de uma amostra significativa que revela, no seu conjunto, a partir de distintas vozes e de distintos espaços e experiências, os rumos não só da pesquisa científica a respeito do Direito do Trabalho no Brasil, mas do próprio Direito do Trabalho enquanto ciência, ordenamento e práxis no Brasil, e das correspondentes instituições político-jurídicas e das suas possibilidades de produção de justiça social, em termos históricos, axiológicos, filosófico-normativos e teórico-dogmáticos.

Somam-se, assim, as vozes de Ailsa Costa de Oliveira, Alice Aparecida Dias Akegawa, Andre Geraldo Santos Cardoso de Mesquita, André Luiz Staack, Anna Marcella Mendes Garcia, Antonio Donizetti de Resende, Candy Florencio Thome, Christine de Sousa Veviani, Clarisse Inês de Oliveira, Danielle Costa de Souza Simas, Danielle de Mello Basso, Diego Gabriel Oliveira Budel, Elcio Nacur Rezende, Erica Ribeiro Guimarães Amorim, Fernanda Maria Afonso Carneiro, Fernanda Netto Estanislau, Gabriela Rangel da Silva, Irineu Francisco Barreto Junior, Isabel Christine Silva de Gregori, Joshua Gomes Lopes, Luciana Ferreira Lima, Marcelo José Ferlin D'Ambroso, Maria Aurea Baroni Cecato, Mariana Reis Caldas, Mauricio de Melo Teixeira Branco, Melissa Mika Kimura Paz, Nathália Facco Rocha, Renato de Araújo Ribeiro, Rodrigo Garcia Schwarz, Valena Jacob Chaves Mesquita e Victor Jácomo da Silva em torno dessas discussões, fundadas na perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente, assim compreendido o trabalho exercido em condições compatíveis com a dignidade humana, e, portanto, do Direito do Trabalho enquanto possibilidade de produção de justiça social e concomitante instrumento efetivo de superação das muitas vulnerabilidades históricas que ainda assolam o nosso povo e a nossa democracia.

São vinte os artigos aqui apresentados: (1) A influência dos grupos de pressão na reforma trabalhista; (2) Entre empregados e empregadores: visão moderna das “cidadanias” de

Aristóteles; (3) Reforma trabalhista: a inversão do diálogo das fontes; (4) As alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17 ao acesso à justiça: os impactos da reforma trabalhista à efetividade da justiça do trabalho no Brasil; (5) A execução trabalhista e a Lei nº 13.467/2017: o desafio da efetividade processual; (6) A necessidade de reafirmação do direito do trabalho com base na doutrina marxista; (7) A exploração contínua: o uso das tecnologias da informação e comunicação nas relações de trabalho do século XXI; (8) A reforma trabalhista (Lei 13.647/17) e o teletrabalho: avanços e retrocessos; (9) O teletrabalho e a supressão de seus direitos na reforma trabalhista; (10) A inserção na CLT do título II-A – do dano extrapatrimonial pela Lei 13.467/2017 e sua interpretação conforme a Constituição Federal de 1988; (11) A dispensa coletiva trabalhista à luz dos deveres de socialidade e eticidade do contratos; (12) A questão agrária como obstáculo à erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil; (13) A tutela do trabalhador migrante no Brasil; (14) Manutenção da escravidão na casa grande: trabalho doméstico análogo ao de escravo no Brasil; (15) Análise da discriminação racial no Brasil e seu impacto nas relações de trabalho; (16) Função social e solidária da empresa e relações de trabalho: inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho; (17) A importância do meio ambiente laboral adequado à pessoa com deficiência; (18) Meio ambiente do trabalho e poluição labor-ambiental; (19) A interface dos direitos laborais e previdenciários com os acidentes do trabalho na sociedade contemporânea; (20) Responsabilidade civil do empregador concernente ao meio ambiental laboral – a necessidade de uma nova análise contemporânea decorrente da reforma trabalhista de 2017 no tocante ao teletrabalho.

Nesses artigos, são tratadas distintas questões de crescente complexidade e de crescente relevância para o próprio delineamento dos campos de ação e das possibilidades do Direito do Trabalho da atualidade: dos direitos e princípios fundamentais no trabalho à erradicação do trabalho infantil, à eliminação do trabalho forçado e à promoção da igualdade de condições e de oportunidades no trabalho, envolvendo múltiplos coletivos tradicionalmente subincluídos nos mundos do trabalho, às questões do meio ambiente do trabalho, da limitação do tempo de trabalho, da saúde e da intimidade no trabalho e dos novos horizontes do Direito do Trabalho em tempos de crises, com a abordagem das novas morfologias das relações de trabalho, dos processos de desregulamentação do trabalho e de precarização e flexibilização do Direito do Trabalho - sobretudo a partir, no Brasil, da recente Lei nº 13.467, de 2017 -, das novas tecnologias e de seus impactos sobre os mundos do trabalho, dos próprios marcos renovados do direito processual do trabalho na efetivação do Direito do Trabalho e, assim, do acesso à Justiça do Trabalho e da efetividade desta, e, portanto, e especialmente, das novas formas de inclusão e exclusão nos mundos do trabalho, com ênfase para os mecanismos de aplicação e de promoção do Direito do Trabalho e para os novos arranjos de proteção do trabalho, reafirmando-se a fundamentalidade do Direito do Trabalho.

Dá a especial significação desse conjunto de artigos, que fornece ao leitor, contribuindo com diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo, uma considerável amostra do que vem sendo o agir e o pensar no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente e da promoção da justiça social.

Parabéns às/aos autoras/es pela importante contribuição!

Ao leitor, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Os coordenadores,

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara)

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ)

Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz (Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL E SEU IMPACTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

ANALYSIS OF RACIAL DISCRIMINATION IN BRAZIL AND ITS IMPACT ON WORK RELATIONS

**Mariana Reis Caldas
Victor Jácomo Da Silva**

Resumo

Este artigo trata de uma análise da discriminação racial no Brasil, no que diz respeito ao negro, com uma leitura dos instrumentos legais que visam o seu fim, bem como seu reflexo na educação e mercado de trabalho, com uma avaliação de decisões da Justiça do Trabalho em casos de discriminação racial ocorridas dentro da relação de emprego. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Discriminação racial, Racismo, Ações afirmativas, Educação, Relação de emprego

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with an analysis of racial discrimination in Brazil, in relation with black people, with a reading of legal instruments aimed at their end, as well as their reflection on education and the labor market, with an evaluation of Justice Work in cases of racial discrimination occurring within the employment relationship. The methodology used was bibliographic and documentary research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Racial discrimination, Racism, Affirmative action, Education, Employment relations

1 INTRODUÇÃO

Não obstante o Brasil ser um país com a maioria da população negra, que nos termos do inciso IV do artigo 1º do Estatuto da Igualdade Racial é definida como “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”, ainda nos dias atuais vê-se o racismo enraizado nas diversas formas de relação.

Historicamente prejudicados por um contexto social que não permitiu aos negros uma busca justa e igualitária com os demais, tornou-se necessário uma forte legislação que fosse suporte para a igualdade formal idealizada pela Constituição Federal de 1988.

Discriminados socialmente pela sua raça e condição econômica, é por meio da educação, porta de entrada para o mercado de trabalho em igual condição que os demais, que a maioria negra tem oportunidade de sair de um ciclo que foi inserida desvantajosamente desde o fim da escravidão.

Para isso, tem sido necessário a criação de políticas públicas por meio de ações afirmativas que buscam a inserção que nunca ocorreu.

Mesmo em situação de aparente igualdade, quando acreditam ter vencidos as barreiras que os impediam de colocar-se no mercado de trabalho, os negros tem um segundo desafio que é a discriminação pelos seus superiores e colegas.

Nestes termos, em que pese a importância do suporte legal para o fim da discriminação racial, percebe-se que sua aplicação também é de igual importância, uma vez que a punição não somente pune o ofensor e restitui o ofendido, mas também mostra para toda a sociedade que a discriminação racial deve ser dizimada.

Neste viés, o Poder Judiciário tem oportunidade de moldar a sociedade e a si mesmo.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

No presente tema, o contexto histórico é de extrema importância, uma vez que com ele é possível depreender a conjuntura atual do negro no Brasil, exata consequência de fatos iniciados com a descoberta do Brasil e que perduram até os dias atuais.

No ano de 1500, quando houve a descobrimento do Brasil, a primeira mão-de-obra utilizada pelos portugueses foi a indígena, cujo pagamento era feito por meio do escambo, normalmente com produtos de baixo valor para os portugueses.

Entretanto, a mão-de-obra indígena apresentava duas dificuldades para os portugueses: os índios eram rebeldes em relação a escravidão e tinham maior conhecimento da região que os colonizadores, facilitando fugas e rebeliões.

Com a lucratividade do tráfico negreiro, e o início dos trabalhos com a cana-de-açúcar no país, foi iniciada a escravidão negra no país, que se intensificou nos anos de 1700 e 1822, perdurando pelo ciclo do ouro e do café.

No contexto internacional, entretanto, o movimento abolicionista ganhava força, preconizado principalmente pela Inglaterra, importante fonte econômica na época, e que passava pela Revolução Industrial, a qual buscava mão de obra rotativa assalariada e mercado consumidor, e com a qual o Brasil tinha forte relação econômica, passando a pressioná-lo pelo fim da escravidão.

A pressão inglesa teve impacto por meio da Lei Eusébio de Queirós, promulgada em 1850, que aboliu o tráfico negreiro; Lei do Ventre Livre, promulgada em 1871, pela qual os filhos de escravos nasciam livres; Lei dos Sexagenários, promulgada em 1885, que determinava que os escravos seriam livres quando atingissem sessenta anos; e finalmente em 1888 a Lei Áurea, pondo fim a escravidão negra nos moldes até então conhecidos.

Entretanto, a Lei assinada pela Princesa Isabel não determinou qualquer política de inserção aos ex-escravos, o que deixou os deixou excluídos do mercado de trabalho, saúde, educação e da sociedade.

A situação dos negros se agravou ainda mais com a chegada dos imigrantes europeus, que eram uma mão-de-obra especializada, e assumiram os postos de trabalho disponíveis, tendo em vista que o Brasil passava pelo ciclo do café.

Assim, os escravos passaram a ser livres, mas não cidadãos, sem qualquer política de inclusão que pudesse lhes garantir moradia, emprego ou acesso à educação e à saúde.

O sociólogo Florestan Fernandes, destaca o relato ao qual os ex-escravos foram submetidos:

A desagregação do regime escravocrata e senhorial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição assumissem encargos especiais, que tivesse por objeto para prepara-los para o nome regime de organização da vida e do trabalho. O liberto se viu convertido, sumária e abruptamente, em senhor de si mesmo, tornando-se responsável por sua pessoa e por seus dependentes, embora não dispusesse de meios materiais e morais para realizar essa proeza nos quadros de uma economia competitiva. (FERNANDES, 2008, p. 29)

Essa marginalização do negro, que não tinha meio de reivindicar seus direitos, fez com que os ex-escravos passassem a sofrer discriminação pela cor, pela sua situação financeira e pela sua escolaridade, sem serem inseridos na sociedade e dando início à luta pela igualdade social que se estende até hoje, em uma fase diferente da luta pela liberdade antes vista.

Essa marginalização dos negros tem impactos até os dias atuais, tendo em vista que é perceptível a discriminação dos negros nos diversos setores da sociedade, surgindo a necessidade de se adotar, ainda que tardiamente, políticas públicas para a inclusão do negro, voltadas principalmente para o mercado de trabalho e educação.

3 INSTRUMENTOS LEGAIS QUE VISAM A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Ainda que o Brasil tenha sua própria história em relação ao fim da escravidão, é fato que o uso de mão de obra escrava negra ocorreu em praticamente todos os países já colonizados, tornando a questão da inclusão do negro na sociedade, em situação de igualdade aos demais, uma discussão que vai além das margens brasileiras.

Nesta seara, faz-se mister destacar os principais instrumentos legais que visam o combate a discriminação racial, principalmente no que se refere aos negros e a igualdade entre os povos.

3.1 INSTRUMENTOS LEGAIS INTERNACIONAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi o primeiro grande instrumento legal internacional que determinou os direitos humanos básicos, tendo como finalidade uma sociedade democrática, tendo sido adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Ratificada em 1965, temos a Convenção nº 111 da OIT, que preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho. Seu objetivo é proteger todas as pessoas de qualquer forma de discriminação.

A Convenção Internacional sobre todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada em 1968, determina que qualquer distinção será considerada prática discriminatória, independente do *animus* e determina a adoção de políticas para eliminação da discriminação racial e promoção da igualdade.

Nesta seara, vale ressaltar que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º) e os que versem sobre direitos humanos, mas foram aprovados pelo procedimento ordinário possuem status supralegal, situando-se entre as leis e a Constituição.

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada em 1992, também visa proteger os direitos humanos mas tem sua realidade mais ligada a América Latina.

3.2 INSTRUMENTOS LEGAIS NACIONAIS

A herança escravocrata que não deu qualquer oportunidade para que os escravos pudessem se legitimar socialmente, fez com que surgissem aos longos dos anos vasta legislação determinando limites e evitando o preconceito nas mais diversas áreas.

Promulgada em 1988, a Constituição Federal demonstrou sua busca pelo fim do preconceito já em seu preâmbulo, reiterando a igualdade entre os cidadãos, como um direito individual e coletivo, no *caput* do artigo 5º.

O diploma também impôs tratamento rigoroso ao racismo, tornando-o crime inafiançável e imprescritível e repudiando-o como um dos seus princípios.

Em 1989 foi publicada a Lei nº 7.716/1989, conhecida como Lei Caó, importante legislação que vigora até os dias atuais e define diversos crimes resultantes não apenas de preconceito racial, mas de qualquer forma de discriminação, efetivando as determinações da Magna Carta. Há discussão doutrinária de se o rol trazido pela lei é taxativo ou exemplificativo, mas é necessário dolo para a efetivação do crime.

No mercado de trabalho, foi a Lei nº 9.029, publicada em 1995, que determinou diversas proibições de práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência no trabalho.

A Lei nº 9.459/1997, que alterou diversos artigos da Lei Caó, acrescentou também um tipo qualificado ao delito de injúria, impondo pena de reclusão, de 1 a 3 anos, e multa, se cometida mediante "utilização de elementos referentes a raça, cor, religião ou origem".

Em relação ao diploma Celetista, foi a Lei nº 9.799/1999 que incluiu a proibição de prática discriminatória em relação a anúncio de emprego, contratação, promoção e dispensa.

Por fim, a Lei nº 12.288/2010 instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, que visa garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

4 A PROBLEMÁTICA ATUAL

Apesar do Brasil ser um país com a maioria da população negra, vemos a questão do racismo enraizado nas relações de trabalho em nosso país de diversas formas.

Podemos observar que os negros vem sendo prejudicados pelo contexto social, portanto, tornou-se necessário uma forte legislação que fosse suporte para a igualdade formal idealizada pela Constituição Federal de 1988.

Por conta da discriminação ocorrida com os negros no mercado de trabalho, tendo foi necessário a criação de políticas públicas por meio de ações afirmativas que buscam a inserção que nunca ocorreu.

Apesar da Constituição Federal de 1988, apresenta uma situação de aparente igualdade, quando acreditam ter vencidos as barreiras que os impediam de colocar-se no mercado de trabalho, os negros tem um segundo desafio que é a discriminação pelos seus superiores e colegas, percebe-se, portanto, a necessidade da necessidade de aplicação de punição, não somente para punir o ofensor e restitui o ofendido, mas também mostra para toda a sociedade que a discriminação racial deve ser dizimada, mostrando o caráter punitivo-pedagógico necessário nestes casos, que o judiciário deve realizar contra tais atitudes.

4.1 RACISMO X INJÚRIA RACIAL

Nos termos anteriores, percebe-se que o Brasil tem uma vasta legislação que visa não somente o combate ao racismo e a qualquer forma de discriminação, mas também a igualdade de todos os cidadãos, o que inclui oportunidade análoga a todos. Essa legislação evoluiu conforme as necessidades internas e a própria passagem histórica.

Entretanto, vê-se que o racismo e a discriminação racial são percebidos diariamente, fazendo com que se questione qual a efetividade de tamanhas normas frente a sua inocuidade.

É notável que a Magna Carta de 1.988 incluiu o racismo como um dos seus crimes mais grave, sendo este definido pelo artigo 20 da Lei nº 7.716/1.989 como “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Entretanto, efetivamente, são poucas as condenações a tal crime, uma vez que o artigo 140, §3º, do Código Penal, prevê o crime de injúria racial, que ocorre quando a ofensa “consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Noutra senda, a diferenciação entre os crimes são inúmeras. O crime de racismo é imprescritível, não admite fiança e tem ação penal pública incondicionada. Já a injúria racial tem prescrição de oito anos, admite fiança e é de ação penal pública condicionada a representação.

Em relação às penas, o racismo tem pena de reclusão de um a três anos e multa, podendo se agravar para reclusão de dois a cinco anos e multa; ao passo que injúria racial é de reclusão de um a três anos e multa, admitindo suspensão condicional do processo.

Com penas tão diversas, por conclusão, os conceitos jurídicos também se diferem. No racismo o crime seria mais amplo, com conduta dirigida a um grupo ou a uma coletividade, em contrapartida, na injúria racial ofende-se a honra de alguém utilizando-se a raça para tal.

Para o Conselho Nacional de Justiça, o racismo ocorrerá quando houver “conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade”, conforme destaca nas notícias publicadas em matéria no site, onde destacamos:

A lei enquadra uma série de situações como crime de racismo, por exemplo, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso, negar ou obstar emprego em empresa privada, entre outros.

Ney Moura Teles assim define a injúria racial:

Indispensável que o agente tenha-se comportado com o ânimo de ofender discriminando. Em outras palavras, não basta a intenção de ofender, mas que a expressão discriminatória tenha sido utilizada com o sentido de ferir a honra da vítima exatamente pelo elemento referido. A cada expressão relativa ao elemento discriminatório deve corresponder uma qualidade depreciativa que tenha relação compatível com a injúria proferida.(2006, p. 238)

Apesar dos crimes serem distintos, na prática, a ofensa individual e coletiva muitas vezes se confundem. Como exemplo, temos o famoso “caso Aranha”, no qual em um evento esportivo uma torcedora foi filmada pelas câmeras de televisão gritando ‘macaco’ para o goleiro do time da Ponte Preta, conhecido como Aranha.

A imagem da torcedora gritando as nítidas palavras, que estavam sendo proferidas por um grupo de pessoas e que podem ser visualmente percebidas, foi amplamente veiculada pela mídia brasileira, sendo impossível não pensar no quanto tal ato ofendeu a um número indeterminado de pessoas, que viram a cena pela televisão, bem como as pessoas presentes no estádio em que ocorreu o fato.

O grito das palavras ‘macaco’, em local público, a um bel-prazer, sem qualquer constrangimento, ofendendo quem quer que ouvisse, é uma demonstração da pequena linha que separa o racismo da injúria racial.

O caso, entretanto, foi enquadrado como injúria racial, trazendo a tona, a indagação de se crimes cujas punições visam ceifar a intolerância racial deveriam ter penas tão distintas.

É importante ressaltar que, em 2016, no AREsp 686.965/DF, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a injúria racial deve ser considerada imprescritível, entendendo que o rol apresentado pela Lei 7.716/89 é exemplificativo, devendo a injúria racial ser a ele integrado, uma vez que há um preconceito racista no seu tipo penal suficiente para integrar o crime de racismo.

A decisão teve como base julgamento do STF no HC 82.424/RS, conhecido como caso Ellwanger, um senhor que editou várias obras de cunho antissemita, no qual o STF entendeu enquadrar-se em crime de racismo social, pois havia discriminação que inferiorizava outra raça.

No mesmo julgamento, o Supremo também concluiu que a violação dos direitos fundamentais de um indivíduo atinge um número indeterminado de pessoas, pois esta é a consequência que violar-se um direito fundamental, que não pode ser considerado personalíssimo nestes casos.

Visando melhor equilibrar essa questão, há o Projeto de Lei nº 6.418/2005 visa tornar mais rigorosa a definição dos crimes de discriminação, revogando a injúria racial prevista no Código Penal, bem como a Lei 7.716/89.

O Projeto, inclusive, mantém a punição atual para quem deixar de contratar alguém ou dificultar a contratação por motivo de preconceito (dois a cinco anos de prisão e multa). Essa pena será elevada em um terço, no entanto, se a discriminação ocorrer na administração pública.

4.2 ESTATÍSTICAS DO NEGRO NO BRASIL

Nesta seara, há que se considerar que nem sempre apenas endurecer a pena é o suficiente, sendo esta uma das vertentes a se atacar contra o racismo.

A questão da discriminação racial no Brasil, além da impunidade pelo crime, esbarra no mito da democracia racial, no qual acredita-se que a existência de um número muito maior de negros nas camadas mais pobres da população seria apenas consequência de um legado histórico, e não do racismo em si.

Mas as pesquisas apontam exatamente o contrário, comprovando que o racismo no Brasil, além de afastar os negros do acesso à educação, saúde, mercado de trabalho, também é fatal.

Isso porque de acordo com o Atlas da Violência de 2016, elaborado pelo IPEA com dados entre 2004 e 2014 houve um crescimento dos homicídios de negros, contra uma diminuição nos indivíduos de outra raça.

Essa letalidade vem intimamente ligada a um ciclo vicioso, que de acordo com o IPEA alimenta-se pelas políticas e práticas educacionais discriminatórias, bem como pela discriminação no mercado de trabalho.

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado ensina que:

Discriminação, conforme se sabe, conceitua-se como a diferenciação em vista de fator injustamente desqualificantes na ordem constitucional e legal brasileiras, por exemplo, (...) a etnia, raça ou cor, (...). A diferenciação pode ocorrer, é claro, porém desde que considerada em vista de fator essencial ou efetivamente relevante ao tipo de relação jurídica ou função objetivada no contrato ou desde que ressaltada pela própria lei em virtude de fatores importantes também considerados. (...) Não sendo, porém, consistente e justificada, lícita a diferenciação, desponta a ofensa ao princípio e às regras antidiscriminatórias, incidindo o dever de reparação (...).(2012, p. 650)

Sendo assim, havendo latente discriminação racial no Brasil, e em razão de todo o contexto histórico que os negros foram submetidos, surgiu a necessidade de equilibrar a situação por meio de ações afirmativas, conhecidas também como discriminação positiva, uma vez que a igualdade almejada pela Constituição Federal é pela análise das necessidades individuais de cada um.

4.3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS

O ciclo vicioso no qual o negro é inserido, faz com que este, no momento em que atinge o mercado de trabalho, sofra discriminação pela condição socioeconômica, pela educação que lhe foi ofertada e pela cor da pele.

Visando equilibrar essa condição foram implementadas medidas compensatórias para uma discriminação positiva de inclusão social, buscando a igualdade material entre os cidadãos.

Na busca desse equilíbrio, tiveram início algumas ações afirmativas em relação a educação dos discriminados, como o sistema de cotas, que é a reserva de vagas em instituições públicas ou privadas para grupos específicos, implementado inicialmente pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, hoje utilizado tanto nas vagas para o ensino superior (Lei nº 12.711/2012), cuja porcentagem da cota em relação a raça levará em conta o conta percentual mínimo correspondente ao da soma de pretos, pardos e indígenas no estado, de acordo com o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quanto para concursos públicos (Lei nº 12.290/2014) e o Programa Universidade para Todos (PROUNI), instituído pela Lei nº 11.096/2005, que determina bolsas parciais e integrais para aqueles que estudaram no ensino médio na rede pública ou na rede particular quando bolsistas integrais.

A discussão acerca da constitucionalidade das cotas foi levada ao STF por meio da ADPF nº 186-DF, sendo que no voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, tem-se a discussão do termo justiça distributiva, afirmando este que “só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.”

Para o Ministro a legislação brasileira não ficou alheia a justiça distributiva, motivo pelo qual entendeu constitucional as políticas de ação afirmativa, a utilização destas para ingresso no ensino superior, bem como o uso do critério étnico-racial.

No voto, também foi ressaltado o papel integrador da universidade, não apenas na formação do profissional, mas também como porta de entrada para altos cargos na área pública e privada.

Ainda, foi destacado o caráter transitório das ações afirmativas, devendo tais políticas serem revistas conforme as “distorções históricas forem corrigidas”.

O objetivo é corrigir as desigualdades sociais, devendo tais políticas serem findadas ao atingir o princípio constitucional da isonomia.

De acordo com a Síntese de Indicadores Sociais, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2004, 16,7% dos alunos pretos ou pardos estavam em uma faculdade; em 2014, esse percentual saltou para 45,5%. No caso dos

estudantes brancos, em 2004, 47,2% frequentavam o ensino superior; dez anos depois, essa parcela passou para 71,4%.

Os dados desmentem o argumento de que a ausência de negros e negras em posições qualificadas em grandes empresas, deve-se ao fato de que não haveria negros com a escolaridade exigida.

Isso porque, com o sistema de cotas, os negros passaram a ter as mesmas oportunidades no ensino superior que os demais.

Entretanto, uma pesquisa de 2010 do Dieese mostra que os negros predominam no setor agrícola (61,5%), na construção civil (60,1%), nos serviços domésticos (61,8%) e em atividades mal definidas (73%). Ou seja, mesmo com o avanço social e educacional, os negros ainda não têm oportunidade de ocupar posições mais qualificadas em setores de ponta da economia brasileira.

Tais dados, todavia, não são capazes de desqualificar as ações afirmativas, uma vez que um estudo publicado pelo IBGE em 2016 mostra que o rendimento dos trabalhadores de cor preta ou parda cresceu 52,6% entre 2003 e 2015, sendo que entre os trabalhadores de cor branca esse crescimento foi de 25%.

Ganha destaque, então, que o racismo no mercado de trabalho é um fato, não obstante a aparentemente negação da população quanto a sua existência, crendo-se no que Gilberto Freyre denominou de democracia racial.

Uma pesquisa feita pelo Dieese entre os anos de 2012 e 2013 mostra que quanto maior a escolaridade, maior a diferença salarial entre negros e não negros.

Assim, não resta outra alternativa que concluir que esta discrepância ocorre em razão da latente existência de racismo no mercado de trabalho.

Nesse caso, o racismo pode tanto ocorrer de forma silenciosa, quando se deixa de contratar ou dificulta a contratação de uma pessoa negra, ou de forma ativa, quando a pessoa negra sofre discriminação racial direta quando já está na sua função.

Conforme aponta o Levantamento da ONG SOS Racismo, pelo menos 30% dos casos de discriminação racial ocorrem nos ambientes de trabalho, sendo que o índice de punição dos agressores é de apenas 20%.

5 O COMBATE PELO PODER JUDICIÁRIO

Como visto, a ocorrência de discriminação racial durante o contrato de trabalho é recorrente e dificilmente punida. Vale ressaltar, neste caso, que a discriminação racial ocorrida enseja a rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como a indenização por dano morais.

Nos termos do artigo 483, “e”, da CLT, uma das hipóteses de rescisão do contrato de trabalho por parte do empregado, ocorre quando “praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama”.

Sergio Pinto Martins explica que:

A oitava hipótese ocorre se o empregador ou os seus prepostos ofenderem a honra e boa fama do empregado ou pessoas da sua família. É o que aconteceria com os atos caluniosos, injuriosos ou de difamação. Não importa onde o emprego foi ofendido, se no local de serviço ou fora dele. A ofensa tanto será à pessoa do empregado, como a pessoas de sua família, tanto por intermédio do próprio empregador, mas também dos seus prepostos. (2013, p. 548)

Enquadra-se neste artigo, portanto, a prática de qualquer tipo de discriminação, inclusive a racial, ensejando a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Entretanto, não cabe somente buscar a rescisão indireta, mas também a busca por reparação por danos morais, tendo em vista a configuração de assédio moral, aplicando o artigo 186 e 927, parágrafo único, do Código Civil.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia melhor define o ensejo de assédio moral:

Como se pode notar, o assédio moral afronta os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho (art. 1.º, incisos III e IV, da CF/1988), o objetivo fundamental da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, inciso IV, da CF/1988), o direito de ninguém ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, inciso III, da CF/1988) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das pessoas (art. 5.º, inciso X, da CF/1988). (2013, p. 175;176)

Neste viés, a condenação pelo Poder Judiciário é uma efetiva forma de combate a discriminação racial, por meio da rescisão indireta e condenação por assédio moral, sendo que a punição às empresas, em relação ao dano moral, deve buscar repreender o ofensor e reparar o ofendido, sendo por óbvio que quanto maior a ofensa, maior deve ser a condenação. Na lição de Amauri Mascaro Nascimento, para averiguar o *quantum debeatur* tem-se que:

Todavia, o problema do valor da indenização não pode ser resolvido sem que antes uma premissa venha a ser definida: qual é a finalidade da indenização, reparar o ofendido, penalizar o defensor ou ambos os fins. (2013, p. 525)

E segue o autor:

(...) no arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior ação criminal ou civil, fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos em lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.(2013, p. 524)

De fato, observa-se que a legislação brasileira conta com formas efetivas de combate a discriminação racial, inclusive no que tange a ceifá-la no mercado de trabalho.

Noutra senda, percebe-se que o Poder Judiciário não investe em altas condenações quando se trata de discriminação racial, deixando o Poder Público de garantir a busca pela igualdade almejada pela Constituição Federal.

Vejamos algumas jurisprudências sobre o tema:

(...) a reclamante era tratada por sua superiora pelas alcunhas de "Zé, Coisinha, Neguinha" e que também lhe foi dito em determinado momento que "tinha cara de mendiga", concluo que a redução do *quantum debeatur* pelo Tribunal Regional para R\$ 3.000,00 (três mil reais) não é razoável, merecendo ser redefinido para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (...)

(TST. Processo: RR - 17-55.2014.5.02.0037 Data de Julgamento: 22/02/2017, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/03/2017.)

(...) sempre trataram o autor, e todos os funcionários, de forma agressiva e ofensiva; 5- eles chamavam o autor de "negão vagabundo", "negão desgraçado", que "iam colocá-lo na senzala" e também o chamavam de "chimpanzé"; 6- essas agressões eram frequentes;

(...) a fazer brincadeiras infamantes e pejorativas com a parte Reclamante, tais como: "Ô NEGÃO, SE NÃO FIZER AS COISAS DIREITO VOU TE COLOCAR NO TRONCO!"; que não era incomum, logo pela manhã, o Paulino dizer: "Ô NEGÃO VAGABUNDO ou Ô NEGÃO DESGRAÇADO ou Ô NEGÃO VACILÃO!" (...)

(TST. RR - 1630-63.2013.5.09.0001, Relatora: Ministra Maria Cristina IrigoyenPeduzzi, Data de Julgamento: 05/10/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016)

Neste segundo caso, a sentença que fixou os danos morais em R\$5.000,00 (cinco mil reais) foi majorada para R\$20.000,00 (vinte mil reais) pelo Tribunal.

Há, entretanto, casos pontuais com condenação mais elevada:

Não há muito tempo, foi noticiado na imprensa desportiva nacional um fato de domínio público consistente na discriminação racial sofrida por um atleta de uma equipe paulista de futebol, por parte de torcedores de uma agremiação desportiva do sul do país, fato este que ensejou reprimenda severa ao clube (eliminação da competição desportiva) e à autora identificada no episódio, tendo sido arbitrada condenação no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais, em favor do jogador discriminado.

(TST - Processo RR 8312420125090011. Relator: Ministro Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 10/08/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2015)

Paralelamente, temos o caso de condenação por danos morais em razão de cantos motivacionais, conhecidos como *cheers*, como no processo RR 106543320135190003, no qual o Eg. TRT condenou o Reclamado ao pagamento da indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), concluindo pela existência de dano moral a ensejar a reparação civil, em razão dos funcionários terem que cantar e dançar o hino da empresa, muitas vezes na frente dos clientes, o que causaria constrangimento aos funcionários, apto a ensejar a reparação civil. Neste caso, o TST diminuiu a condenação para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ainda que uma ofensa não possa ser sobrestada a outra, já que o dano moral busca sua dupla função, as ínfimas condenações nos casos de discriminação racial são injustificáveis, vez que estamos tratando de um crime com inúmeras vítimas.

Tem-se, assim, que não somente a legislação deve preocupar-se com a discriminação racial, mas também que a busca pela sua efetividade está na punição daqueles que a praticam, e que maiores condenações estão nos termos determinados pela Magna Carta, sendo uma importante forma de combater a discriminação racial no mercado de trabalho.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que até os dias atuais o país sofre com a herança escravocrata, evidenciada pela falta de políticas de inserção do negro em todas as esferas da sociedade.

Logo, mesmo que tardiamente, foi necessária a criação de todo um suporte legislativo na busca pelo fim da discriminação racial, sendo extensa toda a legislação sobre o tema.

Há, também, as ações afirmativas, que foram criadas visando exatamente equilibrar essa situação social e o desequilíbrio, procurando atingir a igualdade material preconizada pela Constituição Federal.

Entretanto, verifica-se que o suporte legal existente não é suficiente para o efetivo fim da discriminação racial, sendo preciso para que isso ocorra, não somente uma mudança social, mas principalmente nas decisões do Poder Judiciário, deixando mais rígida a aplicação dessa legislação e na punição daqueles que praticam qualquer forma de discriminação.

7 REFERÊNCIAS

CENTRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DESIGUALDADES. Disponível em: <<http://www.ceert.org.br>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79571-conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>>. Acesso em 05 de abril de 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Globo, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forence, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

_____. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf> Acesso em 06 de abril de 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://portaldoprofessor.mec.gov.br>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS. Disponível em: <<http://siteprouni.mec.gov.br/>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

BRASIL. PLANALTO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d62150.htm>. Acesso em 06 de abril de 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal II*. São Paulo: Atlas, 2006.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

Superior Tribunal de Justiça – ARESP Nº 689695/DF. Relator Ministro Ericson Maranhão. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=47805798&num_registro=201500822903&data=20150618&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em 06 de abril de 2018.

Tribunal Superior do Trabalho - RR - 17-55.2014.5.02.0037. Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/03/2017. Disponível em <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/decisaoForm.do?numInt=128437&anoInt=2015&codOrgaoJudic=74&anoPauta=2017&numPauta=3&tipSessao=O>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

Tribunal Superior do Trabalho – RR - 1630-63.2013.5.09.0001. Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 05/10/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016. Disponível em <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=1630&digitoTst=63&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0001&consulta=Consultar>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

Tribunal Superior do Trabalho – RR 831-24.2012.5.09.0011. Relator Ministro Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 10/08/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2015. Disponível em <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/decisaoForm.do?numInt=243539&anoInt=2014&codOrgaoJudic=89&anoPauta=2014&numPauta=10&tipSessao=E>> . Acesso em 06 de abril de 2018.