



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO
Órgão Julgador: 2ª Turma

Recorrente: PLANALTO TRANSPORTES LTDA. - Adv. Hamilton da Silva Santos
Recorrido: ROBERTO VINICIUS SIMÕES LOPES - Adv. Vitor Hugo da Rosa Cazartelli
Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bagé
Prolator da Sentença: JUÍZA BÁRBARA FAGUNDES

E M E N T A

DOENÇA PSQUIÁTRICA. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA CONFIGURADA. INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS HUMANOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 A SEREM RESGUARDADOS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 111 DA OIT E DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (DECRETO 678/92). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO TST QUANTO AO ÔNUS DA PROVA. 1. A dispensa imotivada, como regra, representa direito potestativo do empregador e decorre de seu poder-dever de comando, enquanto responsável por dirigir a prestação de serviços e arcar com os ônus decorrentes da exploração de atividade econômica, na forma do art. 2º da CLT. 2. A interpretação sistemática da Constituição da República e dos seus princípios e direitos fundamentais, notadamente, os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a melhoria das condições sociais do trabalhador e a função social da propriedade (arts. 1º, III e IV, 7º, *caput* e 170, III e VIII), determina a proibição veemente de discriminação de pessoas com



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 2

limitações de qualquer ordem, inclusive em razão de doenças, sejam elas físicas ou mentais. **3.** Aplicação da Convenção 111 da OIT e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92), que veda a discriminação. **4.** Dispensa injustificada do trabalhador ocorrida seis dias após o seu retorno do benefício previdenciário por doença psiquiátrica, presunção do caráter discriminatório. **4.** Ônus probatório, de demonstração do efetivo não *discrimen*, do empregador, na forma dos arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC, não tendo ele se desincumbido a contento. **5.** Caracterizada a despedida discriminatória e configurado o ato ilícito e/ou o abuso de direito praticado pelo empregador. Incidência da Súm. 443 do TST. **Todavia, esta Turma julgadora, nesta composição, entendeu por afastar a condenação por danos morais decorrentes da dispensa discriminatória.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencido o Exmo. Des. Relator, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ**, PLANALTO TRANSPORTES LTDA. para absolvê-la da condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Valor da condenação que se reduz em R\$10.000,00 para os fins legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 22 de novembro de 2017 (quarta-feira).

RELATÓRIO



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 3

Não conformada com a sentença de parcial procedência (fls. 247/253), prolatada pela MM. Juíza, Dra. Bárbara Fagundes, recorre a demandada.

O recurso ordinário trata das seguintes questões (fls. 256/259): demissão discriminatória, horas extras e danos morais.

Sem contrarrazões, vêm os autos a este Tribunal para julgamento.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Procurador do Trabalho, Dr. Cristiano Bocorny Corrêa, opina pelo prosseguimento do feito na forma da lei, por entender que os interesses do demandante já estão sendo defendidos por advogado regularmente constituído para tal finalidade, sob pena de gerar um evidente desequilíbrio de forças entre as partes litigantes (fls. 275/276).

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO
(RELATOR):

Dados contratuais: o autor foi admitido na ré em 08/08/2012, com término do labor em 14/03/2015 (CTPS fl. 21). Duração do contrato: aproximadamente 2 anos e 7 meses. Valor provisório da condenação: R \$50.000,00.

1. DEMISSÃO DISCRIMINATÓRIA.

A Magistrada sentenciante, em que pese não tenha reconhecido o nexo causal da patologia psiquiátrica do autor com o labor prestado na ré, entendeu que a dispensa efetuada foi discriminatória, pelos seguintes



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 4

fundamentos:

"(...)No que tange à dispensa discriminatória, chama a atenção do Juízo o fato de o reclamante ter gozado auxílio-doença comum de 04/04/2014 a 31/01/2015 e, em 06/02/2015, ter sido dispensado sem justa causa. A reclamada sequer alega ou prova qualquer razão que tenha sido determinante para a dispensa do reclamante, encargo que lhe incumbia. Ainda que seja possível ao empregador dispensar o empregado sem justa causa, salvo nos casos em que há vedação legal, não pode haver abuso de direito nem discriminação.

O empregado convalescente, ou seja, em recuperação de enfermidade recente, independentemente da origem da moléstia, tem direito de readaptar-se em sua função. Se o empregador não tem motivos técnicos, financeiros, econômicos e disciplinares para fundamentar a dispensa do empregado convalescente, deve abster-se de dispensá-lo.

Infelizmente, a dispensa sem justa causa pode esconder as reais razões que motivaram a extinção contratual. Assim, deve-se atentar para os fatos que antecederam a dispensa a fim de se concluir se esta foi discriminatória ou não. No caso, antes do término contratual, o reclamante esteve afastado de suas atividades laborais por longos meses em razão da percepção de benefício previdenciário. Seis dias após a alta previdenciária, recebeu aviso prévio. O reclamante havia se recuperado de doença psíquica, o que causa estigma social e preconceito. Logo, na falta de outros motivos que justifiquem a dispensa,



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 5

impende aplicar a Súmula 443 do TST e o artigo 4º, II, da Lei n. 9.029/1995.

Como o reclamante optou pela indenização em dobro, faculdade que a mencionada lei lhe concede, declara-se a nulidade da dispensa e condena-se a reclamada a pagar indenização equivalente à remuneração em dobro que o reclamante faria jus durante o período de afastamento, isto é, desde a extinção contratual nula até a data da publicação da presente sentença. Para fins de cálculo, devem ser considerados salários, 1/3 de férias, 13º salário e valores que seriam devidos a título de FGTS se o reclamante estivesse trabalhando. Registre-se que o reclamante não recebia comissões.

Considerada a nulidade da dispensa, determina-se que, após o trânsito em julgado, o reclamante seja intimado para apresentar a CTPS na Secretaria da Vara, no prazo de 5 dias, para que a reclamada anote o término do contrato de trabalho considerada a projeção do aviso prévio proporcional de 42 dias (OJ 82 da SDI-1 do TST), com data de 03/11/2016 no prazo de 5 dias, sob pena de multa diária de R\$500,00. Passados 30 dias sem que haja anotação, determina-se que a Secretaria da Vara proceda a anotação, tendo o cuidado para que não conste que o registro contratual foi feito pela Justiça do Trabalho. (...)."

A ré alega, em síntese, que a sentença entendeu que a dispensa do autor foi discriminatória unicamente em face do desligamento ter ocorrido seis dias após o retorno do benefício previdenciário, invocando o laudo médico



ACÓRDÃO

0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 6

produzido, acrescentando que a patologia do funcionário não se enquadra na Lei 9.029/95 e na Súm. 443 do TST. Afirma que a escolha por dispensar o demandante foi uma decisão administrativa sem cunho discriminatório e requer a sua absolvição no pagamento de indenização em dobro pela dispensa efetuada, bem como seus consectários.

Analiso.

A Súm. 443 do TST, tem a seguinte redação:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Destaco que a dispensa imotivada, como regra, representa direito potestativo do empregador e decorre de seu poder-dever de comando, já que é o responsável por dirigir a prestação de serviços e arcar com os ônus decorrentes da exploração de atividade econômica, na forma do art. 2º da CLT. Portanto, a dispensa sem justa causa, como regra, é legítima, exceto nos casos em que se verifique ato ilícito ou abuso do direito.

Estabelecidos tais parâmetros, registro que, na peça exordial, o autor afirma que a dispensa ocorrida em 06/02/2015 foi discriminatória, por ser portador de doença depressiva (fls. 10-v/12-v).



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 7

Em contestação, a ré nega a dispensa discriminatória alegada, salientando que, à época da rescisão, o obreiro não possuía enfermidade grave passível de discriminação, tendo sido declarado apto ao trabalho pelo órgão previdenciário (fls. 68/69).

Ora, é incontroverso que o benefício previdenciário do autor se encerrou no dia 31/01/2015, tendo sido injustificadamente dispensado no dia 06/02/2015 (vide CTPS à fl. 21 e sentença à fl. 247-v).

Neste contexto, ressalto que o ônus probatório, de demonstração do efetivo *não discrimen*, era do empregador, na forma do arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC, não tendo ele se desincumbido a contento.

Destarte, reputo que a dispensa ocorrida, a teor do que dispõe o entendimento sumulado do TST a respeito do tema, foi presumivelmente discriminatória, uma vez que ocorreu apenas seis dias após o retorno do benefício previdenciário por doença psiquiátrica do trabalhador. A presunção, como já ressaltado, admite prova em contrário, contudo, não há elementos nos autos a autorizar conclusão reversa. As alegações tecidas pela ré em sentido oposto vêm desacompanhadas de elementos probatórios.

De fato, a interpretação sistemática da Constituição da República e dos seus princípios e direitos fundamentais, notadamente, os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a melhoria das condições sociais do trabalhador e a função social da propriedade (arts. 1º, III e IV, 7º, *caput* e 170, III e VIII), determina a proibição veemente de discriminação de pessoas com limitações de qualquer ordem, inclusive em razão de doenças, sejam elas físicas ou mentais. E no mesmo compasso, a



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 8

Convenção 111 da OIT, a qual assim disciplina:

CONVENÇÃO 111

Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão.

(...)

CONSIDERANDO que a declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais;

CONSIDERANDO, por outro lado, que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adota neste vigésimo quinto dia de junho de mil novecentos e cinqüenta e oito, a convenção abaixo transcrita que será denominada Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão), 1958.

ARTIGO 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 9

profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

(...)

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

ARTIGO 2º

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

ARTIGO 3º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve, por métodos adequados às



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

FI. 10

circunstâncias e os usos nacionais:

a) Esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e Trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;

b) Promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;

c) Revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas, administrativas que sejam incompatíveis com a referida política.

d) Seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional;

e) Assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;

f) Indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidades com esta política e os resultados obtidos.

(...) (grifei).

A mencionada Convenção foi objeto de ratificação pelo Brasil, por meio do Decreto nº 62.150, de 19-01-1968, embora não tenha ela *status* de emenda constitucional pelos critérios expostos no art. 5º, §3º, da Constituição da República que assim especifica:



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 11

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Ato aprovado na forma deste parágrafo)

Observo, no entanto, que os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa seja parte (art. 5º, § 2º, CRFB). Além disso, é evidente que a discriminação fundada em ato ilícito ou mesmo abuso de direito, rompe com os princípios básicos expressos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil pelo Decreto 678, em setembro de 1992.

Atentos a tais comandos, saliento que a Lei 9.029/95 vem ao encontro das diretrizes constitucionais e internacionais acima citadas, ao estipular proibição de discriminações as quais elenca de forma **exemplificativa**:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 12

discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 13

do disposto nesta lei são passíveis das seguintes cominações:

*Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º desta Lei e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de **preconceito de etnia, raça, cor ou deficiência**, as infrações ao disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:
(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*I - **multa administrativa** de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;*

*II - **proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.***

(...) (grifei).

Portanto, o ordenamento jurídico nacional, calcado na Constituição Cidadã de 1988 e em normas internacionais que proíbem o *discrímen* revestido de ilícito, perpetrado com abuso de direito, por vezes travestido como legítimo, reprimem, por consequência, dispensas com tal teor, como no caso daquelas discriminatórias que se efetuam em razão de doença grave que suscite estigma ou preconceito, nos termos da Sum. 443 do TST.

Refiro ainda, com base no princípio do diálogo das fontes, que a boa-fé objetiva deve ser observada nas relações de ordem trabalhista, em atenção ao comando descrito no CC de 2002 fundado em princípios constitucionais, dentre os quais, o da função social da propriedade, o qual estabelece, no art. 422, a necessidade de que as partes observem a boa-fé objetiva tanto na conclusão como na execução dos contratos. A liberdade de contratar deve estar atrelada à função social dos contratos (art. 421 do CC 2002),



ACÓRDÃO

0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 14

sendo inquestionável que tal comando tem destinação certa com vistas à observância dos direitos fundamentais, dentre os quais, o de melhoria das condições sociais do trabalhador (art. 7º, caput, CRFB) e o direito social à saúde (art. 6º da CRFB).

Destaco que, contemporaneamente, não se sustenta uma leitura dos direitos fundamentais que tenha por base apenas a diferenciação entre cidadão (titular do direito) e Estado (de prestação social), implicando na simples verticalização dos direitos fundamentais. Tal dimensão convive e por vezes perpassa e se confunde, com a ideia de que os direitos fundamentais também devem ser observados pelo particular em suas relações sociais (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Tanto é assim que os códigos e legislações mais modernas trazem tal concepção a exemplo do CC de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. No contexto, oportunas as lições do professor João Trindade Cavalcante Filho:

Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão).

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (horizontalwirkung), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (drittwirkung).



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 15

*Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal). (grifei -
Fonte: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjus ticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)*

Acresço, ademais, que o TST, ao confirmar a incidência dos termos da Sum. 443, leva em conta as **circunstâncias fáticas apuradas pelo Tribunal Regional respectivo**, que indiquem discriminação presumida no despedimento do trabalhador, situação configurada no presente no caso. Neste norte, cumpre transcrever ementa da decisão proferida pela 3ª Turma do TST, no AIRR nº 1291-82.2014.5.07.0015, em 28-06-2017, publicada no DEJT de 03-07-2017, voto de lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física do empregado. Esse entendimento pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1º, III e IV, e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 16

parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111, da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 443/TST, que delimita a pacificação da jurisprudência trabalhista neste aspecto, com o seguinte teor: 'Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego'. No caso concreto, o TRT consignou que o Reclamante era portador de doença renal grave, que culminou em gozo de auxílio-doença previdenciário, no período de 07.11.2013 a 17.12.2013, tendo a dispensa ocorrido oito dias após retornar do benefício previdenciário, no dia 25.12.2015, feriado de Natal, sem que a Reclamada apresentasse qualquer motivo a justificar o término do vínculo - o que, nos termos da Súmula 443 desta Corte, faz presumir o seu caráter discriminatório. O TRT, para chegar a tais conclusões, baseou-se nos fatos e circunstâncias constantes dos autos. Assim, entender de maneira diversa demandaria o revolvimento do contexto fático probatório dos autos, o que não se coaduna com a natureza extraordinária do recurso de revista (Súmula 126/TST). Agravo de instrumento desprovido. (grifei)

Destarte, entendo que há elementos a autorizar a presunção relativa de despedida discriminatória, configurado o ato ilícito e/ou o abuso de direito praticado pela ré, PLANALTO TRANSPORTES LTDA., no ato da rescisão contratual, pelo que mantenho a sentença, no aspecto, inclusive seus



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 17

consectários.

Adotada tese explícita sobre tais argumentos, restam implicitamente rejeitados todos os demais, na forma do art. 489, §1º, do NCPD *a contrario sensu*.

Nego provimento.

2. HORAS EXTRAS.

Acerca do tema, a Juíza de 1º grau determinou:

"(...)Os cartões-ponto juntados (fls. 96 a 126) revelam que os horários eram bastante variáveis, não podendo, pois, ser considerados britânicos como sustenta o reclamante em sua manifestação sobre a defesa. Não havia regime de compensação nem banco de horas. No entanto, a prova oral indica que os cobradores tinham de chegar antes do horário das viagens e sair minutos após as viagens. (...)

Note-se que a cláusula trigésima, parágrafo único, das convenções coletivas refere-se apenas à prestação de contas ao final do horário de trabalho. Logo, os quinze minutos mencionados na citada cláusula são concernentes ao fim da jornada e não à chegada na garagem. Diante da prova oral colhida, fixa-se que o reclamante chegava 30 minutos antes dos horários registrados e saía 15 minutos depois em cada viagem, o que inclui todos os trajetos entre garagem e rodoviária, totalizando 1h30 a mais por dia de efetivo trabalho. Rememora-se que 15 minutos excedentes já eram acrescidos por força de



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 18

norma coletiva. (...)"

A ré afirma, em síntese, que o autor acrescia apenas 30 minutos por dia de efetivo trabalho, salientando que a prestação de contas de 15 minutos já era computada e remunerada pela empresa.

Aprecio.

Com efeito, a primeira testemunha do autor disse: "*...na garagem **deveria chegar sempre meia hora antes de cada viagem; não eram registrados os 30 minutos antes da viagem;...ao chegar na rodoviária de destino, deveria entregar as bagagens, descarregar as encomendas e depois se deslocar para a garagem; entre a rodoviária de Pelotas até a garagem demoravam cerca de 45 minutos, sendo que a distância era de 02 km; entre a garagem em Rio Grande e a rodoviária há cerca de 03 km ou 3,5 km, demorando cerca de 30 a 45 minutos no deslocamento;...o horário do cartão-ponto não era aquele em que realmente se iniciava o serviço; nas viagens de retorno de Rio Grande-Bagé e Pelotas-Bagé havia a mesma preparação, tendo que estar na garagem 30 minutos antes;...***" (grifei - fls. 244-v/245).

E a segunda testemunha do autor confirmou: "*...o depoente registrava o relatório de viagens o horário a partir da rodoviária até a outra rodoviária, mas **não registrava o período que chegava antes na garagem; deveria chegar 30 minutos antes da viagem na garagem; acredita que os cobradores chegassem também 30 minutos antes;...***" (grifei - fl. 245).

Por fim, a testemunha da ré admitiu: "*...os cobradores chegam na garagem cerca de 15 minutos antes da viagem;...os quinze minutos já vinham*



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 19

acrescidos no relatório;..." (fl. 245 e verso).

Ora, os depoimentos supra transcritos revelam que os funcionários deveriam chegar 30 minutos antes na garagem, e que esse período não era registrado. Destarte, reputo razoável a condenação imposta na origem, de 1h30min por dia, incluindo os 30 minutos que chegava antes bem como os trajetos entre garagem e rodoviária.

Por derradeiro, ressalto que a norma coletiva da categoria prevê apenas os quinze minutos concernentes à prestação de contas ao final da jornada, os quais não foram computados para fins de condenação (vide fl. 249).

Adotada tese explícita sobre tais argumentos, restam implicitamente rejeitados todos os demais, na forma do art. 489, §1º, do NCPC *a contrario sensu*.

Nego provimento.

3. DANOS MORAIS.

A Magistrada de origem deferiu a indenização em tela no importe de R \$10.000,00, em razão da dispensa discriminatória ocorrida.

A ré, confiante no provimento do seu apelo nos itens anteriores, postula a sua absolvição ou, por cautela, a redução do valor arbitrado.

Examino.

De acordo com o art. 5º, X, da Constituição da República, a honra e a imagem da pessoa é inviolável, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Além disso, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano



ACÓRDÃO

0000340-75.2015.5.04.0811 RO

FI. 20

a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo. Nos termos do art. 187 do mesmo diploma citado, *"também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*.

Comprovado o dano, a configuração da ofensa prescinde de prova quanto ao prejuízo causado, bastando restar configurado o desrespeito aos direitos fundamentais tutelados, pois a prática de ato ilícito atenta contra postulados consagrados na Constituição da República. Neste sentido, a lição de José Afonso Dallegrave Neto: *"o dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo"*. (Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 154).

No caso dos autos, restou configurada a dispensa discriminatória, em razão de doença psiquiátrica que acometeu o autor, consoante já analisado anteriormente.

O sofrimento e o abalo emocional resultantes da situação em comento são mais do que evidentes e dispensam a prova de sua efetividade, pois o dano moral, enquanto resultante de violação resultante de discriminação é definido, pela legislação, ilícito de ação, e não de resultado, de modo que o dano se esgota em si mesmo (na ação do ofensor) e dispensa a prova do resultado., bastando que se prove tão somente a prática do ilícito do qual ele emergiu (dano *in re ipsa*).

Desta maneira, com fulcro nos arts. 187 e 927 do Código Civil, c/c art. 5º, X



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 21

da CF/88, reputo cabível a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Para estabelecer o importe da quantia devida, devem ser ponderados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a necessidade de ressarcir o trabalhador do abalo, sem descuidar, também, o aspecto pedagógico e educativo que cumpre a condenação a esse título, desdobrado em tríplice aspecto: sancionatório/punitivo, inibitório e preventivo, a propiciar não só a sensação de reparação ao lesado, mas também desestímulo ao ofensor, a fim de evitar a repetição da conduta ilícita e/ou praticada com abuso de direito.

Por esta razão, considerando a extensão dos danos sofridos pelo autor, o lapso contratual havido (cerca de 2 anos e 7 meses), a capacidade econômica da ofensora, o grau de culpa desta, o caráter pedagógico e punitivo que o *quantum* indenizatório deve cumprir na espécie, reputo razoável e proporcional o valor fixado na origem em R\$10.000,00 (dez mil reais), em consonância com julgados desta Turma julgadora em casos análogos.

Deste modo, nego provimento ao recurso ordinário interposto pela ré.

Adotada tese explícita sobre tais argumentos, restam implicitamente rejeitados todos os demais, na forma do art. 489, §1º, do NCPC *a contrario sensu*.

4. PREQUESTIONAMENTO E ADVERTÊNCIA

Adotada tese explícita a respeito das matérias objeto de recurso, são desnecessários o enfrentamento específico de cada um dos argumentos expendidos pelas partes e referência expressa a dispositivo legal para que



ACÓRDÃO

0000340-75.2015.5.04.0811 RO

FI. 22

se tenha atendido o prequestionamento e a parte interessada possa ter acesso à instância recursal superior. Nesse sentido, o item I da Súm. 297 do TST e a Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1, ambas do TST.

Também é inexigível o prequestionamento de determinado dispositivo legal quando a parte entende que ele tenha sido violado pelo próprio Acórdão do qual pretende recorrer, conforme entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial 119 da SDI-1 do TST.

Todavia, reputam-se prequestionadas as questões e matérias objeto da devolutividade recursal, bem como os dispositivos legais e constitucionais invocados, como se aqui estivessem transcritos, um a um.

Advirto as partes acerca das consequências pela oposição de embargos reputados meramente protelatórios, a teor do art. 1026, §2º, do NCPC.

DESEMBARGADORA TÂNIA ROSA MACIEL DE OLIVEIRA:

VOTO DIVERGENTE

1. DEMISSÃO DISCRIMINATÓRIA.

Dirirjo, respeitosamente, do entendimento adotado no voto condutor, em relação ao tema supra.

Considero que **o ônus da prova no sentido da despedida discriminatória incumbia ao autor, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 818 da CLT, já que formalmente não havia óbice à sua despedida imotivada.** Entendo que não cabe presumir discriminatória a despedida apenas pelo fato de o autor ter tido alta do



ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 23

benefício previdenciário poucos (seis) dias antes da dação do aviso prévio.
Ao contrário, **a presunção é de que estivesse apto a retornar ao trabalho e, como consequência, o empregador retoma seu direito potestativo de despedida sem justo motivo.**

Por fim, registro que a depressão, uma das doenças que mais acometem pessoas no mundo, embora grave, não se trata de doença que suscite estigma ou preconceito, razão pela qual não dá ensejo à aplicação da Súmula 443 do TST:

***DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO.
EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA
OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res.
185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012***

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Assim, **dou parcial provimento ao recurso ordinário da ré, para absolvê-la da condenação ao pagamento de indenização pela dispensa discriminatória, bem como do pagamento de indenização por danos morais.**

3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Na mesma linha do entendimento adotado em relação à despedida, entendo que não resta comprovado o dano moral alegado pelo autor. Adoto posicionamento no sentido de que, para o surgimento da obrigação de indenizar, a parte autora deve demonstrar que houve, de fato, o dano e que



ACÓRDÃO

0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 24

este tenha decorrido da conduta ilícita da reclamada, o que não ocorreu. Não demonstrada a ocorrência de dispensa discriminatória na modalidade sem justa causa, não se verifica o direito de receber indenização por dano moral se não comprovada a ocorrência ofensas à imagem ou à honra do reclamante, considerando que não houve excessos nos atos da reclamada capazes de macular o patrimônio imaterial do obreiro. O ônus da prova é da parte autora, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 818 da CLT e o conjunto probatório nada indica neste contexto a corroborar as suas assertivas. Por outro lado, está garantida a devida e completa compensação financeira do trabalhador com o adimplemento das parcelas rescisórias. Ressalto que não há qualquer indício de abalo psicológico do reclamante ou qualquer outro constrangimento pelas situações relatadas na petição inicial, capazes de ensejar angústia e/ou sofrimento, a fim de justificar o pagamento da reparação buscada pelo trabalhador.

Assim, dou parcial provimento ao recurso ordinário da ré, para absolvê-la da condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

JUIZ CONVOCADO CARLOS HENRIQUE SELBACH:

Peço vênias ao Exmo. Desembargador Relator, para acompanhar a divergência apresentada, em sessão de julgamento, pela Exma. Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000340-75.2015.5.04.0811 RO

Fl. 25

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO
(RELATOR)

DESEMBARGADORA TÂNIA ROSA MACIEL DE OLIVEIRA
JUIZ CONVOCADO CARLOS HENRIQUE SELBACH