



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 1

JUIZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER
Órgão Julgador: 8ª Turma

Recorrente: IBOPE PESQUISA DE MÍDIA LTDA. - Adv. Ana Regina Vargas
Recorrido: JOÃO LUIZ DA COSTA LOPES - Adv. Jose Ventura Ribeiro
Origem: 19ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da Sentença: JUIZ RODRIGO TRINDADE DE SOUZA

E M E N T A

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. REINTEGRAÇÃO. É discriminatória a despedida de empregado por estar acometido de doença psiquiátrica grave. Ato ilícito e nulo que autoriza a reintegração no emprego, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.029/95. Aplicação dos princípios emanados dos relevantes compromissos antidiscriminatórios assumidos pela República Federativa do Brasil perante a Comunidade Internacional (Convenções 111 e 117 da OIT). Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e deste Colegiado. Recurso desprovido, no tópico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da reclamada para determinar a adoção do salário



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 2

mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Valor da condenação reduzido para R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Intime-se.

Porto Alegre, 12 de abril de 2012 (quinta-feira).

RELATÓRIO

A reclamada interpõe recurso ordinário da sentença proferida pelo Exmo. Juiz Rodrigo Trindade de Souza (fls. 417/439, integrada na fl. 474), que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na petição inicial. Busca a reforma quanto ao seguinte: (i) reintegração em decorrência de despedida discriminatória; (ii) horas extras e reflexos; (iii) adicional de insalubridade e base de cálculo; (iv) salário substituição; (v) indenização por danos morais; e (vi) honorários assistenciais (fls. 446/469).

Com contrarrazões (fls. 480/484), sobe o processo a esta Corte e é distribuído na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

JUÍZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER
(RELATORA):

1. REINTEGRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA

A sentença considera discriminatória a despedida do reclamante, motivada



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 3

pela doença de que padecia (e padece) o trabalhador. Aponta o alto desempenho do reclamante em avaliações promovidas pela empresa e a contratação de funcionário para substituí-lo. Assim, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.029/95, determina a reintegração do reclamante, ficando o contrato de trabalho suspenso a contar de 31/07/2009 (data da concessão de auxílio-doença), até a alta previdenciária ou aposentadoria por invalidez, conforme regras previdenciárias.

Volta-se a reclamada contra a sentença. Sustenta indevida reintegração, porque não foi discriminatória, mas simples exercício regular do poder empregatício. Sinala não ser o reclamante detentor de estabilidade no emprego, nem ter a moléstia sofrida (de natureza psiquiátrica) relação com o trabalho. Aponta estar o reclamante em gozo de auxílio-doença comum, e não acidentário.

Sem razão.

A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção 111 da OIT (aprovada em 24/11/1964 pelo Decreto Legislativo 104/64, ratificada em 1965 e promulgada pelo Decreto 62.150/1968), documento que estabelece o compromisso frente à Comunidade Internacional de *“formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria”* (art. 2º).

Compromisso idêntico foi assumido pelo país ao adotar, poucos anos depois, a Convenção 117 da OIT, obrigando-se a suprimir toda forma de discriminação em matéria de contratos de trabalho.



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 4

No âmbito interno, em obediência aos compromissos internacionais e às disposições constitucionais tutelares da dignidade humana, o país editou a Lei 9.029/95. Tal diploma veda expressamente práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, assegurando ao trabalhador vítima da dispensa abusiva, além do direito à reparação pelo dano moral, optar entre a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A jurisprudência trabalhista acompanhou a evolução normativa e a necessidade de uma tutela efetiva ao trabalhador vítima de discriminação no emprego. Estabeleceu, bem por isso, algumas diretrizes básicas na leitura de casos desta natureza. Notável é a presunção de prática discriminatória na despedida imotivada de empregado portador de doenças graves, tais como câncer de pele (TST - RR - 119500-97.2002.5.09.0007), esquizofrenia, com histórico de transtorno bipolar (TST - RR - 105500-32.2008.5.04.0101), hepatite C (TST - AIRR - 165140-46.2006.5.01.0027) e HIV (TST - RR-61600-92.2005.5.04.0201). Nesses casos, deve o empregador desconstituir a presunção que milita em favor do empregado doente, apresentando justificativa lícita para a ruptura do contrato.

A par da presunção da abusividade da despedida em tais casos, a jurisprudência passou também a admitir, em outras situações, a prova da motivação discriminatória. É o caso do trabalhador despedido por perseguição política, decorrência de ter manifestado em audiência pública ser contrário à privatização da empregadora (TST - AIRR 61640-



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 5

84.2007.5.23.0004). Comprovada a ilicitude do ato, abusivo e discriminatório, a consequência é a nulidade da ruptura, com a reintegração do trabalhador. Há precedentes desta 8ª Turma sobre a matéria, a exemplo dos seguintes:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. *Reclamante dispensada por ter participado de movimento reivindicatório por melhores condições de trabalho. Despedida discriminatória que caracterizou ato ilícito da empregadora e do tomador dos serviços, gerando dano moral indenizável. Sentença mantida. (Acórdão do processo 0005000-15.2009.5.04.0103 - RO - Relator: Exmo. Des. Wilson Carvalho Dias - Data: 09/12/2010)*

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO AUTOR. ESTABILIDADE NO EMPREGO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO NÃO-CARACTERIZADA. *A Lei nº 9.029/1995 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, estabelecendo, no seu art. 4º, que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório faculta a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento. Na hipótese, todavia, a alegação de despedida discriminatória resta afastada pela prova produzida, na qual se demonstra que o empregado continuou trabalhando por mais quatro anos após a empresa ter ciência da doença, não tendo a empregadora divulgado sua condição de saúde no ambiente de trabalho. Recurso a que se dá*



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 6

provimento, neste particular, para absolver a ré do pagamento de salários referentes ao período compreendido entre a despedida do empregado e o fechamento da empresa. (Acórdão do processo 0001331-06.2010.5.04.0333 - RO - Relatora: Exma. Desa. Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo - Data: 14/07/2011)

No caso, o reclamante foi contratado em 06/07/2001, para trabalhar como Técnico Instalador. Foi despedido, sem justa causa, em 13/11/2008 (fl. 165).

O reclamante sofre de depressão grave (CID F32.2 - fls. 19, 21 e 26) ao menos desde 23/03/2008, conforme boletim de atendimento médico (fl. 18). Submete-se desde então a tratamento médico, com necessidade de uso de medicamentos para tratar a doença (fls. 19/24). Goza de auxílio-doença previdenciário desde 31/07/2009 e está incapacitado para o trabalho (fl. 25). À época da despedida, portanto, padecia de grave transtorno psiquiátrico. Assim, milita em seu favor a presunção de abusividade da despedida, incumbindo ao empregador demonstrar que a ruptura não foi motivada pela enfermidade, independentemente do nexos causal com o trabalho (não demonstrado a contento, no caso).

Não é o que ocorre.

Em depoimento pessoal, o preposto da empresa diz não saber o motivo da despedida e informa que outro funcionário foi contratado para substituir o reclamante. Veja-se: *“a dispensa do autor foi decidida por seu chefe direto Júlio César Dullius; não sabe dizer qual foi especificamente o motivo da dispensa; outro funcionário foi contratado para trabalhar no lugar do autor”* (fl. 408).



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 7

A dispensa certamente não foi motivada por desempenho laboral insatisfatório. Segundo informações da contestação, o reclamante, nos anos de 2007 a 2008, teve avaliação de desempenho nos percentuais de 95,20% e 91,70%, respectivamente (fl. 117). À evidência, o desempenho está muito acima da média esperada dos funcionários em geral.

O reclamante traz com a inicial, ainda, notícia interna da empresa divulgando premiação recebida pelo desenvolvimento de importante equipamento eletrônico (fl. 29), além de diversas correspondências eletrônicas corporativas reconhecendo a ótima iniciativa (fls. 31/35). Obviamente esta não é regra no mundo do trabalho, tratando-se de empregado diferenciado.

Sequer é possível cogitar de corte de gastos genérico, com redução de postos de trabalho. O posto de trabalho do reclamante, tão logo desocupado, foi preenchido por outro trabalhador. A própria reclamada é quem o diz.

Daí porque não há justificativa plausível para a despedida do reclamante, acometido por doença grave à época da rescisão (CID F32.2 - fl. 19) e, atualmente, em gozo de auxílio-doença porque está incapacitado para o trabalho. É natural e decorrência lógica da situação exposta a conclusão de despedida abusiva e discriminatória, decorrente da moléstia do trabalhador. É nula a despedida e impositiva a reintegração do trabalhador, na forma da sentença.

Nega-se provimento.

2. HORAS EXTRAS E REFLEXOS

A sentença julga inválidos os registros de ponto trazidos pela reclamada,



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 8

face à uniformidade dos horários de entrada e saída (Súmula 338, III, do TST). Assim, fixa a jornada na forma do declinado na inicial, isto é, “*de segunda-feira a sexta-feira, das 8h30min às 19h30min, com 1 hora e trinta minutos de intervalo*”. Em decorrência, defere horas extras pela extrapolação da 8ª diária, até o limite de 44 e após ultrapassado este as trabalhadas além da 44ª hora da semana, com adicional e reflexos cabíveis.

A reclamada investe contra a sentença, ao argumento de não serem integralmente uniformes os registros. Aponta três exemplos. Pede a reforma.

Sem razão.

Os controles de frequência juntados pela reclamada (fls. 248/314) não servem de prova da jornada efetivamente cumprida pelo reclamante. Os documentos consignam, em sua quase integralidade, horários uniformes de entrada e saída (são quase inexistentes os registros de horas extras). Assim, nos termos da Súmula 338, III, do TST, é devida a fixação da jornada do reclamante, assim definida na sentença: “*de segunda-feira a sexta-feira, das 8h30min às 19h30min, com 1 hora e trinta minutos de intervalo*”, nos mesmos termos do declinado na inicial.

Não tendo a reclamada provado ser distinta a jornada cumprida pelo reclamante, e não se mostrando irrazoável ou desproporcional, mantém-se o arbitramento da origem. Devidas as horas extras decorrentes da extrapolação dos limites de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, com os reflexos deferidos na origem.

Nega-se provimento.



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 9

3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E BASE DE CÁLCULO

A sentença condena a reclamada em adicional de insalubridade, em grau máximo, face ao contato com chumbo, álcool isopropílico e álcalis cáusticos, na forma do laudo pericial. Fixa o salário base como base de cálculo do adicional.

A reclamada investe contra a sentença. Argumenta não ter o perito esclarecido o tempo de contato com os agentes insalubres. Diz ser esporádico o contato com os agentes, e em quantidades mínimas, com o uso de luvas protetivas. Entende indevido o adicional. Quanto à base de cálculo, sustenta ser o salário mínimo, nos termos da Súmula Vinculante 4 do STF.

Com parcial razão.

Realizada perícia técnica (fls. 331/339, complementada nas fls. 349/350, 359/360, 372/374, 383/385 e 394/396), conclui o perito pelo trabalho em condições insalubres nos graus médio e máximo, decorrentes do contato com chumbo, álcool isopropílico e álcalis cáusticos.

O contato ocorria durante a manutenção de aparelhos utilizados para verificação do nível de audiência por programas e por canais de televisão, realizado no setor de laboratório, onde o reclamante laborava (fl. 334). Registra o perito não haver prova da entrega de EPIs (fl. 334).

Como observa a sentença, nos termos do item 15.1.3, as atividades dos Anexos 6, 13 e 16 da NR - 15 estão condicionadas a análise qualitativa, e não quantitativa, exigida esta apenas nas atividades descritas nos Anexos 1, 2, 3, 4, 5, 11 e 12 da mesma norma. Assim, não é necessária a demonstração dos níveis de tolerância. Refira-se, também, não haver prova



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 10

da concessão de EPIs ao reclamante.

Ademais, laborando no setor de laboratório, com a manutenção de aparelhos eletrônicos, não é plausível a alegação de contato esporádico com produtos de limpeza e soldagem. Assim, correto o enquadramento das atividades, sendo devido adicional de insalubridade em grau máximo.

Quanto à base de cálculo, após a edição da Súmula Vinculante nº 4 do STF, em obediência aos termos do art. 103-A da Constituição Federal, e na linha dos precedentes RE nºs 338760, 439035, este Colegiado passou a respeitar a definição de que a base de cálculo do adicional de insalubridade não poderia ser o salário mínimo mensal, sob pena de violação da norma contida no inciso IV do art. 7º da Carta Maior. Considerando a lacuna legislativa, é preciso buscar solução nos princípios gerais de direito e na analogia, forte nos arts. 4º da LICC, 8º da CLT e 126 do CPC. Passou-se a adotar, então, como base de cálculo da vantagem, o salário contratual básico do empregado, na esteira do §1º do art. 193 da CLT, que dispõe sobre o adicional de periculosidade.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que essa interpretação viola a Súmula Vinculante nº 4, impedindo o Judiciário de alterar a base de cálculo do referido adicional (p. ex.: Reclamação nº Rcl/6873, de relatoria do Exmo. Ministro Menezes Direito).

A recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, resultou na alteração do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, e, na mesma linha, da jurisprudência desta Corte.

Assim, até por questão de política judiciária, adota-se tal entendimento, mantido o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, nos termos do art. 192 da CLT. Cabível a alteração apenas



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 11

na hipótese de lei ou instrumento coletivo prever indexador diverso, sob pena de substituição da base de cálculo por decisão judicial, procedimento vedado pela Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, inexistindo norma legal prevendo base de cálculo diversa, e não havendo disposição em norma coletiva que o faça, o adicional deve ser calculado sobre o salário mínimo.

Dá-se parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada para determinar a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

4. SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO

A sentença defere salário substituição, com reflexos, por verificar ter o reclamante substituído o chefe Júlio César Dullius, de forma não eventual e realizando todas as atribuições do substituído.

A reclamada investe contra a sentença. Diz não ter o reclamante substituído de forma plena o supervisor Júlio César. Pede a reforma.

Sem razão.

Nos termos do item I da Súmula 159, do TST, enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído.

Segundo a testemunha do reclamante, Nara Solange de Oliveira Maciel, *“Júlio Dullius viajava em média 2, 4 ou 5 vezes no ano, com duração de 15 a 40 dias, apenas em uma oportunidade houve viagem de 40 dias; nas viagens e férias de Júlio Dullius, o autor realizava todas as atribuições do chefe”* (fl. 408v.)



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 12

Comprovado ter o reclamante substituído de forma plena o chefe Júlio César Dullius, quando este viajava ou saía em férias. Assim, são devidas diferenças salariais em decorrência da substituição, com os reflexos deferidos na origem.

Nega-se provimento.

5. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A sentença condena a reclamada em danos morais, fixados em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), face ao sentimento de humilhação pela dispensa discriminatória, assim como pelo conseqüente (e ilícito) cancelamento do plano de saúde, colocando-o o em desamparo para o trado da doença, assim como de sua filha, que estava acometida de tumor mamário.

Volta-se a reclamada contra a sentença. Argumenta o seguinte: (i) a despedida foi regular, com regular quitação das verbas rescisórias; (ii) não há culpa nem dolo da empresa; (iii) não há obrigação legal de manter convênio médico após a regular despedida do empregado; e (iv) o sofrimento da filha do reclamante, embora cause consternação, não torna a empregadora obrigada a manter o plano de saúde. Caso mantida a condenação, pede seja reduzido o valor arbitrado, exorbitante e irrazoável.

Sem razão.

O reclamante foi despedido por estar doente. O tratamento discriminatório dispensado, por si só, é causador de intenso e injusto sentimento de humilhação, impotência, insegurança. Ilícitamente despedido, o reclamante teve cancelado seu plano de saúde. Ficou desamparado, sem condições de promover o tratamento da sua enfermidade e a de sua filha, acometida



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 13

por tumor mamário (fl. 37), sem a cobertura do plano de saúde do pai.

O dano moral é evidente. A culpa da empregadora é também evidente, pois deu causa ao dano praticando ato ilícito. Presentes os pressupostos relativos ao dever de indenizar, decorrente da responsabilidade civil do empregador.

O dano moral sofrido pelo empregado não pode ser quantificado objetivamente, sendo ilusória, ainda, a pretensão de reparação, em face da impossibilidade de reconstituição do estado anterior à lesão.

Imperioso considerar, dessa forma, a natureza da indenização, que busca, a um só tempo, compensar o dano sofrido, punir o ato ilícito praticado e prevenir a ocorrência de situação similar no futuro, devendo ser sopesadas, na fixação do valor devido, a extensão do dano causado e a capacidade financeira da reclamada. É de se ressaltar, também, o caráter punitivo da indenização, que não se presta a dar causa a enriquecimento ilícito.

O dano moral abala a esfera íntima do indivíduo, causando dor, angústia, vergonha, sensação de impotência, dentre tantos outros sentimentos mutiladores da estabilidade emocional do vitimado. Não pode, pois, ser mensurado com base em critérios objetivos, servindo a utilização de parâmetros apenas como forma de arbitramento do valor a ser indenizado.

Considerando as lesões sofridas e o grau de culpa da reclamada, revela-se adequado o valor arbitrado na origem aos danos morais, de R\$ 35.000,00, o qual atende às finalidades compensatória e punitiva da indenização. O valor não é excessivo, principalmente se considerado o critério pedagógico da penalidade, aliado ao princípio da razoabilidade e à capacidade econômica da reclamada.



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 14

Nega-se provimento.

6. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

A sentença condena a reclamada em honorários advocatícios à razão de 15% do valor bruto da condenação, a despeito da ausência de credencial sindical, decisão contra a qual se insurge a reclamada.

Sem razão.

Na esteira do artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988, incumbe ao Estado a prestação de assistência judiciária aos necessitados entendendo-se aplicável ao processo do trabalho, além da Lei 5.584/70, a Lei 1.060/50 aos que carecerem de recursos para promover sua defesa judicial, independentemente da prestação de assistência judiciária pelo Sindicato da categoria profissional, bastando a declaração da situação econômica no sentido de que tal despesa importará em prejuízo do sustento próprio ou de sua família (art. 2º, parágrafo único, c/c o art. 11).

Presente a declaração (fl. 08), são devidos honorários advocatícios no percentual de 15% (art. 20, par.3º do Código de Processo Civil, Lei 1.060/50 e Súmula 219 do TST) sobre o valor final bruto apurado em favor do autor (Súmula 37 do TRT da 4ª Região).

Sua apuração sobre o valor bruto encontra-se previsto na Orientação Jurisprudencial nº 348 da SDI-1 do TST: *“Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei 1.060, de 05-02-1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários”* e também da Súmula nº 37 do TRT da 4ª Região sobre esta matéria: *“HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO.*



ACÓRDÃO
0090900-24.2009.5.04.0019 RO

Fl. 15

Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação”.

Nega-se provimento.7_

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

JUÍZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER
(RELATORA)

JUIZ CONVOCADO FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO

JUÍZA CONVOCADA LUCIA EHRENBRINK