



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 1

DESEMBARGADORA LAÍS HELENA JAEGER NICOTTI
Órgão Julgador: 1ª Turma

Recorrente: WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. - Adv. Luiz Fernando dos Santos Moreira
Recorrente: LUCIANO FELIPE RIBEIRO LIMA - Adv. Janete Clair Mezzomo Zonatto
Recorrido: OS MESMOS
Origem: 2ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves
Prolator da Sentença: JUÍZA GRACIELA MAFFEI

E M E N T A

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Comprovado nos autos a conduta discriminatória do empregador ao cancelar a contratação em virtude dos antecedentes criminais do reclamante, impõe-se reconhecer a existência de dano moral indenizável. Sentença mantida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.** Por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE** para converter o benefício da justiça gratuita em assistência judiciária gratuita e para acrescer à condenação o pagamento de honorários advocatícios de 15% sobre o valor bruto da condenação.



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 2

Inalterado o valor arbitrado à condenação.

Intime-se.

Porto Alegre, 19 de junho de 2013 (quarta-feira).

RELATÓRIO

As partes, inconformadas com a decisão de procedência parcial (fls. 15-8), recorrem.

A reclamada, no recurso ordinário às fls. 20-3, argui preliminarmente a incompetência material da Justiça do Trabalho em relação à indenização por danos morais. Depois, busca a reforma da decisão quanto à condenação em indenização por danos morais e por perda de uma chance.

O reclamante, no recurso adesivo às fls. 38-42, pretende a majoração do valor fixado a cada título e a condenação da reclamada ao pagamento de honorários assistenciais e indenização relativa aos descontos fiscais.

Com contrarrazões pela reclamada (fls. 46-8), os autos são encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADORA LAÍS HELENA JAEGER NICOTTI (RELATORA):

I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. Matéria Prejudicial

DA INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 3

A reclamada argui a incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar a questão relativa aos danos morais decorrentes de prática discriminatória.

Argumenta que o reclamante não era seu empregado quando da alegada discriminação, matéria de resto de cunho nitidamente civil, ou seja, relação de consumo.

Analiso.

Nos termos do art. 114, I e IX, da CF, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho e outras controvérsias daí decorrentes. Neste sentido, aliás, orienta a Súmula 392 do TST: *"DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho."*

Cumprе ressaltar que muito embora no caso a relação de emprego entre as partes não tenha chegado a se concretizar, a discussão sobre aspectos do processo seletivo, que antecede o contrato de trabalho, se insere na competência material da Justiça do Trabalho por configurar direito e/ou obrigação acessórios ao contrato de trabalho.

Neste sentido vem decidindo este Regional, conforme decisão que em parte transcrevo:

COMPETÊNCIA MATERIAL. CORSAN. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE EMPREGADO. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar direitos e obrigações que emergem em uma fase pré-contratual trabalhista, por força do



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 4

disposto no art. 114, I, da Constituição Federal e em face dos princípios protetivos do direito do trabalho. (TRT da 4ª Região, 9ª Turma, 0000653-39.2010.5.04.0026 RO, em 28/10/2010, Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, Desembargadora Carmen Gonzalez).

Provimento negado.

II - RECURSO DE AMBAS AS PARTES. Matéria Comum e Conexa

1. DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O Juízo da origem condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) em razão de prática discriminatória.

Para tanto, sinalou a revelia e a confissão ficta aplicadas à reclamada e, pois, a presunção de veracidade do alegado na inicial, ou seja, de que o reclamante, após ter sido aprovado em entrevista de admissão, teve a contratação cancelada ante a constatação de antecedentes criminais pelo crime de tráfico. Ressaltou a inexistência de prova em sentido contrário. Disse que o ato ilícito da reclamada resta demonstrado na medida em que esta cancelou a contratação do reclamante mesmo após aprovado em entrevista de admissão, por ter tomado conhecimento dos antecedentes criminais da parte autora por crime de tráfico, em afronta ao art. 7º, inciso XXX, da CF. Afirmou que o ato da reclamada causou prejuízo aos direitos da personalidade do demandante, afetando seu direito constitucionalmente sagrado de integridade moral. Invocou os artigos 1º, III, e 5º, X, da CF (fls.



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 5

15v-16).

A demandada não se conforma com a decisão.

Sustenta que mesmo com a confissão ficta a si aplicada, cabia ao reclamante demonstrar as situações ensejadoras de dano moral, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, I, da CLT, o que não fez. Afirma que *"não há prova de que a reclamada tenha garantido ao autor a vaga de emprego, já que este não finalizou processo de seleção para admissão no quadro de colaboradores da ré"*. Acrescenta não ter cometido qualquer ato ilícito porque *"jamais houve verificação de antecedentes criminais"*. Invoca o art. 188, I, do CC, segundo o qual não são atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Examino.

Nos termos do inciso X do art. 5º da CF, *"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*. Já o inciso V assegura *"o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"*.

O CC, por sua vez, assim disciplina:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Destarte, o dano moral se caracteriza por ser um ato ilícito que ofende a



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 6

personalidade de alguém, gerando-lhe prejuízos em seu convívio social. Para sua configuração é necessária a comprovação do dano, da existência de culpa do agente, bem como do nexo causal entre o ato e o dano sofrido pela vítima.

No caso, ante a revelia e confissão da reclamada, e na ausência de prova em contrário, são admitidos como certos os atos noticiados pelo reclamante na petição inicial. Ali, afirma que após ter sua contratação assegurada e ser encaminhado ao setor de trabalho por Juliano, responsável pelo Setor de Recursos Humanos, foi informado da desistência da contratação em vista de seus antecedentes criminais por tráfico. Neste contexto, resta portanto evidenciado o ato discriminatório por parte da reclamada ao motivar a mudança de posição quanto à contratação anteriormente prometida em virtude dos antecedentes criminais do candidato, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

De ver que a Constituição Federal, em vários de seus dispositivos, veda a discriminação de qualquer natureza. Em primeiro lugar, arrola entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (art. 3º, IV). Ademais, de um modo geral os princípios constitucionais garantem a igualdade de todos perante a lei (art. 5º, "caput" e XLI) e afastam quaisquer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação (art. 7º, XXX). Deve-se ter presente, ainda, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, pilares nos quais se assentam o Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV, da CF). Além disso, na forma do art. 170, "*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os*



ACÓRDÃO

0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 7

ditames da justiça social (...)” Nesse sentido também a legislação infraconstitucional, tal como a Lei 9.029/95, que no seu art. 1º contempla proibição de “*adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal*”.

Feitas tais considerações e presentes as circunstâncias do caso concreto, a existência de efeitos negativos na órbita subjetiva do trabalhador, em sua dignidade, é presumida, bem como o dano moral daí decorrente. Entendimento em sentido contrário, cumpre referir, implicaria afronta às normas constitucionais referidas, notadamente as relativas à pessoa do trabalhador, como os princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

Nada a prover.

2. DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE

O Juízo da origem condenou a reclamada ao pagamento de indenização de R\$ 5.600,00, em razão da perda de uma chance.

Ressaltou, para assim decidir, que a chamada teoria da perda de uma chance, de origem francesa, prevê a indenização do lesado pela perda de uma oportunidade, cujo aproveitamento poderia significar a percepção de um ganho. Disse que, no caso, a certeza da perda de uma chance profissional reside justamente no fato de o reclamante já ter sido aprovado na entrevista de admissão, tendo, inclusive, sido encaminhado ao setor e apresentado a um futuro colega, recebendo as instruções da função,



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 8

conforme alegado na inicial. Observou que a reclamada injustamente cancelou a contratação do reclamante, o que acarretou a perda de uma chance profissional, com prejuízo material, caracterizando ato ilícito na forma do art. 186 do CC. Salientou que o procedimento da empregadora em cancelar a contratação após a aprovação do reclamante, em afronta ao princípio da boa-fé, uma vez que a conduta da reclamada permite a legítima expectativa de admissão, é perverso e abominável (fls. 16-7).

A reclamada recorre.

Argumenta que a decisão se baseia no fato de o reclamante já ter sido aprovado na entrevista de admissão. Diz que apesar da confissão ficta a si aplicada, *"a presunção em favor da reclamante foi absolutamente quebrada em face de que a autora não produziu nenhuma prova nos autos."* Invoca os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Destaca que o demandante não demonstrou ter sido aprovado na entrevista de admissão. Afirma jamais ter comunicado ao candidato sua aprovação para compor o quadro de empregados, acrescentando que esta seleção faz parte da liberdade de atuação empresarial. Salaria que a parte autora não chegou a assinar contrato de trabalho ou qualquer outro documento de admissão. Aduz que a sentença se baseia *"numa mera expectativa no tocante à obtenção da vaga de emprego, presumindo que a decisão da empresa reclamada de não contratar o profissional, ora reclamante, como ato ilícito."*

Analiso.

Antes de mais nada, repiso que em face da revelia e confissão ficta da ora recorrente - aliada à ausência de prova em sentido contrário -, presumem-se verazes as assertivas no sentido de o reclamante ter sido aprovado na



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 9

entrevista de admissão e inclusive encaminhado ao setor e apresentado a um futuro colega, recebendo as informações da função, bem como da posterior desistência da contratação (item 1.1, fl. 2v.).

Dito isto, acerca da teoria de indenização decorrente da perda de uma chance, assim refere Sebastião Geraldo de Oliveira, *in* "Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional", 6ª ed., pp. 247-88: *"A perda de uma chance, como categoria nova, engloba um percentual do provável dano, que pode abranger tanto o lucro cessante como o dano emergente. (...) Para que fique caracterizada a perda de uma chance, é imprescindível que o evento danoso tenha impedido uma real probabilidade da vantagem, e não uma simples possibilidade, até para não vulgarizar a figura jurídica, colocando em descrédito essa nova modalidade de indenização"*. Transcreve, ali, o entendimento de Sérgio Cavalieri de que *"A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não as oportunidades perdidas"*.

Neste norte, a assim chamada perda de uma chance pressupõe a possibilidade de concretização dessa chance, aliada à perda desta vantagem, resultando em um dano indenizável. Como vem-se inclinando a jurisprudência, para ver reconhecido o direito a esta indenização é necessária prova real e concreta quanto à possibilidade de obtenção de uma situação futura melhor, expectativa frustrada por culpa de outrem, daí resultando prejuízo.

A possibilidade de indenização, nestes casos, já foi examinada por esta Turma julgadora, consoante fundamentos de decisão que trago à colação:

Na sentença o Julgador assim se pronunciou acerca da matéria,



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 10

a saber: 'Quanto à perda de uma chance, trata-se de espécie de dano material (e não extrapatrimonial), pois corresponde àquilo que o ofendido deixa de ganhar (lucros cessantes). Conforme leciona a doutrina e a jurisprudência, a perda de uma chance indenizável é aquela que tangencia a certeza, com alto grau de probabilidade de acontecimento, não se admitindo a indenização da perda de oportunidades totalmente incertas. De qualquer forma, no caso dos autos, a redução da capacidade de trabalho da reclamante é temporária, conforme destacado alhures, de modo que não subsiste a alegação de que não poderá encontrar novos empregos futuramente.' A sentença não comporta alteração, porquanto a indenização por perda de uma chance, em conformidade com a doutrina predominante, exige grande probabilidade da configuração da alegada frustração de uma chance, ou seja, muito próxima da certeza de que o evento danoso comprometeu uma possibilidade real de oportunidade (TRT da 4ª Região, 1a. Turma, 0000613-19.2011.5.04.0771 RO, em 24/10/2012, Desembargadora Iris Lima de Moraes - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti, Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira)

Na hipótese, não houve mera expectativa de contratação, como sustenta a recorrente, mas efetiva promessa de emprego, posteriormente frustrada pela conduta ilícita da reclamada que cancelou, de forma unilateral, o ajustado, em afronta inclusive ao princípio da boa-fé objetiva que norteia também a fase pré-contratual, à luz do art. 422 do CC. Dessa forma, incontestável o prejuízo material do demandante, razão pela qual faz jus à



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 11

indenização reconhecida na origem.

Mantenho o decidido.

3. DO VALOR INDENIZATÓRIO

a) Da indenização por danos morais

O Juízo da origem arbitrou o valor de R\$ 10.000,00 a título de indenização por dano moral em razão de atos discriminatórios.

Considerou que o dano moral não é economicamente mensurável, e adotou, como critérios para sua fixação, as condições financeiras do ofendido e do ofensor, assim como o caráter punitivo e pedagógico que lhe deve ser inerente. Entendeu que o valor fixado revela-se suficiente para causar, no ofendido, a sensação justa da retribuição pacificadora, e ao ofensor, o peso pecuniário da punição pedagógica (fls. 15v.-16).

As partes recorrem.

A **reclamada** diz que o valor não guarda proporção com o dano. Prequestiona o art. 5º, V, da CF, que estabelece a proporcionalidade com relação à condenação por danos morais. Busca seja a condenação minorada ao argumento de que não há comprovação dos fatos alegados pelo demandante.

O **reclamante**, por sua vez, afirma também que o valor é desproporcional ao dano sofrido. Diz que é insuficiente para fomentar a conscientização da demandada quanto à abstenção de conduta danosa aos empregados (inclusive futuros). Aduz se tratar de empresa de grande porte, com capital social milionário, ao passo que ele é pessoa humilde e desempregado em função da conduta discriminatória da reclamada.



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 12

Ao exame.

Conforme venho reiteradamente decidindo, nos casos de indenização por danos morais a fixação do *quantum* deve observar o grau de responsabilidade de quem se acha obrigado a indenizar, bem como o prejuízo, propriamente dito, causado ao empregado. Tanto considerado, reputo que o valor de R\$ 10.000,00 se mostra adequado às peculiaridades do caso concreto, atendendo à finalidade de compensar o dano sofrido pela vítima e de impor pena de caráter coercitivo e pedagógico em relação ao empregador.

b) Da indenização pela perda de uma chance

O Juízo da origem arbitrou o valor da indenização em razão da perda de uma chance em R\$ 5.600,00.

Levou em conta a probabilidade de o reclamante permanecer empregado por até seis meses (tempo de duração da maioria dos contratos de emprego, conforme dados estatísticos do DIEESE), bem como salário no valor de R\$ 800,00, considerando a profissão que desempenharia. Considerou os salários dos seis meses nos quais o reclamante teria a maior probabilidade de permanecer empregado, acrescido das verbas resilitórias, e sobre este montante aplicou o índice de 80%, ao argumento de que não se pode indenizar a totalidade do prêmio esperado sob pena transformar a chance em dano emergente (fl. 17).

O reclamante investe contra a decisão.

Argumenta que em pesquisa junto a *site* específico apurou que para a função de Açougueiro o piso salarial é de R\$ 1.000,00. Ademais disso, entende que não há como arbitrar o período de apenas seis meses para o



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 13

contrato de trabalho, uma vez que *"está em plena aptidão laborativa, e detinha a expectativa de, inclusive, com o tempo ir galgando novas funções, iniciando inclusive carreira nesta profissão."* Assevera que a indenização não deve ser pelo dano e sim pela chance concedida, incorporada a seu patrimônio jurídico e depois violada.

À análise.

Nos termos da petição inicial, o reclamante havia sido selecionado para exercer as funções de Auxiliar de Açougueiro e Peixeiro. Destarte, tendo em vista o salário mínimo então vigente, R\$ 622,00, tenho por adequado o valor salarial arbitrado, R\$ 800,00, tendo ainda em vista que se trata de salário de admissão.

Outrossim, a fixação do período provável da contratação (seis meses) levou em conta dados estatísticos, não bastando para afastar este parâmetro meras conjecturas acerca de seu particular potencial para o trabalho.

c) Conclusão

Provimento negado a ambos os recursos.

III - RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE. MATÉRIA REMANESCENTE

1. DOS HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

O Juízo da origem indeferiu o pedido de pagamento de honorários advocatícios.

Sinalou que no caso, em se tratando de lide decorrente de relação de emprego, somente há falar em honorários advocatícios na forma da Lei 5.584/70, o que não é a hipótese por não estar o reclamante assistido pelo



ACÓRDÃO

0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 14

sindicato de sua categoria profissional (fls. 17-8).

O reclamante não se conforma com a decisão.

Diz que como beneficiário da justiça gratuita faz jus aos honorários assistenciais, principalmente considerando que o sindicato não detém o monopólio da justiça gratuita. Requer a condenação da reclamada ao pagamento de 15% de honorários advocatícios.

Examino.

Entendo cabível, no processo do trabalho, a condenação em honorários advocatícios, assim entendida a verba honorária assistencial, quando estiver o empregado ao abrigo da assistência judiciária, seja na forma prevista na Lei 5.584/70, seja nos termos da Lei 1.060/50.

Destarte, face à juntada da declaração de pobreza à fl. 6, que embasou o deferimento do benefício da justiça gratuita, faz jus, o reclamante, à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, com fundamento no art. 5º, § 4º, da Lei 1.060/50, não revogada pela Lei 5.584/70, e, em decorrência, aos honorários advocatícios correspondentes, ainda que ausente credencial sindical.

Arbitro, assim, em favor de seu procurador, a verba honorária em 15% sobre o valor bruto da condenação, conforme a Súmula 37 deste Regional, percentual que está de acordo com o que normalmente é deferido nesta Justiça Especializada. Por conseguinte, diante do posicionamento explicitamente adotado nesta decisão, não há falar em aplicação das Súmulas 219 e 329 do TST.

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de honorários advocatícios de 15% sobre o valor



ACÓRDÃO
0000885-77.2012.5.04.0512 RO

Fl. 15

bruto da condenação.

2. DA INDENIZAÇÃO RELATIVA AOS DESCONTOS FISCAIS

O Juízo da origem autorizou a retenção do imposto de renda incidente sobre o total tributável da condenação (fl. 18).

O demandante recorre.

Pretende indenização correspondente aos descontos fiscais, a título de perdas e danos, levando em conta que se tivesse recebido os valores nas épocas próprias o montante da prestação seria inferior ao valor tributável. Sucessivamente, busca a apuração e desconto mês a mês, ou ainda que seja observado o disposto na Instrução Normativa RFB 1.127/11.

Analiso.

Ocorre que, em consistindo a condenação em indenizações por danos morais e materiais, não incidem contribuições fiscais. Assim é porque as parcelas deferidas não visam recompor um rendimento que deixou de ser percebido, mas sim ressarcir a lesão sofrida, inserindo-se na regra de isenção do imposto de renda.

Nada a prover.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA LAÍS HELENA JAEGER NICOTTI (RELATORA)

DESEMBARGADORA IRIS LIMA DE MORAES

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO