



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo **0000955-52.2023.5.12.0006**

Relator: MARIA DE LOURDES LEIRIA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 19/06/2024

Valor da causa: R\$ 39.661,00

Partes:

RECORRENTE: ANDRE LUIZ SORIANO FIGUEIREDO

ADVOGADO: HAMILTON JOSE DA SILVA JUNIOR

ADVOGADO: RICARDO FARIAS DE MEDEIROS

RECORRIDO: SDB COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO: VANDERLEIA CATARINA MACHADO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

PROCESSO nº 0000955-52.2023.5.12.0006 (RORSum)
RECORRENTE: ANDRÉ LUIZ SORIANO FIGUEIREDO
RECORRIDA: SDB COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
RELATORA: MARIA DE LOURDES LEIRIA

DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO. MULHER TRANSGÊNERO. CONDIÇÃO PESSOAL. DESQUALIFICAÇÃO. I. Carreada para os autos reprodução de mensagem de aplicativo que evidencia a formulação de proposta de emprego e cópia do atestado de saúde ocupacional - ASO - da admissão e do cartão bancário da conta salário e considerando que a revelia significa desinteresse da parte ré de se defender e, por via de consequência, na admissão de veracidade do fato alegado na petição inicial, consoante o art. 844 da CLT, presume-se a veracidade da alegação de superação da etapa do procedimento de admissão, de recebimento da comunicação que não havia vaga quando da realização da fotografia para fazer o crachá e de frustração da admissão em razão de se tratar de mulher transgênero, cuja conduta patronal caracteriza ato discriminatório, na conformidade do art. 1º da Lei n. 9.029, de 1995, e evidencia a gravidade da culpa e a extensão do dano, já que não formaliza o vínculo de emprego com a parte autora em razão da sua orientação sexual, pois desqualifica a trabalhadora tão somente por causa de sua condição pessoal, revelando desrespeito à dignidade da pessoa, ao direito social ao trabalho e ao princípio da atividade econômica de valorização do trabalho humano, na conformidade dos arts. 1º, III, 6º e 170 da Constituição Federal de 1988. **II.** Embora a parte autora tenha encaminhado para a empresa por aplicativo de mensagem reprodução do seu currículo, cujo documento contém o nome masculino, entre parênteses o nome feminino e ao lado fotografia retratando como pessoa feminina, e a despeito de chamada para entrevista, a prova pré-constituída, por si só, não tem consistência para elidir a alegação da petição inicial, pois o crachá contém a fotografia da pessoa e a identificação do seu nome no ambiente de trabalho, de maneira que é verossímil o relato que ao atender chamado da ré para a confecção dessa credencial foi informada que não existia mais vaga de emprego em razão de se tratar de mulher transgênero.

VISTO, relatado e discutido este processo de **RECURSO ORDINÁRIO**, proveniente da 1ª Vara do Trabalho de São José, SC, sendo recorrente **ANDRÉ LUIZ SORIANO FIGUEIREDO** (Nome social **Débora Rios**) e recorrida **SDB COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

V O T O



Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso ordinário.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE AUTORA

1 - Discriminação na contratação para vaga de emprego

A parte autora sustenta que se candidatou à vaga de emprego de Repositor, que entregou o currículo para a empresa, que foi chamada em 17-9-2023 para entrevista às 14 horas na qual foi aprovada, que em 02-10-2023 realizou exame admissional, que em 03-10-2023 a ré abriu conta bancária em seu nome no Banco Bradesco para adimplir o salário, que o contrato de trabalho de emprego foi assinado e que foi solicitada a carteira de trabalho para anotação do vínculo de emprego.

Também afirma que em 06-10-2023, ao atender chamado da ré para fotografar seu rosto para a confecção de crachá, foi informada que não existia mais vaga de emprego, frustrando a expectativa de admissão em razão de se tratar de mulher transgênero, caracterizando ato discriminatório.

A tramitação dos autos revela que a ré, embora regularmente notificada e advertida sobre a ausência, não compareceu e, por isso, foi aplicada a pena de revelia e de confissão *ficta* quanto à matéria de fato alegada na petição inicial, na conformidade do art. 844 da CLT.

Na sentença das fls. 92-95 não é reconhecida discriminação na contratação para vaga de emprego, sob o seguinte fundamento: "No caso, a autora não narrou nenhum fato do qual se possa concluir que a ré deixou de admiti-la em razão do seu gênero ou orientação sexual. Os prepostos da empresa já estavam cientes de todos os fatos atinentes à questão do gênero da trabalhadora nas etapas anteriores do processo de admissão e, ainda assim, avançaram para as fases seguintes".

O exame da cópia da carteira de identidade apresentada com a petição inicial revela que a parte autora utiliza fotografia cuja fisionomia retrata como pessoa feminina, embora conste o nome de registro masculino, e de igual modo a reprodução do seu currículo, cuja imagem desse documento foi encaminhada para preposto da ré mediante aplicativo de mensagem, conforme *print* das fls. 68-69.



Possui relevância registrar que a cópia do currículo consta das fls. 72-73 e que ao lado do nome masculino consta entre parênteses o nome feminino e, reitera-se, fotografia retratando a parte autora como pessoa feminina.

Após o envio da imagem do currículo para a empresa a parte autora foi chamada para entrevista em 17-9-2023 na qual foi aprovada, realizou exame admissional em 02-10-2023, a ré abriu conta bancária em 03-10-2023 para adimplir o salário e ao atender chamado da ré em 06-10-2023 para fotografar seu rosto para a confecção de crachá foi informada que não existia mais vaga de emprego, cuja sequência dos fatos é alegada na petição inicial.

A conclusão do juízo de primeira instância, diante disso, na conformidade do item II da Súmula n. 74 do TST, está respaldada na reprodução do currículo da parte autora, cuja imagem foi encaminhada mediante aplicativo de mensagem e revela que ao lado do nome masculino consta entre parênteses o nome feminino e fotografia retratando a parte autora como pessoa feminina e, bem como, na realização da entrevista.

Acontece que o procedimento de admissão é complexo, requerendo várias etapas, cuja realização de cada uma até a decisão final de contratação não significa que estão sob a competência da mesma pessoa, motivo pelo qual a prova pré-constituída, por si só, não tem consistência para elidir a alegação da petição inicial, pois o crachá contém a fotografia da pessoa e a identificação do seu nome no ambiente de trabalho, de maneira que é verossímil o relato que ao atender chamado da ré para a confecção dessa credencial foi informada que não existia mais vaga de emprego em razão de se tratar de mulher transgênero.

Desse modo e considerando a cópia do atestado de saúde ocupacional - ASO - admissional da fl. 38, da conta bancária das fls. 42-46 e dos *prints* do aplicativo de mensagem das fls. 68-71, cuja documentação comprova que a parte autora superou as diversas etapas do procedimento de admissão, somente recebendo a comunicação que não havia vaga quando da fotografia para fazer o crachá, e tendo em vista que a revelia significa desinteresse da parte ré de se defender e, por via de consequência, na admissão de veracidade do fato alegado na petição inicial, consoante o art. 844 da CLT, presume-se, reitera-se, a veracidade da alegação de frustração da admissão em razão de se tratar de mulher transgênero, cuja conduta da ré caracteriza ato discriminatório, na conformidade do art. 1º da Lei n. 9.029, de 1995.

A comprovação desse fato configura o dano moral, já que repercute na intimidade, na vida privada, na honra e na imagem, cuja inviolabilidade é assegurada pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.



Superada a configuração do direito, constata-se a gravidade da culpa da ré e, bem como, a extensão do dano, já que não formalizou o vínculo de emprego com a parte autora em razão da sua orientação sexual, cuja conduta evidencia desqualificação da trabalhadora tão somente por causa de sua condição pessoal, revelando desrespeito à dignidade da pessoa, ao direito social ao trabalho e ao princípio da atividade econômica de valorização do trabalho humano, na conformidade dos arts. 1º, III, 6º e 170 da Constituição Federal de 1988.

O art. 223-G da CLT, por sua vez, dispõe que ao apreciar o pedido de pagamento de indenização por dano moral deve ser considerada a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento ou da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, o grau de dolo ou culpa, a ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa, o perdão, tácito ou expresso, a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa.

Sopesando esses parâmetros e considerando o cargo pretendido de Repositor em outubro de 2023, cuja convenção coletiva de trabalho - CCT - carreada para os autos com a petição inicial estabelece o piso salarial de R\$1.785,00 (um mil setecentos e oitenta e cinco reais), o elevado porte econômico da ré, cuja empresa atua no ramo de venda de alimentos sob o nome fantasia Fort Atacadista, conforme autoriza o art. 374, I, do CPC, atende a exigência do art. 944 do Código Civil e o princípio da razoabilidade, a fim de justificar a indenização em face do fato retratado, e igualmente da proporcionalidade, de maneira a estabelecer adequação entre o ato ilícito e a repercussão do dano, sem ser irrisório ou excessivo no propósito satisfativo, e, bem como, a finalidade pedagógica, a fim de dissuadir conduta reincidente, arbitrar a indenização no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais), equivalente a pouco mais de dezesseis vezes o valor salarial antes informado.

Tendo em vista a reforma nessa instância do direito à indenização por dano moral e como a data de publicação científica a parte sobre a decisão, constituindo a responsabilidade do devedor, porque antes não havia certeza sobre a obrigação de indenizar, o termo inicial da correção monetária é a data de publicação do acórdão, consoante a Súmula n. 439 do TST.

O Exmo. Desembargador do Trabalho Hélio Bastida Lopes inclusive esclareceu o que segue: "A ré é revel e *fictamente* confessa quanto à matéria de fato, presumindo-se verdadeira a alegação da petição inicial de discriminação na contratação da autora para vaga de emprego, após ela ter superado diversas etapas do procedimento de admissão (atestado de saúde ocupacional - ASO, abertura de conta bancária e *prints* de aplicativo de mensagens), em razão de se tratar de mulher transgênero".



Não há falar em ofensa, portanto, aos princípios da primazia da realidade, da proteção, da restituição integral, da legalidade e da segurança jurídica, às regras legais mencionadas e aos arts. 2º, 8º, 9º, 442, 443, 444, 456, 818 e 832 da CLT, 1º, 3º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 369, 370, 371, 375 e 489 do CPC, 122, 129, 186, 187, 402, 421, 422, 884, 885 e 927 do Código Civil e 1º, IV, 3º, I e IV, 4º, II, 5º, II, V, XXII, XXIII, XXXV, XXXVI, LIV e LV, 7º, XXVIII, 93, IX, 170, 193, 195, 196, 200, VIII, e 225 da Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso ordinário da parte autora para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais), cujo termo inicial da correção monetária é a data de publicação do acórdão.

2 - Indenização por dano material

A parte autora também afirma que a ré realizou promessa de contratação e como frustrou legítima expectativa deve ser condenada ao pagamento de indenização por dano material equivalente ao lucro cessante no importe de R\$6.996,01 (seis mil, novecentos e noventa e seis reais e um centavo), considerando a duração média do período de experiência de 90 (noventa) dias e da remuneração mínima de R\$1.785,00 (um mil, setecentos e oitenta e cinco reais).

Com relação a essa questão, consoante fundamentado no tópico anterior, a prova documental apresentada com a petição inicial comprova que a parte autora superou as diversas etapas do procedimento de admissão, somente recebendo a comunicação que não havia vaga quando da fotografia para fazer o crachá, assim e considerando que a revelia significa desinteresse da parte ré de se defender e, por via de consequência, na admissão de veracidade do fato alegado na petição inicial, consoante o art. 844 da CLT, aplica-se o art. 427 do Código Civil, cuja regra legal prescreve o que segue: "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso".

Está configurada conduta ilícita patronal na fase pré-contratual que confere direito à indenização pelo equivalente em pecúnia, na conformidade dos arts. 186, 402 e 927 do Código Civil, cujo parâmetro pleiteado pela parte autora, de manutenção do contrato de trabalho de experiência por 90 (noventa) dias, mediante o cômputo de modo proporcional do décimo terceiro salário e das férias acrescidas do terço constitucional e do depósito do FGTS com a indenização compensatória de 40%, é razoável.

Isso porque, como o contrato de trabalho de experiência tem a finalidade de verificar a aptidão do empregado para exercer o cargo objeto da contratação, é razoável considerar na avaliação a duração de 90 (noventa) dias, o período máximo previsto no parágrafo único do art. 445 da



CLT, e, pela mesma razão, cogitar como parâmetro na mensuração da indenização por dano material em apreço.

Inexiste violação, por conseguinte, aos princípios da primazia da realidade, da proteção, da restituição integral, da legalidade e da segurança jurídica, às regras legais citadas e aos arts. 2º, 8º, 442, 443, 456, 818 e 832 da CLT, 1º, 3º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 369, 370, 371, 374, 375 e 489 do CPC, 122, 129, 187, 421, 422, 884, 885, 927 e 944 do Código Civil e 1º, IV, 5º, II, XXII, XXIII, XXXV, XXXVI, LIV e LV, 7º, XXVIII, 93, IX, e 170, IV, da Constituição Federal de 1988.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso ordinário da parte autora para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano material no importe de R\$6.996,01 (seis mil, novecentos e noventa e seis reais e um centavo).

3 - Honorário advocatício de sucumbência

Sobre o honorário advocatício de sucumbência, registra-se, por primeiro, que o acolhimento de pedido em montante inferior ao valor indicado na petição inicial não caracteriza a parte autora como vencida na lide e, por via de consequência, a sucumbência, porquanto, com fulcro na diretriz extraída dos arts. 926, 927, V, 932, IV, alínea "a", e 985 do CPC, aplica-se a Tese Jurídica n. 5 desse Tribunal Regional do Trabalho, proveniente do IRDR 0000112-13.2020.5.12.0000, *verbis*: "O percentual de honorários advocatícios de sucumbência devidos pela parte reclamante incide apenas sobre as verbas postuladas na inicial julgadas totalmente improcedentes".

Feito esse esclarecimento, o art. 791-A, *caput*, da CLT, dispõe que "Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa".

Prescreve o §2º do art. 791-A da CLT, por sua vez, que na fixação será observado o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Verifica-se, nesse sentido, que é formulado como pedido principal em pecúnia o pagamento de indenização por dano moral pela discriminação na contratação e por dano material pela frustração de contratação, cujo exame dos autos igualmente revela a realização de uma audiência por videoconferência, a revelia da ré, a restrição da prova produzida à documental, a inexistência de incidente que requeria a apresentação de medida processual específica e o transcurso de quase seis meses entre o ajuizamento do processo e a interposição do recurso ordinário.



As questões controvertidas possuem complexidade, porque demandaram apreciação de particularidades da prova produzida na construção da decisão resolutiva da lide, razão pela qual e tendo em vista a extensão da sucumbência, arbitra-se a verba honorária devida ao advogado da parte autora no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, cujo patamar é razoável, pois está justificado em face do contexto processual, e proporcional, uma vez que guarda adequação com o trabalho realizado e o tempo exigido.

Registra-se, para efeito do §3º do art. 941 do CPC, que o Exmo. Desembargador do Trabalho Roberto Luiz Guglielmetto divergiu no particular, pois dava provimento parcial para arbitrar o honorário advocatício de sucumbência no importe de 10% (dez por cento), sob o fundamento que se trata de patamar usual desta Turma e que é razoável e proporcional em face da complexidade da demanda (pedidos simples, sumaríssimo, revelia da reclamada).

Ilesos, conseqüentemente, os princípios da primazia da realidade, da proteção, da restituição integral, da legalidade e da segurança jurídica, as regras legais mencionadas e os arts. 2º, 8º, 9º, 442, 443, 444, 456, 818 e 832 da CLT, 22 da Lei n. 8.906, de 1994, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 85, 86, 370, 371, 374, 375 e 489 do CPC, 122, 129, 186, 187, 402, 421, 422, 884, 885, 927 e 944 do Código Civil, e 1º, III e IV, 3º, I e IV, 4º, II, 5º, II, XXII, XXXV, XXXVI, LIV e LV, 7º, XXVIII, 93, IX, 102, 133, 170, 193 e 196 da Constituição Federal de 1988.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário da parte autora para condenar a ré ao pagamento do honorário advocatício de sucumbência no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença.

4 - Encargos legais

Acerca dos encargos legais, o §3º do art. 832 da CLT prescreve que "As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso".

Levando em conta o teor dessa regra legal e como a parcela acolhida possui natureza jurídica indenizatória e não é fonte de incidência tributária, não é autorizado o desconto previdenciário, com fulcro no art. 28, §9º, alínea "d", da Lei n. 8.212, de 1991, cuja regra legal prescreve que "Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente (...) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT".



Pela mesma razão não é autorizado o desconto do imposto de renda, porque a parcela acolhida, reitera-se, configura ressarcimento do direito, e não acréscimo patrimonial, fato gerador exigido pelos arts. 43 da Lei n. 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN - e 7º, I, da Lei n. 7.713, de 1988.

Quanto à atualização monetária, o art. 491, *caput*, do CPC, aplicável ao processo do trabalho por autorização do art. 769 da CLT, dispõe que "Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, (...)".

Aplica-se, desse modo, o §1º do art. 459 da CLT, na conformidade da Súmula n. 381 do TST, e o decidido pelo Supremo Tribunal Federal - STF - no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI - 5.867 e 6.021 e da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC - 58 e 59 em 18-12-2020, cuja decisão transitou em julgado em 02-02-2022.

Ressalta-se que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC - tem embutida correção monetária e juros, consoante o art. 13 da Lei n. 9.065, de 1995, e, por isso, e em virtude do julgamento do Supremo Tribunal Federal possuir "eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário" e, bem como, de cumprir aos juízes e aos tribunais observarem essa decisão em controle concentrado de constitucionalidade, na conformidade, respectivamente, dos arts. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988, 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868, de 1999, e 927, I, do CPC.

É pertinente alertar sobre o item 6 (seis) da ementa do acórdão decorrente do conjunto das ADI 5.867 e 6.021 e das ADC 58 e 59, *verbis*: "6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, *caput*, da Lei 8.177, de 1991)". (sublinhei)

Além do IPCA-E na fase pré-judicial, diante disso, também devem ser aplicados juros legais do art. 39, *caput*, da Lei n. 8.177, de 1991.

Possui relevância esclarecer que em relação à indenização por dano moral deve ser observado o termo inicial específico, aplicando-se, quanto ao mais, a decisão do STF mencionada.



Determina-se, portanto, a aplicação na fase pré-judicial do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E - e dos juros legais do art. 39, *caput*, da Lei n. 8.177, de 1991, e, a partir da data de ajuizamento da ação, da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil).

Pelo que,

ACORDAM os membros da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, **CONHECER DO RECURSO DE RITO SUMARÍSSIMO**. No mérito, por maioria de votos, vencido, parcialmente, o Desembargador Roberto Luiz Guglielmetto, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), cujo termo inicial da correção monetária é a data de publicação do acórdão, de indenização por dano material no importe de R\$ 6.996,01 (seis mil, novecentos e noventa e seis reais e um centavo) e do honorário advocatício de sucumbência no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença. Não é autorizada a realização do desconto previdenciário e do imposto de renda. Atualização monetária pela aplicação na fase pré-judicial do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E - e dos juros legais do art. 39, *caput*, da Lei n. 8.177, de 1991, e, a partir da data de ajuizamento da ação, da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil). Liquidação por cálculos. O Ministério Público do Trabalho manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito, sendo desnecessária a sua intervenção. Valor da condenação: R\$ 36.996,01. Custas pela ré, no importe de R\$739,92.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 14 de agosto de 2024, sob a Presidência do Desembargador do Trabalho Hélio Bastida Lopes, os Desembargadores do Trabalho Maria de Lourdes Leiria e Roberto Luiz Guglielmetto. Presente a Procuradora Regional do Trabalho Cristiane Kraemer Gehlen.



MARIA DE LOURDES LEIRIA
Relatora

