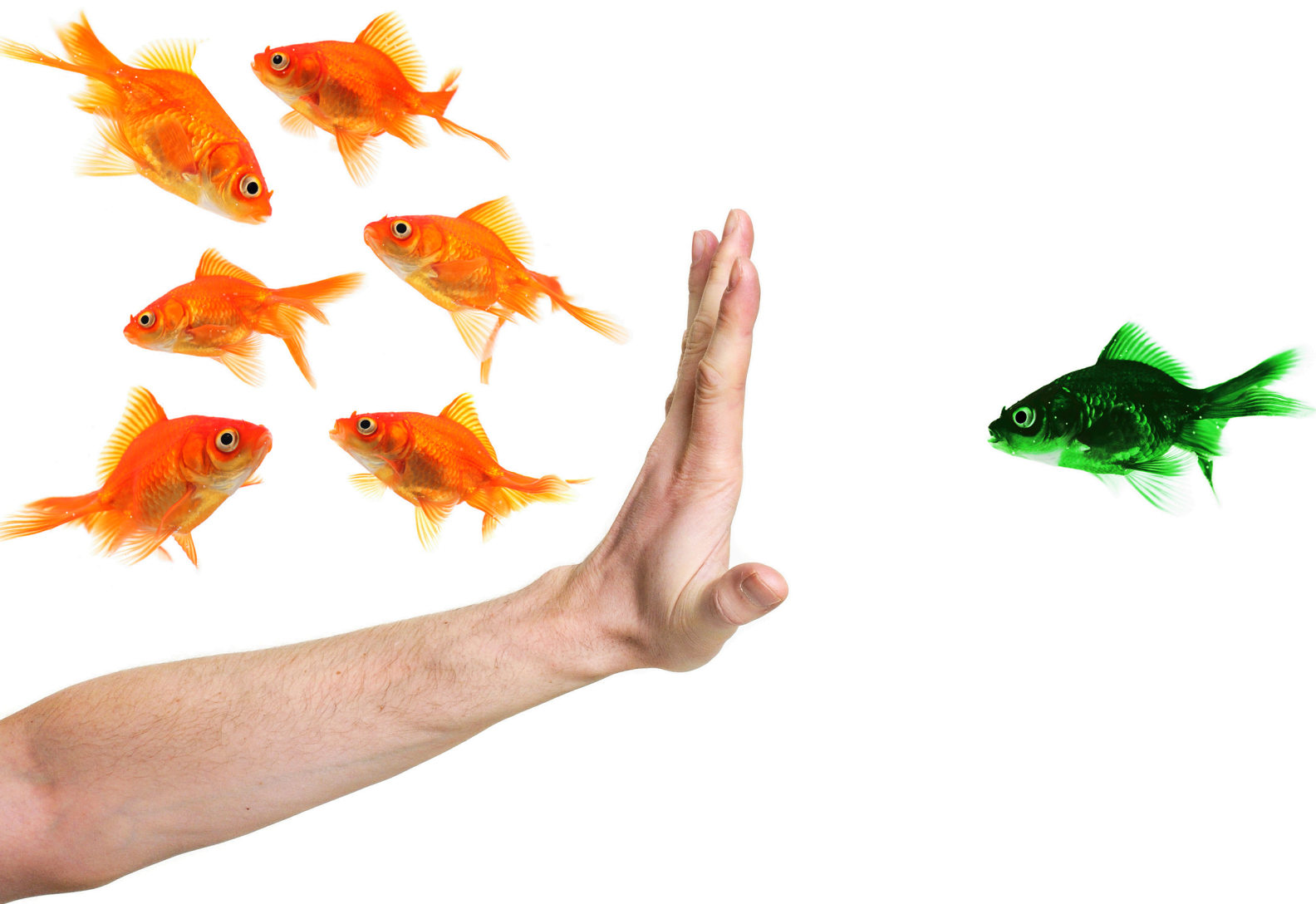


REVISTA ELETRÔNICA



DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

Expediente

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

CURITIBA - PARANÁ

ESCOLA JUDICIAL

PRESIDENTE

Desembargador ALTINO PEDROZO DOS SANTOS

VICE-PRESIDENTE

Desembargadora ANA CAROLINA ZAINA

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargadora FÁTIMA TERESINHA LORO LEDRA MACHADO

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2014/2015

Desembargador Célio Horst Waldraff (Diretor)

Desembargador Cássio Colombo Filho (Vice-Diretor)

Juiz Titular Lourival Barão Marques Filho
(Coordenador)

Juiz Titular Fernando Hoffmann (Vice-Cordenador)

Desembargador Arion Mazurkevic

Desembargador Francisco Roberto Ermel

Juíza Titular Suely Filippetto

Juiz Titular Paulo Henrique Kretzschmar e Conti

Juíza Substituta Fernanda Hilzendegeer Marcon

Juíza Substituta Camila Gabriela Greber Caldas

Juiz José Aparecido dos Santos (Presidente da
AMATRA IX)

COMISSÃO DE EaD e PUBLICAÇÕES

Desembargador Cássio Colombo Filho

Juiz Titular Fernando Hoffmann

Juiz Titular Lourival Barão Marques Filho

GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Coordenador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Angélica Maria Juste Camargo

Eloina Ferreira Baltazar

Joanna Vitória Crippa

Juliana Cristina Busnardo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima

Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio

Willians Franklin Lira dos Santos

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência

Serviço de Biblioteca

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Capa: © jjayo - Istockphoto

Assessoria de Comunicação

Acervos online (Creative Commons)

APOIO À PESQUISA

Maria Ângela de Novaes Marques

Daniel Rodney Weidman Junior

SEÇÃO DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS

Patrícia Eliza Dvorak



Edição temática

Periodicidade Mensal

Ano IV – 2015 – n. 42

Apresentação

“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar.” Nelson Mandela

O Poder Judiciário tem enfrentando de forma recorrente questões relacionadas com privações de direitos fundamentais do ser humano, e é inequívoco que muitas das transformações sociais operam-se como decorrência desta atuação. As respostas oferecidas, em um cenário de precarização de direitos mínimos, de inviabilização concreta de valores fundamentais de proteção do indivíduo, atuam, de um lado, como fator de reequilíbrio da ordem jurídica no caso pontualmente examinado, mas de outro, embora de maneira mais rarefeita, funcionam como elemento que tangencia, em certa medida, ações futuras.

Sobreleva-se a importância destas respostas quando se trata de discriminação no trabalho, tema da 42ª edição da Revista Eletrônica do TRT do Paraná.

A discriminação é tão nefasta não só porque segrega, reprime e ofende, mas porque subjugam a completude do indivíduo a um, apenas um, aspecto de sua complexa existência. E quando tal ocorre no âmbito da relação de trabalho a questão assume contornos especialmente graves, uma vez que o trabalho, como fração de energia vital humana, não é somente fonte de riqueza, de sobrevivência, mas de dignidade e de cidadania.

Na riqueza das relações sociais, poucos temas evoluíram tanto quanto o da discriminação. O olhar para as condutas discriminatórias ficou irredutivelmente menos tolerante. Na complexidade das emanações e das atitudes que naturalmente fluem do cotidiano, acentuou-se de maneira muito nítida uma percepção de que o respeito à dignidade humana repele, veementemente, a exteriorização de concepções retrogradamente marcadas pela crença de que diferenças de credo, raça, opção sexual, por exemplo, desigualam as pessoas e, por um ou outro nivelamento desses preconceitos, estaria legitimada sua segregação.

A superação do preconceito impõe a todos o exercício diário da clássica lição de Boaventura de Souza Santos, ou seja: “Lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem; lutar pelas diferenças sempre que a igualdade nos descaracterize”.

Sob o título “Direitos fundamentais e o problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho”, Ilse Marcelina Bernardi Lora aborda o problema da discriminação em razão da origem da pessoa, seja ela o local de proveniência, sua classe social ou origem étnica/racial. O texto parte de importante distinção semântica entre direitos humanos e direitos fundamentais, e traz, com apoio em J. J. Gomes Canotilho, impecável rol das funções destes últimos: de defesa ou de liberdade, de prestação social, de proteção contra terceiros, de não discriminação. Avalia a subversão da gênese do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção da força de trabalho do homem e sua dignidade e o papel, neste contexto, dos direitos fundamentais como instrumento de combate à discriminação nas relações trabalhistas.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em trabalho sob o título “Colisão de direitos fundamentais: certidão de antecedentes para admissão de empregado”, trata da difícil superação do conflito entre o direito de intimidade e não discriminação do empregado e o direito à obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal. O estudo aborda a questão sob o prisma da proporcionalidade, sem descuidar de que a coexistência de direitos de igual magnitude normativa impõe uma necessária coordenação entre eles.

O artigo “Discriminação no trabalho: práticas discriminatórias e mecanismos de combate”, como destaca Márcia Kazenoh Bruginski , à luz do princípio constitucional da igualdade, explana a respeito de algumas das formas discriminatórias comuns na relação laboral, cuidadosamente ilustradas com situações extraídas da jurisprudência, e dos instrumentos repressores da discriminação postos à disposição do trabalhador, em especial a Lei n.º 9.029/95, a Súmula nº 443 do C. TST, e os arts. 5º, X, da Constituição Federal, e 186, 187 e 927 do Código Civil.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga, por sua vez, no estudo sob o título “Discriminação racial e assédio moral do trabalho”, avalia as ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, compreendendo, inclusive, aquelas propagadas antes e depois da ruptura contratual. Traz julgados sobre o tema, com destaque para a paradigmática decisão relatada pelo Exmo. Ministro Cláudio Brandão no TST/RR 305-63.2012.5.09.0009.

O artigo “Pessoas com deficiência, discriminação e mercado de trabalho - o Direito como instrumento de transformação social”, de Silvana Souza Netto Mandalozzo e Adriana de F. Ferreira Campagnoli, por sua vez, incursiona sobre a necessidade da existência de participação efetiva do Estado, dos empregados e empregadores na viabilização do pleno acesso de pessoas com deficiência no

mercado de trabalho. Nos dias atuais, na tentativa de superar o viés assistencialista - porém excludente - de programas estatais, busca-se possibilitar a indivíduos com deficiência a inclusão efetiva. Enriquecedor, por isso, a correlação que o texto faz entre a evolução normativa de proteção ao trabalho dos deficientes e, a partir de dados estatísticos, sua eficácia no contexto laboral.

Também nesta edição são ofertados acórdãos e sentenças, sinopse do livro “A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho” de Célia Mara Peres, além de outros materiais que sempre enriquecem a leitura do afortunado público prestigiado pela excelência do trabalho tão primorosamente gestado pela equipe editorial da Escola Judicial deste E. Regional, sob a percuciência técnica do coordenador científico, Des. Luiz Eduardo Gunther.

A todos auguro uma prazerosa leitura!

UBIRAJARA CARLOS MENDES
DESEMBARGADOR DO TRABALHO

Sumário

ARTIGOS

Discriminação racial e assédio moral no trabalho - Rúbia Zanotelli de Alvarenga	9
Discriminação no Trabalho: Práticas Discriminatórias e Mecanismos de Combate - Márcia Kazenoh Bruginski	23
Pessoas com Deficiência, Discriminação e Mercado de Trabalho - O Direito como Instrumento de Transformação Social - Silvana Souza Netto Mandalozzo e Adriana de F. Pilatti Ferreira Campagnoli	34
O HIV e a AIDS: Preconceito, Discriminação e Estigma no Trabalho – Aplicação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho - Luiz Eduardo Gunther	46
Direitos Fundamentais e o Problema da Discriminação em Razão da Origem nas Relações de Trabalho - Ilse Marcelina Bernardi Lora.....	68
Colisão de Direitos Fundamentais: Certidão de Antecedentes para Admissão de Empregado - Gustavo Filipe Barbosa Garcia	89

ACÓRDÃOS

Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relatora Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu, publicado no DJE em 18/09/2009..	93
Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Desembargador Edmilson Antonio De Lima, publicado no DJE em 22/06/2010.	98
Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo, publicado no DJE em 02/10/2009.	103
Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Desembargador Cássio Colombo Filho, publicado no DJE em 07/04/2015.	109
EMENTAS	124

SENTENÇAS

Sentença da 1ª Vara do Trabalho de São José dos Pinhais - PR, publicada no DEJT 01/07/2015, Juíza do Trabalho Lorena de Mello Rezende Colnago. 126

Sentença da 4ª Vara do Trabalho de Londrina, publicada no DEJT 29/08/2014, Juiz do Trabalho Everton Gonçalves Dutra. 132

Sentença da Vara do Trabalho de Palmas, publicada no DEJT 08/05/2015, Juiz do Trabalho José Vinicius de Sousa Rocha. 141

SÚMULAS 144

CÓDIGOS E LEIS

Lei nº 9.029, de 13 de Abril de 1995. 345

Convenção nº 111 da OIT 347

Cartilha OIT..... 351

SINOPSES

A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos - Luiz Eduardo Gunther 352

A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho - Luiz Eduardo Gunther .354

Discriminação - Luiz Eduardo Gunther 356

Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho - Angélica Maria Juste Camargo... 359

La dignidad humana en el derecho del trabajo - Luiz Eduardo Gunther 361

Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregador: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana - Luiz Eduardo Gunther 364

Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho - Luiz Eduardo Gunther 366

NOTÍCIAS

ALL é condenada em R\$200 mil por discriminar portadores de deficiência	368
Aprovado sistema de cotas para negros nos concursos públicos do Judiciário gaúcho	370
Selo premia empresas com iniciativas pela eliminação da discriminação no trabalho.....	372
TST confirma decisão da Justiça do Trabalho do PR e condena empresa que despediu empregado após crises de epilepsia.....	374
Bompreço é condenado por revista discriminatória de bolsas e armários	376
Brasil Foods é condenada por discriminar funcionário que ingressou com ação trabalhista	378
Brasileiro ganha US\$ 2 milhões por racismo em trabalho nos EUA.....	379
Cervejaria é condenada por discriminação contra empregado carioca	381
Condenações por tratamento discriminatório sinalizam mudanças nas relações de trabalho	383
Discriminar trabalhador indígena gera dano moral individual, não só coletivo	386
Empresa é denunciada por exigir 'hétero e magro' para vaga de garçom	387
Frigorífico Alvorada é condenado a indenizar auxiliar vítima de agressão e injúria racial	389
Lanchonete indenizará cliente deficiente que sofreu discriminação.	391
Norma que incentiva desligamento de empregados antigos é discriminatória	392
Oi é condenada por divulgar ostensivamente “dez mandamentos da telefonia”	394
Lançamento “Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do TST” - Igor de Oliveira Zwicker	396
BIBLIOGRAFIA.....	398

DISCRIMINAÇÃO RACIAL E ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Sumário: INTRODUÇÃO; 1. Discriminação e direito do trabalho; 2. Discriminação racial e assédio moral no trabalho; CONCLUSÃO.

RECONSTRUIR-SE (SER CRIANÇA!)

**Reconstruir-se após a desgraça,
com a música, a dança,
recriando a vida que passa,
que se procura e não se alcança.**

**Recolher, com firmeza,
a casa perdida, em pedaços,
pela força da correnteza,
reconstruindo novos espaços.**

**Montar, fio a fio, o tecido,
da vida, que recomeça,
recriando, lentamente, o sentido
do que é preciso, peça a peça.**

**Quando as noites ruins (vilãs!),
alteradas pelo sol e pela esperança,
transformarem-se em manhãs,
voltar a ser, de novo, criança.**

(Luiz Eduardo Gunther)

RESUMO: O presente artigo evidencia o ato do assédio moral no ambiente de trabalho, que ocorre em função do sentimento racista e que ainda, infelizmente, persiste em uma parcela significativa da sociedade ao promover ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, pulverizadas ao longo do exercício trabalhista, e, até, antes ou depois deste (por exemplo, já no processo seletivo ou na maculação da vida profissional do ex-empregado após a sua demissão), implicado, à vítima, danos psicológicos, morais e mesmo físicos.

Palavras-chave: Discriminação racial; assédio moral; dignidade da pessoa humana.

INTRODUÇÃO

Este artigo se inicia de forma diferente daquela como, habitualmente, iniciam-se os artigos pertinentes à área do Direito Trabalhista. Um tanto anacrônica, intenta constatar a noção de preconceito de raça (étnico) e uma de suas principais conseqüências: o assédio



.....
Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Professora de Direito e advogada.

moral – vigente neste País há séculos.

O estudo não se atém a fatos específicos da História como é usual, mas, sim, basicamente, a situações ocorridas com um grande poeta simbolista da Literatura Brasileira: Cruz e Sousa (1861- 1898). Em um artigo intitulado “*A trajetória do negro na Literatura Brasileira*”, Domicio Proença Filho¹ (grande estudioso brasileiro), situa o negro em duas posições: a primeira, como *ser-objeto* e, a segunda, distanciada, como *sujeito*, numa atitude compromissada na luta por um melhor lugar social. Tal estudo gerou a motivação de se realizar o presente artigo que se alicerça na primeira visão de Proença Filho (aquela em que o negro é visto como *objeto*) com o excerto de um texto em prosa de Cruz e Sousa, um dos poetas a mais sofrer o preconceito racial no Brasil, mesmo tendo excelente grau de escolaridade. Porém, ao perder a proteção do padrinho adotivo, um homem branco e rico, o poeta advogado viu-se vítima de um preconceito racial tão intenso, que culminou, praticamente, com sua expulsão do Estado natal, Santa Catarina, pois lá não conseguia trabalho condizente com sua escolaridade; ou, quando o conseguia, era tão perseguido, que não suportava conviver com o assédio moral ao qual era submetido por ser negro, desiludindo-se cada vez mais a cada vínculo empregatício. Tamanho sofrimento o obrigou a buscar um reinício de vida no Rio de Janeiro, onde também não conseguiu um trabalho que fizesse jus à sua

formação acadêmica.

Em decorrência da convivência com o preconceito, Cruz e Sousa deu à luz um texto em prosa intitulado “*Emparedado*”, do qual, a seguir, transcreve-se, um fragmento que reflete, magnificamente, como devem se sentir os trabalhadores negros impedidos de desempenhar em paz suas atividades de trabalho em razão do preconceito étnico e do assédio moral ao qual são submetidos por tal herança histórico-cultural perversa que aflige milhares de afrodescendentes no dia-a-dia. Veja-se:

Se caminhares para a direita, baterás e esbarrarás ansioso, aflito, numa parede horrendamente incomensurável de Egoísmos e Preconceitos! Se caminhares para a esquerda, outra parede, de Ciências e Críticas, mais alta do que a primeira. Se caminhares para a frente, ainda nova parede, feita de Despeito e Impotências, tremenda, de granito, brancamente se elevará do alto! Se caminhares, enfim, para trás, há ainda uma derradeira parede, fechando tudo, fechando tudo - horrível! - parede de Imbecilidade e Ignorância, te deixará n’um frio espasmo de terror absoluto. [...] E as estranhas paredes hão de subir – longas, terríficas! Hão de subir, subir, subir mudas, silenciosas, até as Estrelas, deixando-te para sempre perdidamente alucinado e emparedado dentro do teu Sonho [...]²

Cruz e Sousa, o notável poeta do Simbolismo brasileiro, é um caso singular.

1 PROENÇA, Domicio Filho. **A trajetória do negro na literatura brasileira**. Estud. av. v.18, n.50, São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

2 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

Negro, deixa entrever na sua obra as marcas do conflito em que se dilacerava. Filho de escravos alforriados, com nome, sobrenome e educação esmerada ganhados dos senhores de seus pais, sofreu amargamente a violência do preconceito que o impediu, entre outras consequências discriminatórias, de assumir o cargo de promotor público em Laguna. No plano da ação, assume a luta contra a opressão racial e, entre outras atividades, dirige o jornalzinho *O Moleque*, significativo desde o título, e deixa nove poemas e dois textos em prosa comprometidos com a causa abolicionista. Sua obra literária é um testemunho de sua luta contra o preconceito e contra o assédio moral. Seu texto em prosa “*O Emparedado*” não dá margem a dúvidas sobre isso.

Passados mais de cem anos do ocorrido a Cruz e Sousa, a metáfora do emparedamento continua, infelizmente, subsistindo, não na forma do racismo explícito – visto que, hoje, existem leis punitivas à prática deste; mas, em sua maneira mais subreptícia, o assédio moral, ocorrente, em especial, nos ambientes de trabalho, nos quais pode acontecer de modo vertical descendente, ascendente ou horizontal.

É de tal prática nociva ao trabalhador de etnia negra que trata o artigo ora apresentado, pelo qual se busca visualizar aquilo em que a Justiça do Trabalho avançou no combate ao ato e aquilo em que ainda é preciso avançar.

Como, ao que parece, o *emparedamento ao negro* tende a existir de modo mais discreto, um de seus tentáculos mais cruéis, o assédio moral, continua a fazer vítimas, silenciosamente, dada a dificuldade de se flagrar sua ocorrência por causa da natureza dissimulada das ações cometidas contra as vítimas.

1. Discriminação e direito do trabalho

Apesar de todas as conquistas sociais do último século, alguns direitos básicos dos cidadãos carecem de uma base mais sólida para serem incorporados pela população em geral, pelas esferas do Governo e pela iniciativa privada. Um desses direitos é a garantia do acesso livre ao trabalho sem discriminação.

Em tal contexto, informa Manoel Jorge e Silva Neto³ que discriminar portador de deficiência, negros, índios, mulheres, idosos, homossexuais e até aqueles trabalhadores que optam por um traço estético peculiar – cabelos longos, barba, cavanhaque, tatuagem, piercing – tem se convertido em prática mais constante do que se supõe à primeira vista. O mesmo se diga a respeito dos trabalhadores que optam por determinado segmento religioso e que são discriminados por isso.

Na visão do autor em referência, a solução para as práticas discriminatórias empresariais passa, necessariamente, pela mudança da cultura quanto à diversidade.⁴

Sendo assim, é urgente aprofundar uma cultura da justiça social em que a tutela dos direitos fundamentais do trabalhador seja respeitada, visto que é para o bem-estar do ser humano o direcionamento do trabalho. É para garantir a observância quanto à integridade física, psíquica, moral e intelectual do trabalhador que se devem voltar as leis que regem as relações interpessoais, hierárquicas,

3 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

4 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

ou não, nos ambientes em que se processe o trabalho. Isso representa sinônimo de justiça social.

E, como bem expressa Yara Maria Pereira Gurgel: “O fundamento principal de todo o ordenamento jurídico ocidental é o princípio da dignidade da pessoa humana, agregado ao princípio da igualdade e não discriminação”.⁵

Assim, também conforme Yara Maria Pereira Gurgel, toda e qualquer forma de discriminação baseada em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contrariará o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda segundo a autora, a discriminação nas relações de trabalho, como fator antissocial, exclui pessoas, desrespeita os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana, gerando humilhação, estresse, *mobbing* e depressão.⁶

Segundo Marlon Marcelo Murari: “O direito à igualdade também impõe limites ao poder de direção do empregador, proibindo tratamentos discriminatórios, desde o ato da contratação e durante a realização do trabalho”.⁷

O art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, assinala que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de

discriminação.

Discriminação, portanto, é o nome que se dá para conduta, ação ou omissão, em que se estabelecem diferenças que violam o direito das pessoas com base em critérios ilegítimos e injustos, tais como: a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e sexual, entre outros. Trata-se de um tipo de conduta que vai contra o princípio fundamental de justiça e liberdade.

De acordo com Carlos Augusto Ayres Britto⁸, discriminar significa distinguir negativamente, negatizando o outro. É isolar, separar alguém para impor a esse alguém um conceito, uma opinião desfavorável por motivos puramente histórico-culturais, jamais lógicos, jamais racionais, por defecção, por distorção, por disfunção de mentalidade ao longo de um processo histórico-cultural. E isso implica humilhação: humilhar o outro. E o humilhado se sente como que padecente de um déficit de cidadania, de dignidade, acuado pelo preconceito. O discriminado se sente como sub-raça ou sub-povo ou sub-gente. Sente-se, portanto, desfalcado não do que ele tem, mas do que ele é. E a sua autoestima fica ao rés do chão.

Para Firmino Alves Lima:

Há discriminação nas relações de trabalho, quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica

5 GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 50.

6 *Ibid.*, p. 61.

7 MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008, p. 110.

8 BRITTO, Carlos Augusto Ayres. **Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 54.

pessoal ou social, sem motivo razoável ou justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas assegurados, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.⁹

No magistério de Maurício Godinho Delgado, o princípio da não discriminação compreende “a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.”¹⁰

Consoante Delgado, discriminação, portanto, consiste “[...] na conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio nega validade a essa conduta discriminatória.”¹¹

Maurício Godinho Delgado relata ainda:

A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de sua característica, determinada

externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, pobreza etc.).¹²

Logo, já de acordo com Edilton Meireles¹³, toda e qualquer forma de discriminação, ainda que não esteja citada ou referida expressamente em leis infraconstitucionais, viola o direito fundamental da igualdade. Pode-se afirmar, aliás, que, antes de ferir o direito à igualdade, a discriminação atinge a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor em comento, em razão disso, a discriminação constitui ato ilícito, tipificado como crime, e que, por isso mesmo, é considerada inválida juridicamente (art 2º, Lei nº 9.029/1995).

Imperioso observar que a proteção antidiscriminatória nas relações de trabalho erigiu dos princípios da não discriminação e da igualdade, proclamados em diversos instrumentos normativos nos âmbitos nacional e internacional.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 proíbe, em vários dispositivos constitucionais, a proteção contra atos ou comportamentos discriminatórios que visem a eliminar o acesso à relação de emprego por motivo de sexo, raça, cor, idade ou quaisquer outros critérios discriminatórios, *in verbis*:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VIII - repúdio ao terrorismo e ao

9 LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 135.

10 DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 42.

11 DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 43.

12 Ibid., p. 775.

13 MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 187.

racismo;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (Grifo nosso)

O inciso XXX, art. 7º, da Constituição Federal de 1988, também prevê a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. O mesmo artigo, no inciso XXXII, disciplina a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou

entre profissionais respectivos.

A Lei n. 9.029/95, em seu art. 1º, estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

Em tal direção, havendo crime resultante de preconceito de etnia, raça ou cor, ou qualquer infração oriunda desta Lei, seu art. 3º impõe multa administrativa de 10 (dez) vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% (cinquenta por cento) em caso de reincidência, e proibição de obtenção de empréstimo ou de financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

É preciso pontuar que a justiça é o reconhecimento, a defesa e a promoção da dignidade fundamental do ser humano no Direito do Trabalho. O Direito, como ciência que trata da vida humana, tem o dever sociocientífico de garantir e de promover o bem-estar físico, mental, moral e intelectual do trabalhador.

No decorrer do exercício do seu poder diretivo, portanto, o empregador possui a obrigação de não praticar atos discriminatórios que possam ferir os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador.

Luís Roberto Barroso¹⁴, contudo, adverte que as diferenciações serão consideradas

14 BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000, p. 224.

juridicamente toleráveis, quando possuírem fundamento razoável e forem destinadas a um fim legítimo; o elemento discriminatório for relevante e residente nas pessoas que estão sendo diferenciadas; houver proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrifício; o meio empregado e o fim buscado forem compatíveis com valores constitucionais. Como exemplo de desequiparação possível, ele traz o da contratação de guardas penitenciários do sexo feminino para presídio feminino; ou o da contratação de artista negro para comemoração do dia da consciência negra.

No âmbito do Direito Internacional do Trabalho, a Convenção nº 111, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1958, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, também trata de medidas relativas à proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão, e assim conceitua discriminação, veja-se:

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende; a) Toda a 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 profissão; b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam,

e outros organismos adequados. (2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação. (3) Para fins da presente Convenção, as palavras emprego e profissão incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

Yara Maria Pereira Gurgel¹⁵ estatui que a Convenção nº 111 demonstra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de discriminação, não ficando limitada somente à questão salarial. Esta tem ainda por objeto o combate a todo tipo de discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada país. A autora ressalta que a Convenção nº 111 da OIT protege o trabalhador em todos os ambientes de trabalho e em todas as fases da relação laboral – pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo após a cessação do contrato individual de trabalho.

2. Discriminação racial e assédio moral no trabalho

O assédio moral, na esfera trabalhista, configura abuso do exercício dos poderes reconhecidos ao empregador e, por consequência, violação aos direitos da personalidade do trabalhador.

Em consonância com Marie-France Hirigoyen:

.....
15 GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p.114.

Assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. É uma violência sub-reptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva. Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos frequentes e repetidos é que constitui a agressão.¹⁶

Em assaz elucidativo magistério de Sônia Mascaro Nascimento¹⁷, o assédio moral é considerado conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Dentre os elementos que irão caracterizar o assédio moral no ambiente de trabalho, destacam-se: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) intenção de excluir e humilhar a vítima. Logo, ato isolado, embora possa se constituir em conduta ilícita e capaz de gerar

a violação aos direitos fundamentais e da personalidade do empregado, não caracteriza assédio moral.

O assédio moral, portanto, exige a prática reiterada e sistemática por parte de superiores hierárquicos ou colegas de trabalho de atos que possam desestabilizar emocionalmente o empregado a ponto de ferir a sua dignidade ou a sua integridade física ou mental. Trata-se de uma atitude lesiva do empregador que excede os limites do poder diretivo e fiscalizatório.

É mais frequente o assédio moral ser cometido entre sujeitos de posição hierárquica diversa, podendo ser tanto vertical ascendente quanto descendente. Será vertical descendente, quando é praticado pelo empregador ou superior hierárquico a ele subordinado contra o empregado. Essa espécie de assédio moral caracteriza-se como a ofensa reiterada ao relacionamento saudável, perpetrada por superior hierárquico ou pelo próprio empregador contra o empregado. Será, por sua vez, vertical ascendente, quando for praticado pelo empregado contra superior hierárquico. Trata-se da modalidade mais rara de assédio moral no ambiente de trabalho.

Todavia, o assédio moral também poderá ser praticado por colega de trabalho contra colega de trabalho, ou seja, entre sujeitos que se encontram na mesma posição hierárquica, eis que será o caso do assédio moral horizontal. Portanto, a forma mais comum de assédio moral é aquela que parte de um superior hierárquico do empregado assediado – denominada assédio moral vertical.

A esse respeito, assinala Denise de Fátima Stadler: “O assédio moral é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam relações

16 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 17.

17 NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3.

desumanas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados. São atitudes que desestabilizam o ambiente de trabalho, forçando a desistir do emprego.”¹⁸

Assim, toda prática ofensiva ou ostensiva, realizada normalmente de forma reiterada, que expõe o trabalhador de forma prolongada, ou não, a situações humilhantes e constrangedoras, caracterizará assédio moral por violação à dignidade e à personalidade do empregado.

De acordo com Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros¹⁹, os principais fatores destacados nas condutas de assédio, geralmente, são a competição, a preferência pessoal do chefe, porventura gozada pela vítima, a inveja, o racismo, a discriminação, a homofobia e, por fim, os motivos políticos.

Em se tratando de assédio moral no trabalho por motivo de racismo, o empregado passa a sofrer tortura psicológica ou perseguições no trabalho, em razão de sua cor ou raça. Nesse caso, o racismo, além de caracterizar assédio moral, mina a saúde física e mental do trabalhador e corrói a sua autoestima.

Segundo Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros: “A discriminação racial e de gênero se confundem e, por vezes, surgem como pano de fundo para a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho.”²⁰

Motivo pelo qual, Aparecido Inácio

Ferrari de Medeiros, ao traçar a relação entre o assédio moral e a discriminação racial, assinala:

O ato de discriminar consiste em inferiorizar outros tentando se mostrar superior. É o preconceito que ocorre, quando se colocam apelidos racistas e quando se inferioriza as pessoas de classes sociais mais baixas.²¹

Marie-France Hirigoyen²² também destaca que a discriminação que resulta no assédio moral no trabalho é a que se destaca principalmente por ser praticada contra os negros, as mulheres e as mulheres negras, os portadores de algum tipo de deficiência física, a mulher isolada em um grupo de homens e o homem, quando minoria em um grupo de mulheres.

Nesse contexto, Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros informa ser fato notório que as mulheres negras são as mais atingidas pelas desigualdades e pelas discriminações de cunho racista. Para o autor, isso ocorre porque, em geral, são preteridas no momento da seleção e, quando conseguem o emprego, são colocadas em funções mais vulneráveis e menos qualificadas, recebendo salário menor que os das brancas. E: “O mesmo ocorre com os trabalhadores negros em relação aos brancos. São raros os que conseguem obter uma colocação em condições superiores à dos brancos.”²³

18 STADLER, Denise de Fátima. **Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador.** São Paulo: LTr, 2008, p. 69.

19 MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. **Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho.** São Paulo: LTr, 2012, p. 57.

20 Ibid., p. 59.

21 Ibid., p. 53.

22 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral.** Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 64.

23 MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. **Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho.** São Paulo: LTr, 2012, p. 59.

Conforme Gomes citado por Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros²⁴, o racismo é um conjunto de ideias que afirmam a existência de raças superiores e inferiores, podendo manifestar-se a partir de um comportamento, de uma ação resultante da aversão em relação às pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio de sinais, tais como: cor da pele, tipo de cabelos e traços corporais.

Imperioso observar a decisão proferida pela Juíza do Trabalho Maria Elizabeth Mostardo Nunes, do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, relativa ao caso de assédio moral no trabalho por motivo de discriminação racial, veja-se:

ASSÉDIO MORAL. ILÍCITO. ABUSO DE DIREITO. LIMITES DO PODER DIRETIVO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. RACISMO. DANOS MORAIS. O assédio moral decorre da prática, normalmente por período prolongado, de condutas abusivas, portanto, ilícitas (art. 187 do CC), pelo empregador ou por seus prepostos, pelos quais responde objetivamente (art. 932 do CC), com o fim de humilhar, constranger ou desmoralizar o trabalhador. Pode ocorrer dentro ou fora do ambiente laboral, isto é, do estabelecimento do empregador, mas em razão do contrato de trabalho. Tais condutas, se provadas, são potencialmente lesivas aos direitos da personalidade. Afetam o trabalhador psicologicamente, de modo que causam danos e, em consequência, o dever de indenizar. Segundo o art. 186 do Código Civil, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão, negligência

ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. O abuso de direito também gera o dever de indenizar, segundo o art. 187 do Código Civil. O dano moral, em princípio, não necessita ser provado, mas a ocorrência dos fatos que o ensejam deve ser cabalmente demonstrada. É necessário, ainda, que ações dirigidas sejam capazes de, considerado o homem médio, afetar a honra objetiva e subjetiva do trabalhador, não sendo indenizável o mero dissabor que não advém de ato ilícito. O empregador pode, sem excessos, exigir do trabalhador o cumprimento de metas, eficiência, qualidade ou outras tantas características que representam os princípios ou os anseios da empresa. O exercício regular de direito não constitui ato ilícito, nos termos dos arts. 153 e 188, I, do CC, desde que não haja excessos, consoante os arts. 187 e 188 do mesmo diploma legal. Tão grave quanto ser discriminado no trabalho por sua cor de pele, etnia, gênero, sexualidade, crença religiosa etc. é imputar ao empregador a conduta discriminatória inexistente ou impossível de demonstrar em processo judicial. Algumas dessas condutas, o racismo inclusive, constituem também ilícito penal. As alegações, assim, devem ser feitas com prudência, para que não se venha a macular a imagem das pessoas sem fatos concretos. (TRT-2ª R. - Proc. 0000087-10.2013.5.02.0263 - 20140792052 - Relatora Juíza Maria Elizabeth Mostardo Nunes - DJe 19.09.2014)

Em 2014, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), proferiu acertadíssima decisão sobre discriminação racial e assédio moral no trabalho, cujo Relator foi o emérito

Ministro Claudio Brandão. Ele pontua, em sua assaz apropriada decisão, que restou configurada a discriminação racial no ambiente de trabalho, em decorrência do constrangimento e do abuso de poder sofridos pelo trabalhador. Na decisão, o assédio moral perdurou por 11 (onze) meses, tempo de vigência do contrato de trabalho, restando atingidos os artigos 5º, V, da Constituição Federal de 1988 e 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

Veja-se o julgado:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 437 DO TST. Por se tratar de norma afeta à higiene e (sic) segurança do trabalho, pouco importa se houve supressão total ou parcial do intervalo intrajornada. Em qualquer caso, é devido o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de 50%, com base no entendimento consubstanciado na Súmula nº 437, I, do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

ASSÉDIO MORAL. DANO MORAL DECORRENTE. AGRESSÃO VERBAL. ATITUDE REITERADA CONSISTENTE EM CHAMAR EMPREGADO DE “BAIANO” COM INTUITO PEJORATIVO E SINÔNIMO DE PESSOA PREGUIÇOSA. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA. CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELO JULGADOR. Não se admite que o ambiente de trabalho seja palco de manifestações de preconceito e que não se observe o mínimo exigido para que as pessoas – empregadas ou não – sejam tratadas com respeito próprio de sua dignidade. No caso, o assédio moral se caracterizou pelas atitudes do supervisor que destrata

todos os subordinados e, de forma mais agressiva e humilhante, o autor, chamado de “baiano” como sinônimo de preguiçoso e lhe oferecia uma rede para descansar. Se fizesse algo errado, dizia, o citado supervisor, que era “baianada”. A grande questão não está na designação de “baiano”, mas no que o fato em si representa. A relevância está na suposição, partida de algumas pessoas de que são superiores a outras e na “coisificação” do ser humano; no estado de dominação sobre o empregado, sob o falso pressuposto de que o empregador, ou preposto seu, está a tanto autorizado pela subordinação jurídica decorrente do contrato de trabalho; na ideia de que seres humanos podem ser superiores a outros; que a condição pessoal de alguém lhe impinge determinada marca que pode ser utilizada como sinal de distinção pejorativa no grupo social no qual convive. O que está em jogo é o menosprezo, o descaso com a condição humana. O agressor se esquece, certamente, (sic) que todos, do Sul ou do Norte, do Nordeste, do Centro-Oeste ou do Sudeste, somos frutos de uma rica miscigenação de muitas raças, com as suas cores, sotaques, origens, olhares, culturas, e (sic) que, no dia-a-dia, no anonimato ou conhecidos do grande público, constroem a grandeza da Nação brasileira. Portanto, poderia ser chamado de paulista, carioca, gaúcho, mineiro, paraibano, goiano, pernambucano, catarinense, candango, paranaense, capixaba, sergipano, alagoano, cearense, acreano, rondoniense, amazonense, paraense, maranhense, piauiense, mato-grossense, sul-mato-grossense, tocantinense, potiguar, roraimense, amapaense etc.; o dístico pouco importa. Também não é relevante a forma como o preconceito se

manifesta: palavras, atitudes, gestos ou até mesmo o silêncio, dentre outras modalidades. A intenção é que deve ser investigada e, uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho. Certamente, quem assim pensa deve achar normal um torcedor jogar banana no campo de futebol como forma de ataque ao atleta. Não se há de confundir a situação versada nos presentes autos com a distinção carinhosa, agregadora, que valoriza a pessoa ou mesmo constitui, no respectivo agrupamento social, elemento identificador, sem qualquer conotação depreciativa. No caso, configurou-se a “discriminação racial” no ambiente de trabalho e diante de colegas do recorrente, como aludiu no seu apelo. Caracterizado, portanto, o assédio moral. De referência ao valor da reparação, na perspectiva do novo cenário constitucional, que reconheceu como fundamento da República o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), e das novas tendências da responsabilidade civil, optou o legislador brasileiro pelo princípio da reparação integral como norte para a quantificação do dano a ser reparado. Tal consagração normativa encontra-se no caput do artigo 944 do Código Civil que prevê: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Essa regra decorre, também, da projeção do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) em sede de responsabilidade civil e faz com que a preocupação central do ordenamento jurídico se desloque do ofensor para a vítima, sempre com o objetivo de lhe garantir a reparação mais próxima possível do dano por ela suportado. A indenização, portanto, tem por objetivo

recompôr o *status quo* do ofendido independentemente de qualquer juízo de valor acerca da conduta do autor da lesão. E, sendo assim, os critérios patrimonialistas calcados na condição pessoal da vítima, a fim de não provocar o seu enriquecimento injusto, e na capacidade econômica do ofensor, para servir de desestímulo à repetição da atitude lesiva, não devem ingressar no arbitramento da reparação. O que se há de reparar é o próprio dano em si e as repercussões dele decorrentes na esfera jurídica do ofendido. A finalidade da regra insculpida no mencionado artigo 944 do Código Civil é tão somente reparar/compensar a lesão causada em toda a sua extensão, seja ela material ou moral; limita, assim, os critérios a serem observados pelo julgador e distancia a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Logo, em consonância com a atual sistemática da reparação civil, em sede de quantificação, deve o julgador observar os elementos atinentes às particulares características da vítima (aspectos existenciais, não econômicos) e à dimensão do dano para, então, compor a efetiva extensão dos prejuízos sofridos. E como dito desde o início, sempre norteado pelos princípios da reparação integral e da dignidade humana – epicentro da proteção constitucional. Indenização majorada para R\$10.000,00. Determinado o envio de cópia da decisão para todos os empregados, como medida suasória para impedir a continuidade da conduta lesiva. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – 7ª turma - RR-305-63.2012.5.09.0009 – Relator Ministro Claudio Brandão – 07.05.2014)

Destaque-se, então, concorde o ilustre

Ministro do TST que *“não é relevante a forma como o preconceito se manifesta: palavras, atitudes; gestos; ou até mesmo o silêncio etc. A intenção é que deve ser investigada e, uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho.”*

Por oportuno, cabe também ilustrar decisão proferida pela Juíza do Trabalho Roberta de Melo Carvalho, da 6ª Vara do Trabalho de Brasília, que confirmou a demissão por justa causa de uma recepcionista da Strong Fit Academia, localizada na Região Administrativa de São Sebastião (DF). A decisão da magistrada levou em conta depoimento de testemunhas, comprovando que a trabalhadora dirigiu ofensas raciais e agrediu verbalmente um prestador de serviço da academia, na presença de alunos e outros empregados. De acordo com o processo, em uma discussão com o prestador de serviço, a recepcionista o chamou de “macaco e negro fedido”. E, conforme depoimentos de testemunhas, a trabalhadora foi agressiva e, aos berros, disse os xingamentos com palavras de baixo calão. Como bem observou a Juíza, em seu r. *decisum*, a conduta da empregada é inadmissível no ambiente de trabalho ou em qualquer outro local; compreendendo-se, nesta temática, um exemplo de assédio moral ascendente.²⁵

Ainda concorde a suprarreferida Magistrada do Trabalho: *“Xingamentos, até mesmo em tons de brincadeira, o que não ocorreu neste caso, não devem ser permitidos,*

pois as pessoas precisam respeitar umas às outras em face do princípio da dignidade da pessoa humana, e atitudes como essa não devem ser toleradas em sociedade”. Desse modo, sustenta que, *“nesta situação, não há necessidade de gradação de penalidades, pois o ato foi grave o suficiente a autorizar o desligamento da empregada. No caso em análise, o conjunto probatório dos autos revelou, de forma clara e incontestável, a existência de todos os elementos necessários para respaldar a aplicação da medida mais severa de disciplina pelo empregador em vista de conduta repudiável da reclamante.”*

CONCLUSÃO

Por tudo quanto se expôs e o que se observa no artigo ora apresentado, o ato do assédio moral no ambiente de trabalho ocorre em função, principalmente, do sentimento racista que, ainda, de modo infortunado, persiste em uma parcela significativa da sociedade que promove ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, pulverizadas ao longo do exercício trabalhista, ou, até, antes ou depois deste (por exemplo, já no processo seletivo, ou, ainda, na maculação da vida profissional do ex-empregado após a sua demissão), que implicam, à vítima, danos psicológicos, morais e, até mesmo, físicos, quando, ao assediado, em serviços que requerem atividades braçais, são impostas tarefas que vão além de sua capacidade corporal ou além do tempo de labor previsto em lei.

O assédio moral, gerado em função de portabilidade de deficiência física, de gênero, de idade, de opção sexual, de opção por traços estéticos, entre outros; entretanto, principal

25 TRT-10ª R. - Proc. 0000395-82.2014.5.10.0006 – Juíza do Trabalho Roberta de Melo Carvalho - DJe 28.11.2014

e especialmente, pela etnia – que não é fruto de opção pessoal, deve ser exemplarmente coibido, assim como punido, quando for comprovada a prática contra aqueles que pretendem desempenhar, em paz, seu papel no mundo do trabalho.

Eis o mínimo que se deve garantir ao trabalhador em busca do resguardo ao direito à dignidade e ao respeito por seu labor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar e fulcral da Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.
- BRITTO, Carlos Augusto Ayres. **Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.
- LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. **Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.
- MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.
- MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.
- NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PROENÇA, Domicio Filho. A trajetória do negro na literatura brasileira. *Estud. av.*, v.18, n.50, São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- STADLER, Denise de Fátima. **Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador**. São Paulo: LTr, 2008.

DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO: PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS E MECANISMOS DE COMBATE

Márcia Kazenoh Bruginski

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da Igualdade e Não Discriminação; 3. Notas sobre as Práticas Discriminatórias nas Relações de Trabalho; 4. Mecanismos de Combate à Discriminação; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

As práticas discriminatórias representam uma das questões mais discutidas no universo laboral, isso porque, o cotidiano do Poder Judiciário tem revelado uma infeliz recorrência de ações noticiando a prática pelo empregador de atos arbitrários, com claro conteúdo discriminatório em relação ao obreiro.

Verifica-se que o fundamento norteador das petições iniciais e das decisões proferidas é o princípio da igualdade previsto na nossa Lei Maior e é justamente a partir dele que se detectam as distinções injustificadas perpetradas pelo empregador, tanto na fase pré-contratual, como no transcurso do contrato ou no momento da ruptura do vínculo jurídico, em flagrante violação aos direitos

fundamentais do empregado.

Ganham destaque, portanto, os mecanismos de combate à disposição do trabalhador, especialmente a Lei 9.029/95, a Súmula 443 do C. TST e os dispositivos legais embasadores das indenizações por danos morais, nomeadamente, artigo 5º, X da CF/88 e artigos 186, 187 e 927 do CC/2002.

Pelo exposto, esclarece-se que o presente estudo visa analisar o princípio constitucional da igualdade, algumas das formas de discriminar nos pactos laborais e os instrumentos legais punitivos e reparadores dos atos discriminatórios praticados pelo empregador.

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

Estampado na Constituição Federal de 1988, o princípio isonômico, também chamado como preceito da não discriminação, encontra suporte no texto do *caput* e inciso I do art. 5º da CF, o qual se traduz em não diferenciar pessoas na mesma situação fática e jurídica, vedando deste modo, a diferenciação injustificada.



Márcia Kazenoh Bruginski

Formada em Direito pelas Faculdades Integradas Curitiba (atual Unicuritiba – Centro Universitário Curitiba), com pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Portuguesa, especialização conducente ao mestrado e mestre em Ciências Jurídicas/Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Lisboa (2006). Professora de Direito do Trabalho e Chefe do Departamento de Direito Privado na UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros (2012, p. 889), explica que a palavra discriminação do ponto de vista etimológico significa “o caráter infundado de uma distinção”, exatamente o que se extrai da Convenção 111 da OIT¹, ao trazer expressa autorização para o empregador proceder com distinções, exclusões ou preferências, desde que o emprego exija qualificações diferenciadas.

Assim, explica Daniele Lucy Lopes de Sehli (2002, p. 97), que em verdade a regra da não discriminação constitui o aspecto negativo do princípio da igualdade. Ou seja, enquanto o último cria o dever de agir de certa forma, o princípio da não-discriminação “assume uma ideia proibitiva, no que tange à diferenciação de fatos típicos iguais, desde que não exista uma razão lógica para esse tratamento desigual.”

No aspecto trabalhista, o mandamento constitucional de tratamento igualitário para situações iguais ganha ênfase especial, pois partindo da inequívoca desigualdade estrutural na relação entre empregado e empregador e respeitando a necessidade de ser ter meios de compensação dessa desigualdade, o desafio de se dar efetividade aos direitos fundamentais, dentre eles, o preceito isonômico constitucional é ainda maior.

Como bem elucidam Adriana Campagnoli, Chayene Oliveira e Silvana Mandalozzo (2012, p. 33), em artigo que trata do tema da discriminação para o empregado portador do vírus HIV, o princípio da não

discriminação é mais forte sob a ótica do Direito do Trabalho, visto que, “o Direito do Trabalho é caracterizado pelo embate em prol da concretização da igualdade entre homens e da proteção do trabalhador, haja vista seu *status* de hipossuficiência.”

E é neste diapasão que ao apreciar determinado processo trabalhista de empregados que ajuizaram reclamações trabalhistas, o Tribunal Regional do Trabalho da Bahia buscou evidenciar a importância do direito fundamental à igualdade como elemento compensador da disparidade entre empregado e empregador, conforme se observa do trecho abaixo transcrito:

“...Com efeito, a conduta perpetrada deixa clara a discriminação procedida. É preciso dizer que a matéria é muito cara ao Direito do Trabalho, pois o tema da igualdade e não-discriminação se encontra na sua origem, eis que surge historicamente como elemento compensador das desigualdades reais existentes entre empregados e empregadores nas relações de trabalho, assente na ideia de que o desequilíbrio estrutural que vige na relação trabalhista mostra o ambiente propício e que naturalmente já pode ensejar arbitrariedades que, quando aliada a um fator discriminatório torna-se mais violenta. (TRT 5ª R.; RecOrd 0002327-64.2013.5.05.0561; Primeira Turma; Relª Desª Margareth Rodrigues Costa; DEJTBA 02/06/2015)

Assim e com o fito de amenizar o desequilíbrio entre empregado e empregador, o princípio isonômico na seara trabalhista impede que o empregador proceda com tratamento diferenciado desfavorável baseado em motivo

1 “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.” Disponível em < <http://www.oit.org.br/node/472>>, Acesso em 28/06/2015

desarrazoado em face dos seus empregados.

Pode o empregador, contudo, utilizar critérios diferenciadores caso o cargo a ser ocupado assim o exija, por exemplo, pode o ente patronal invocar o artigo 390 da CLT, que impede a contratação de mulheres para prestar serviços em atividades que demande o emprego de força física superior a 20 quilos para o trabalho contínuo.

Ainda, o princípio isonômico deve ser observado durante todo o contrato de trabalho, desde a admissão do trabalhador até o momento da extinção do pacto laboral, posto que o procedimento patronal de preferir, preterir ou empregado por razões destituídas de legitimidade jurídica configura conduta discriminatória em todas as fases contratuais, embora Daniele Lucy Lopes de Sehli (2002, p. 101) alerte que “ao contrário do que ocorre nas fases pré-contratual e contratual propriamente dita, na dispensa da relação empregatícia é muito mais difícil visualizar o empregado como alvo de perseguição do empregador.”

3. NOTAS SOBRE AS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Lei 9.029/95 proíbe qualquer prática discriminatória quanto a admissão, manutenção ou rompimento do vínculo laboral, por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

O primeiro modo vedado pela lei supra referida é a discriminação por sexo. Neste contexto, tem-se a trabalhadora mulher, que lutou e ainda luta contra o preconceito em face do trabalho do sexo masculino. De acordo com Alice Monteiro de Barros (2012, p.

899), o tratamento diferenciado dispensado a mulher advem muitas vezes de uma presumida inferioridade.

No mesmo diapasão, noticiase hoje, com certa frequência, também o tratamento patronal desigual injustificado de cunho homofóbico. É o que ilustra o acórdão 2014/0646552 da 4ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de relatoria do Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Transcreve-se:

HOMOFOBIA. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Para efeito de cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado, vez que se trata de questão estritamente relacionada à sua intimidade. [...] O epíteto de “sapatona” utilizado à míude por preposta da demandada, é expressão chula de cunho moral e depreciativo que, nas circunstâncias, constitui grave atentado à dignidade da trabalhadora, pelo alto grau de ofensividade e execração moral, agravada por ser proferida diante do corpo funcional. Independentemente da opção sexual da autora, que só a ela diz respeito posto que adstrita à esfera da sua liberdade, privacidade ou intimidade, a prática revela retrógrada e repugnante forma de discriminação, qual seja, o preconceito quanto à orientação sexual do ser humano. A histeria homofóbica e a hipocrisia explicam o incipiente estágio de conquistas na esfera legislativa e a demora na efetivação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: A dignidade do ser humano, independentemente da forma como cada um expresse a sua sexualidade. O Judiciário tem se

posicionado de forma vanguardista contra o conservadorismo e a ortodoxia, ao assegurar igualdade substantiva ao segmento perseguido e hostilizado que assume orientação sexual diversa do “padrão modelar”, garantindo o direito à convivência, à formação da família e à união civil homoafetiva, cumprindo a promessa constitucional de igualdade e de organização da sociedade com vistas à felicidade. [...]”. (TRT 2ª R.; RO 0001061-20.2013.5.02.0078; Ac. 2014/0646552; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Ricardo Artur Costa e Trigueiros; DJESP 15/08/2014)

Note-se que o julgado acima traça valiosos ensinamentos contrários aos atos patronais que extrapolam o limite do *jus variandi* e violam os direitos fundamentais do empregado humilhado pela sua opção sexual.

Outra modalidade de discriminação proibida pela Lei 9.029/95 respeita a idade, aparecendo com maior destaque em relação aos idosos. É a discriminação chamada de etária.

De acordo com Emmanuel Teófilo Furtado (2004, p. 197), um exemplo de prática discriminatória para limitar o ingresso no emprego de trabalhador de idade avançada é a aplicação de teste mais rigoroso no processo seletivo em comparação ao candidato mais jovem. De qualquer sorte, o tratamento desigual e injustificado pode se dar também no desenrolar do contrato ou na ruptura contratual, como se vê da jurisprudência abaixo que aborda a situação fática de um professor que pela idade avançada sofreu redução de carga horária, havendo repasse das classes a outro docente mais novo e recém contratado,

conforme segue:

DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA. PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA NO PERÍODO QUE ANTECEDEU À APOSENTADORIA. ATRIBUIÇÃO DAS CLASSES A PROFESSOR MAIS NOVO, RECÉM CONTRATADO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. A redução da carga horária de professor mais idoso, praticada no período que antecedeu a sua aposentadoria, com atribuição das classes a outro professor, mais novo e recém contratado, caracteriza atitude discriminatória pela idade, ensejadora de direito à indenização por danos morais. Toda a discriminação é odiosa. A discriminação dirigida contra um profissional com vários anos de serviço, em razão da idade, desprezando tanto sua experiência, quanto os serviços que prestou, é agravada pela ingratidão, que aumenta a sensação de injustiça e de ser apenas uma peça descartável da produção. (TRT 12ª R.; RO 0003623-53.2011.5.12.0026; Quinta Câmara; Rel. Juiz José Ernesto Manzi; DOESC 01/07/2013)

É igualmente vedada a discriminação por cor e embora o Brasil conte com “uma plêitide de cores”, como negros, caboclos, mulatos, morenos, amarelos, claros, brancos etc, é o negro a maior vítima de segregação, pois acabou se criando no nosso país um “verdadeiro anátema, jugindo-se à má sorte, a agouros e malignidades”, utilizando-se inclusive de expressões com conotação negativa, como “a situação está preta” (FURTADO, 2004, p. 217).

Em janeiro de 2015, uma notícia intitulada “Mercado ainda reflete preconceitos contra mulheres, pretos e pardos, revelam

dados do IBGE², publicado no Portal Brasil, evidencia a disparidade no mercado de trabalho entre brancos e negros, posto que os trabalhadores de cor preta ou parda ganhavam, em média, em 2014, 58,0% do rendimento recebido pelos trabalhadores de cor branca. Como se pode ver, há um longo caminho a ser trilhado para diminuir a imensa diferença entre negros e brancos.

E é ainda mais grave a situação da mulher negra, pois além do preconceito de gênero, enfrenta também a discriminação racial. Luciane Maria Trippia e Eduardo Milleo Baracat (2014, p. 35) assinalam que “milhares de negros, especialmente mulheres, estão à margem do mercado de trabalho, nas piores atividades, e, a maioria, até na informalidade”.

Mas para além do que expressamente consta da Lei 9.029/95 e sem a pretensão de esgotar todas as hipóteses de discriminação no contexto trabalhista, há várias outras situações trazidas pelos julgados trabalhistas.

Antes de mais nada, convém registrar que a expressão “qualquer”³ trazida pelo artigo 1º da Lei 9.029/95 reflete a clara intenção do legislador de aplicar referida do mesmo modo a outros atos discriminatórios, tal como o caso de demissão de empregado doente e também do portador do vírus HIV, cuja despedida é

presumida discriminatória.

A jurisprudência⁴ também notícia com frequência a discriminação do trabalhador deficiente, sendo que alguns fatores contribuem para o problema da inserção e manutenção do mesmo no mercado de trabalho, tal como a inadaptação física do local de trabalho às necessidades do trabalhador, a inexperiência dos empregados na convivência com pessoas deficientes e a limitada educação e profissionalização da maioria dos trabalhadores deficientes (FURTADO, 2004, p. 233). Vale lembrar ainda que, com manifesto intuito inclusivo, a Lei 8.213/91 estabelece cotas para contratação de trabalhadores deficientes.

E para além do que já foi dito, tem-se ainda como conduta discriminatória a vedação de exigência pelo empregador de certidões de órgãos de proteção ao crédito (SPC e SERASA) ou de antecedentes criminais para fins de admissão no emprego⁵, salvo quando justificado o exercício da atividade profissional, como na vigilância armada (Lei no 7.102/1982, art. 16, VI). Acrescente-se, do mesmo modo, a diferenciação injustificada em matéria remuneratória (artigo 461 da CLT e Convenção 100 da OIT), as demissões em

2 Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/01/mercado-ainda-reflete-preconceitos-contra-mulheres-pretos-e-pardos-revelam-dados-do-ibge>>, Acesso em 22/06/2015

3 Art. 1º Fica proibida a 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.

4 Cita-se como exemplos os seguintes julgados: TRT da 7ª R.; RO 0000648-37.2012.5.07.0002; Terceira Turma; Rel. Des. Plauto Carneiro Porto; TRT 12ª R.; RO 0004554-12.2013.5.12.0018; Primeira Câmara; Rel. Juiz Garibaldi T. P. Ferreira; DOESC 19/02/2015)DEJTCE 05/12/2013; Pág. 17; TRT-PR-03377-2001-011-09-00-4-ACO-00970-2005; Rel. Des. Jose Aparecido dos Santos; DJPR 21/01/2005;

5 Neste sentido os seguintes julgados: TRT 4ª R.; RO 0000462-26.2012.5.04.0801; Terceira Turma; Rel. Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa; DEJTRS 14/05/2015; Pág. 129 e TRT 13ª R.; RO 0235300-73.2013.5.13.0009; Primeira Turma; Rel. Des. Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julg. 19/05/2015; DEJTPB 25/05/2015; Pág. 1

decorrência do exercício do direito de ação⁶, discriminação por questão religiosa ou opção política, dentre outras ocorrências tratadas pelas jurisprudências trabalhistas.

Por fim, como bem menciona Estêvão Mallet (2010, p. 31) e em decorrência dos avanços científicos, surgiu a discriminação genética. Neste caso, é possível “a partir de exame de DNA, antecipar a tendência de certas pessoas para o desenvolvimento de algumas doenças”, podendo tais dados serem usados, por exemplo, como óbice a uma vaga de trabalho.

4. MECANISMOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

O direito brasileiro dá ao empregador o poder, de natureza potestativa, de demitir o empregado sem justo motivo, desde que evidentemente não adote conduta discriminatória. Assim, ainda que o empregador através do seu poder diretivo possa administrar da melhor forma o seu empreendimento, demitindo sem justa causa o empregado, não pode, de outro lado, praticar atos motivados por fatores de discriminação.

Diante do que, os meios legais que coíbem, punem ou estabelecem reparações para quem sofreu tratamento desigual injustificado vinculado a relação de trabalho possuem especial destaque no Direito do Trabalho.

Nesta perspectiva, a Constituição Federal de 1988 traz em seu teor vários artigos com conteúdo de proteção antidiscriminatória,

destacando-se os artigos 3º, IV, 5º, *caput* e 7º XXX e XXXI.

De início, o artigo 3º, IV estabelece ser um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No mesmos moldes, o artigo 5º, *caput*, já antes referido, afasta a discriminação ao preceituar a regra da igualdade como direito fundamental, reafirmando o mandamento de tratamento igualitário para todos no seu inciso I ao dispor que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*” Derradeiramente, os incisos XXX e XXXI do artigo 7º vedam tratamento diferenciado no tocante à salários, funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como, protegem o trabalhador com deficiência, impedindo tratamento desigual referente a salário e critérios de admissão.

No enfoque infraconstitucional, é possível apontar os artigos 373-A, 460 e 461 da CLT e especialmente a Lei 9.029/95, que considera crime:

- 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).

6 Cita-se como exemplo: TRT 5ª R.; RecOrd 0002338-93.2013.5.05.0561; Quinta Turma; Relª Desª Maria Adna Aguiar do Nascimento; DEJTBA 11/05/2015)

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Além da sanção criminal, a norma mencionada estatui mecanismos de natureza civil e trabalhista. O artigo 3º da Lei 9.029/95 estabelece multa administrativa para o empregador que discriminar o empregado, bem como, proibição de obtenção de empréstimo ou financiamento junto a instituições bancárias. Já o artigo 4º faculta ao empregado, vítima do rompimento do contrato de trabalho por motivo discriminatório, optar entre a reintegração e a indenização em dobro da remuneração do período de afastamento (art. 4º, I e II).

Isto posto, se o ato discriminatório ocorrer na ruptura contratual, como visto, o trabalhador poderá ser reintegrado ou indenizado, mas e se a discriminação ocorrer na admissão? Marcio Túlio Viana (2000, p. 367) esclarece que o empregado pode vir a ser indenizado dos prejuízos materiais que vier a sofrer, como por exemplo, tratando-se de único candidato, deduz que será contratado e dispensa outra oferta de emprego, como conjuntamente pleitear reparação por danos morais.

Especificamente no caso de empregado com moléstia grave ou portador do vírus HIV, a Súmula 443 do C. TST estabelece uma presunção favorável ao obreiro, invertendo assim o ônus da prova (artigos 818 da CLT e 333, I do CPC). Com efeito, nos termos do entendimento sumular, presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito.

A razão da inversão probatória é bem explicada por Aline Carbeiro Magalhães e

Cybele Rennó Leite (2014, p. 71):

“a inversão do ônus da prova é técnica que promove o citado princípio da igualdade, na medida em que leva em consideração as desigualdades materiais existentes entre empregado e empregador no que tange à capacidade de produzir provas.”

De tal modo que o empregador fica com o encargo de produzir uma prova negativa visando demonstrar que a dispensa ocorreu dentro dos limites do *jus variandi*, ou seja, sem carga discriminatória e caso ele não se desincumba do ônus, o empregado terá direito a reintegração no emprego.

O aresto abaixo corporifica com precisão a aplicação da Súmula 443 do TST:

RECURSO ORDINÁRIO. DOENÇA GRAVE. ARTIGO 186, § 1º, DA LEI Nº 8.112/90. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. REINTEGRAÇÃO. CABIMENTO. O ordenamento jurídico brasileiro, como um todo, repele intensamente atitudes discriminatórias contra trabalhadores, mercê dos Princípios Sociais, da Valorização da Pessoa Humana, da Proteção ao Hipossuficiente, da Dignidade do Trabalhador, dentre outros, que aqui vigoram. Seguindo esse diapasão, a jurisprudência pátria cristalizou o entendimento de que se presume discriminatória e, portanto, inválida a dispensa sem justa causa de empregado portador de HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, o que lhe confere o direito à reintegração no emprego (Súm. 443/TST), salvo se comprovada, cabalmente, a motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira, que,

no caso, sequer foi alegada. Recurso do autor provido, no ponto. (TRT 6ª R.; Rec. 0000230-83.2013.5.06.0005; Terceira Turma; Rel. Des. Valdir José Silva de Carvalho; Julg. 03/11/2014; DOEPE 10/11/2014)

Sublinhe-se que a presunção referida exige que o empregador tenha conhecimento da doença, até porque, impossível presumir ato discriminatório decorrente de estigma e preconceito sobre algo que nem se conhece⁷.

Diante do que, torna-se patente que a Súmula 443 do TST aponta na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tiver ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e quando não restar demonstrado que o ato patronal decorreu de outra causa, como fator de cunho econômico, técnico, administrativo ou financeiro.

Acrescente-se ainda que, seja na hipótese de doença grave ou no caso de empregado com o vírus HIV, além da reintegração prevista no entendimento sumular referido, o obreiro está autorizado a pleitear indenização por danos morais, conforme se demonstra através do seguinte aresto:

DANO MORAL. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. 1. Nos termos da Súm. 443 do TST presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito.

7 É o estabelecido no seguinte julgado: TRT 9ª R.; RO 06311/2013-020-09-00.0; Sétima Turma; Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes; DEJTPR 22/08/2014. Repositório autorizado do STF nº 41/2009, do STJ nº 67/2008 e do TST nº 35/2009.

2. Não comprovado o motivo da despedida da autora, presume-se verdadeira a tese da inicial quanto à dispensa discriminatória em razão de ser portadora de doença grave (cardiopatia - forâmen oval patente de alto risco). 3. Abuso do direito diretivo empresarial evidenciado, na forma do art. 187 do Código Civil. 4. Conduta empresarial que afronta o disposto no art. 1º da Convenção 111 da OIT, bem como os princípios que emanam da Recomendação 200 da OIT. 5. Indenização por danos morais devida pela prática de ato ilícito configurado mediante violação dos direitos à intimidade e à vida privada, insculpidos no art. 5º, V e X, da Constituição da República. ILÍCITO ATENTATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS. COMUNICAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. A conduta discriminatória de pessoa portadora de doença grave viola o direito à não discriminação, sendo cabível a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, para as providências na persecução da tutela coletiva devida, na forma do art. 7º da Lei nº 7347/85. (TRT 4ª R.; RO 0021261-25.2014.5.04.0024; Rel. Des. Marcelo José Ferlin D'Ambroso; DEJTRS 17/06/2015; Pág. 65) (sem grifos no original)

Esclareça-se que na fase pré-contratual e por aplicação analógica da Lei 9.029/95, é ofensora da intimidade e dignidade do trabalhador e por consequência ao princípio da igualdade, a exigência de teste de HIV para fins de comprovação da AIDS, sendo possível quando requisito para o exercício da função, como médico, enfermeiro, laborista etc. (ALVARENGA, 2014, p. 12-13).

Ainda, inclui-se a dependência química nos termos da Súmula 443 do TST e assim, a dispensa sem comprovação de uma justa causa faz presumir que a ruptura decorreu de ato discriminatório, ensejando-se a nulidade do ato patronal e o direito à reintegração no emprego, conforme segue:

“[...] é fato incontrovertido nos autos que o reclamante foi diagnosticado como dependente químico, sendo portador de transtornos mentais e comportamentais. Tendo em vista que a reclamada tinha conhecimento do quadro médico obreiro, cuja moléstia suscita estigma ou preconceito, presume-se ter sido a ruptura do contrato com intuito puramente discriminatório, consoante inteligência da Súmula nº 443 do C. TST, sendo devida a reintegração no emprego, tal como fixado pela Instância de origem, com amparo em toda a normatização de regência suso ventilada. In fine, não é de somenos importância destacar que o trabalho, com sua alta carga de valor social e dignificante do ser humano, integra o plexo de métodos de tratamento do dependente químico, constituindo importante fator de reinserção social e catalizador da sua recuperação. Daí decorre a imperiosa cooperação empresarial em tal mister, devendo cumprir sua função social na recuperação do trabalhador. Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso empresarial no item.” (TRT 2ª R.; RO 0000593-12.2013.5.02.0319; Ac. 2014/1025462; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Maria Isabel Cueva Moraes; DJESP 28/11/2014)

Por fim, os artigos 186, 187 e 927 do CC/2002 e o artigo 5º, X da CF/88 embasam

as indenizações por danos morais decorrentes de práticas discriminatórias. De tal sorte que provado que o trabalhador sofreu transtornos de ordem moral por tratamento discriminatório, a prova do dano é dispensável, conforme se verifica da seguinte decisão do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

“[...] Consuma-se o dano moral quando o ser humano é ofendido intimamente, sem que haja prejuízo patrimonial. No dano moral há ofensa a bens imateriais, inerentes à personalidade, como a honra, dignidade, intimidade, imagem e reputação (artigos 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal). Para efeitos de danos morais, consoante entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência não é preciso provar que a vítima se sentiu ofendida, magoada, desonrada com a conduta do agente. O dano moral dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade, tem presunção absoluta. Provada a existência do fato ilícito, ensejador do constrangimento, mostra-se devido o ressarcimento civil por dano moral, nos moldes do art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; assim como à luz do art. 927 do CC/02: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Na espécie, a reclamada cometeu fraude trabalhista no curso do contrato de trabalho, mediante a não formalização do vínculo empregatício no período correto, bem assim cometimento de funesta discriminação em matéria salarial, ao negar identidade remuneratória entre seus empregados. Todos esses

fatos constituem grave atentado não só ao estuário normativo celetista, mas também à ordem constitucional-trabalhista, consubstanciada na dignidade da pessoa do trabalhador, valorização do trabalho humano, função social da propriedade empresarial e não discriminação em matéria salarial (arts. 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º, XXIII; 7º, caput e inc. XXX; 170, caput e incisos III, VII e VIII; e 193, todos da CRFB), atingindo a honra e a dignidade do trabalhador, isto é, os direitos da personalidade (art. 5º, V e X, da CRFB), caracterizando-se, portanto, como ato ilícito (art. 186 do CC), gerador do dever de indenizar os danos morais impingidos ao reclamante (art. 927 do CC c/c o art. 8º da CLT). Vale ressaltar que, considerando que o emprego e a isonomia salarial são uns dos maiores bens jurídicos do trabalhador, a sua negativa fere de morte a sua dignidade, abalando sua autoestima, repercutindo negativamente nas relações profissionais, sociais e familiares. Assim sendo, dá-se provimento ao apelo neste particular para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais perpetrados ao recorrente. (TRT 2ª R.; RO 0000146-60.2014.5.02.0037; Ac. 2014/0940604; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Maria Isabel Cueva Moraes; DJESP 31/10/2014)

Logo e considerando que muitas vezes o exercício regular do poder potestativo do empregador pode, em verdade, refletir abuso de direito, por conter, na prática, discriminação por sexo, raça, idade, gênero, estado civil, entre outros, os mecanismos que o trabalhador possui têm função protetiva, reparatória, punitiva e pedagógica, funcionando sobretudo

como desestímulo a novas agressões aos direitos fundamentais dos trabalhadores, nomeadamente, o direito à igualdade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi o de analisar o princípio constitucional isonômico no Direito do Trabalho, vinculando-o com o tema discriminação e alguns dos modos de sua concretização, bem como, estudar as medidas que o empregado discriminado tem aos eu dispor caso seja vítima de ato discriminatório por parte do ente patronal.

Desta feita, o princípio da igualdade ou não discriminação prevê a impossibilidade de tratamento desigual por motivo desarrazoado. Assim e nos moldes abordados, o empregador pode estabelecer distinções, casos justifique em critérios objetivos.

Mas não raras vezes o ato patronal reflete conteúdo discriminatório, seja por sexo, raça, situação familiar, saúde etc, e nestas situações, as disposições legais e a Súmula 443 do C. TST abordadas, funcionam tanto como maneira de reparar o dano causado, mas sobretudo, pretendem combater as práticas discriminatórias perpetradas pelo empregador nas relações de trabalho.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os direitos do trabalhador portador do HIV. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n.27, p. 9-23, jan./fev. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr,2012

_____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Tulio, RENAULT, Luiz Otávio Linhares et al. (coords.). Discriminação. 2000, p. 36-76.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira; OLIVEIRA, Chayene Tayze Maculia; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. Direito a continuidade do contrato de trabalho empregado portador do vírus HIV. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v.37, n. 69, p. 469-494, jul./dez. 2012

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Preconceito no trabalho e a discriminação por idade. São Paulo: LTr, 2004

GUNTHER, Luiz Eduardo; BARACAT, Eduardo Milléo. Trabalhador soropositivo e presunção de dispensa discriminatória: A Súmula nº 443 do TST. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n.27, p. 42-60, jan./fev. 2014.

MAGALHÃES, Aline Carbeiro; LEITE, Cybele Rennó. O desconhecimento do empregador e a presunção de dispensa discriminatória do obreiro portador do vírus HIV. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n.27, p. 61-74, jan./fev. 2014.

MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 17-51, jul./set. 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência. In VIANA, Márcio Tulio, RENAULT, Luiz Otávio

Linhares et al. (coords.). Discriminação. 2000, p. 139-155.

TRIPPIA, Luciane Maria; BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho e as políticas públicas. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 3, n. 32, p. 26-38, jul./ago. 2014.

SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. In DALLEGRAVE NETO. José Affonso; COUTINHO. Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo. (coords). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 97-108.

VIANA, Marcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do Direito do Trabalho. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. VIANA, Márcio Tulio (coord). Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 321-328.

_____. A proteção trabalhista contra atos discriminatórios (análise da Lei 9.029/95). In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. VIANA, Márcio Tulio (coord). Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 354-367

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DISCRIMINAÇÃO E MERCADO DE TRABALHO - O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Silvana Souza Netto Mandalozzo
Adriana de F. Pilatti Ferreira Campagnoli

1 INTRODUÇÃO

O direito ao trabalho foi consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR) como um direito fundamental social. É parte da condição de dignidade da pessoa humana, pois é dele que advém o seu sustento, bem como se apresenta como instrumento de desenvolvimento das suas capacidade e potencialidades.

Mesmo diante da aludida previsão constitucional, o que se verifica na realidade é um distanciamento entre o estabelecido na Lei Maior e a fruição deste direito por todos os interessados, sem distinção. Nesta linha, centra-se a dificuldade enfrentada para a inserção de pessoas com deficiência

no mercado de trabalho, em função de suas condições específicas e como fruto da discriminação.

Assim, a grande questão a ser discutida é a existência de medidas que visem assegurar a efetividade do direito ao trabalho das pessoas com deficiência e o seu cumprimento pelos atores sociais.

Como forma de enfrentamento do problema, aborda-se, inicialmente a gênese dos direitos fundamentais no Brasil e a CR, como instrumento assecuratório de tais direitos a todas as pessoas, indistintamente.

Em seguida, se trata do direito ao trabalho como parte da condição de dignidade da pessoa, assegurado a todos, independente de qualquer especificidade, estando aí



.....
Silvana Souza Netto Mandalozzo

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professora Associada do Departamento de Direito das Relações Sociais, do Curso de Direito e do Mestrado e Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa- UEPG. Juíza do Trabalho.



Adriana de F. Pilatti Ferreira Campagnoli

Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná –PUC/PR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professora Assistente do Departamento de Direito do Estado, do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa- UEPG. Advogada.

incluídos os deficientes, bem como das normas que garantem este direito. Dando sequência ao estudo proposto, trata-se da discriminação da pessoa com deficiência e como isso vem a refletir na sua participação no mercado laboral.

Para finalizar e como elo de ligação com os tópicos iniciais, faz-se uma análise do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, tendo como elemento central a análise de medidas que visem o cumprimento das normas inclusivas na sociedade brasileira. O enfrentamento desta questão é feito através de consulta a dados que atestem a participação de deficientes no mercado de trabalho, bem como de medidas positivas que têm contribuído para a efetividade das normas legais.

O caminho trilhado no presente estudo, utilizado em Ciências Sociais, pauta-se pela pesquisa qualitativa, através do método hermenêutico-dialético, utilizando somente dados retirados de fontes bibliográficas.

A hipótese que se buscou comprovar é a necessidade da existência de participação efetiva do Estado, dos empregados e empregadores para que se possa viabilizar o pleno acesso de pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS - OS DIREITOS SOCIAIS E O CAMINHO TRILHADO NO ESTADO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais têm sua gênese diretamente ligada à consideração do indivíduo como sujeito de direito, tratando-se de uma proteção contra os ataques do poder, abarcando a abertura do processo político e se constituindo como uma esfera própria de autonomia. Revestem-se de função democrática, pois o

seu exercício se materializa pela contribuição e participação de todos os cidadãos e estão entrelaçados ao desenvolvimento do Estado moderno, sendo que sua trajetória apresenta como ponto central, o surgimento do Estado Moderno Constitucional, cuja essência e razão de existir estão no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem¹.

A partir de tais considerações e fazendo uma retrospectiva acerca do tema, tem-se que a evolução dos direitos inerentes à pessoa humana apresenta-se de forma lenta e gradual, não tendo sido reconhecidos todos de uma vez e nem de uma vez por todas². Não se tratam de um dado, mas de um constructo³, resultando de constantes lutas contra o poder, o desmando e estando em constante processo de construção e reconstrução.

Pode-se reconhecer o movimento iluminista como aquele que reavivou a consciência sobre os direitos ligados à condição humana e a Revolução Francesa como um movimento que prestou sua contribuição para a constitucionalização de direitos civis e políticos, considerados direitos de primeira dimensão, e o alvorecer de um Estado Constitucional de Direito, cuja característica principal é a limitação e a divisão do poder do Estado. A partir de então, os direitos fundamentais marcham para

1 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 36.

2 BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 32.

3 ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p. 440.

um processo evolutivo de agregação, sendo classificados em dimensões, termo alusivo ao caráter de complementariedade de tais direitos⁴. Nesta esteira, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda dimensão, pois fundados no ideário de igualdade, de melhoria das condições de vida e da sociedade, vinculados com a educação, a cultura e a melhoria das condições de trabalho.

Diante disto, tem-se que os direitos sociais representam conquistas de movimentos ao longo dos séculos. O seu reconhecimento no âmbito internacional se consolidou através de documentos como a Declaração Universal de Direitos do Homem (1948) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

No âmbito nacional, um grande marco para os direitos sociais foi a CR de 1988, ao se propor a instaurar um Estado Democrático de Direito, fundamentado no valor supremo da dignidade da pessoa humana. Convém relembrar que o Brasil viveu, desde 1964 e durante 21 anos sob um governo militar, que teve interferência em todos os setores da sociedade, eliminando o Estado de Direito e, por consequência, a proteção da liberdade, da dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade e a realização da igualdade. Este período foi marcado pela repressão da participação da população no processo político e das garantias constitucionais, com verdadeiros abusos de poder, tendo sido banidos todos os direitos fundamentais em prol de um governo autoritário.

Desta forma, foi com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1986, que se deu o primeiro passo para a concretização do grande anseio de se elaborar uma Constituição que assegurasse direitos e garantias até então inexistentes. E isso foi concretizado com a promulgação da CR, no dia 5 de outubro de 1988, que consagrou os direitos fundamentais, em seu título II e dedicou o segundo capítulo deste (artigos 6º a 11) para tratar dos direitos sociais.

Ao utilizar a nomenclatura direito social para tratar de direitos ligados a educação, a saúde, a alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, o constituinte visou justamente a oposição ao direito individualista. Assim, direitos sociais são considerados os direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como liberdades positivas que devem ser obrigatoriamente observadas em um Estado Social de Direito e têm por finalidade a melhoria das condições de vida de hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social⁵.

Desta forma, o Estado Social veio a consolidar o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais. Contudo, existe um grande vácuo entre a declaração de tais direitos e a sua concretização efetiva, em especial quando estamos diante de situações peculiares, como é o caso dos portadores de deficiência, conforme será tratado a seguir.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. **Op Cit.** p. 37.

5 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 204.

3 O TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL E AS PESSOAS COM DE DEFICIÊNCIA

A CR, também denominada de Constituição Cidadã marcou um processo de redemocratização do Estado brasileiro e se constitui numa legislação mais avançada em relação aos direitos e garantias fundamentais. Nela, o trabalho foi considerado como meio legítimo de se assegurar uma vida digna a todas as pessoas, do que se pode compreender que o labor alçou o *status* de meio hábil a garantir a alimentação, saúde, educação, moradia, lazer, seguro social, enfim, a possibilidade de progresso e realização pessoal e coletiva dentro do meio social⁶.

Desta forma, o direito ao trabalho é parte da condição de dignidade da pessoa humana e integra o que se chama de mínimo existencial. E este direito está assegurado em igualdade de condições a todas as pessoas, independente de qualquer especificidade, estando aí incluídos os deficientes. A Organização das Nações Unidas (ONU) propôs a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência⁷, que representa um marco no processo de institucionalização da preocupação

em assegurar igualdade de condições de participação na vida comunitária, das pessoas com deficiência em relação aos demais membros da coletividade. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) promulgou a Convenção nº 159, que trata da necessidade da adoção de medidas capazes de fomentar e favorecer o acesso dos portadores de deficiência a oportunidades de ocupação produtiva, através da formulação e implementação de políticas nacionais ativas de apoio a esse grupo social na obtenção e conservação de um emprego adequado⁸.

Engajado neste propósito o Brasil ratificou a Convenção da OIT, através da Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989. Também foi signatário da Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, que prevê a necessidade dos Estados tomarem medidas a fim de eliminar quaisquer formas de discriminação relacionadas a pessoas portadoras de deficiência, proporcionando a sua plena integração na sociedade, aí incluída a esfera laboral, e que foi internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 3.956 de 8 de outubro de 2001.

Destaque-se que os propósitos assumidos internacionalmente estão consolidados em normas constitucional e infraconstitucionais. O artigo 3º da CR prevê como dever do Estado a promoção do bem-estar de todos, sem distinções em razão de origem, raça, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. Também, o inciso XXXI do artigo

6 FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho:** um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. 2006. Tese (Doutorado Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2006-08-08T13:53:41Z-2445/Publico/MariaHemiliaFonseca.pdf>, p. 183. Acesso em 15 jun. 2015.

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos direitos das pessoas deficientes.** Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1975. Disponível em:< http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdfResolução XXX/3447, aprovada em 1975>. Acesso em 17 jun. 2015.

8 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos:** o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

7º do mesmo diploma legal proíbe qualquer ato discriminatório quanto ao salário e critérios de admissibilidade do trabalhador com deficiência. Já o inciso VIII do artigo 37 reserva percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, além de definir critérios de sua admissão. A Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 dispõe sobre a Política Nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, prevendo, em situações determinadas, a obrigatoriedade de contratação de pessoas portadoras com deficiência ou beneficiárias reabilitadas, independentemente do tipo de deficiência ou de reabilitação, inclusive com imposição de multas em caso de descumprimento. E foi instituída a política nacional de cotas empregatícias para portadores de deficiência, através da Lei nº 8.213 de 24 de julho 1991, também denominada Lei de Cotas, no que pertine ao assunto ora abordado.

Mesmo diante de tais previsões, o que se vê é que a discriminação ainda se configura como um obstáculo ao acesso para pessoas com deficiências, pois impede que o sujeito venha a exercer seus direitos fundamentais, estando aí incluído o direito ao trabalho, seja pela falsa informação de não terem competências para tanto, ou pela falta de oportunidades e condições específicas o cumprimento das normas já estabelecidas.

Desta forma, a grande questão que se apresenta é que não basta a previsão normativa de igualdade de tratamento às pessoas com deficiências, é necessária a participação e fruição deste direito por todos os interessados, indistintamente. Isso requer que se tenha, em primeiro lugar a consciência da existência

de tais direitos e, aliado a isso, a garantia de participação naquilo que a sociedade produz, ou seja, a extensão dos direitos reconhecidos a todos os atores da sociedade.

Portanto, assegurar a efetividade do direito ao trabalho dos portadores de deficiência é um grande desafio. É necessário ultrapassar o campo das intenções para o campo da concretização. O primeiro passo para que se atinja esse propósito já foi dado, através das normas citadas. Mas a isso têm que ser aliadas ações concretas, no sentido de permitir que as pessoas com deficiência tenham condições de acesso ao trabalho, em igualdade de condições.

Nesta esteira, em que pese o trabalho ser considerado como direito fundamental social, a realidade aponta para inúmeros problemas, dentre os quais o número ainda reduzido de pessoas com deficiência que se colocam no mercado de trabalho. Mesmo com a promulgação das citadas leis, a oportunidade para a pessoa deficiente ter acesso ao mercado de trabalho ainda caminha a passos lentos, necessitando de impulsos para que venha atingir o seu objetivo principal, que é a participação ativa destas pessoas no universo laboral.

4 DISCRIMINAÇÃO

A discriminação consiste numa ação ou omissão violadora de direitos, com base em critérios injustificados e injustos como raça, sexo, crença, nacionalidade, aptidões, entre outras⁹. Partindo-se de tal conceito, pode-se

9 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini-aurélio século XXI: o mini dicionário da língua portuguesa**. Coord. ANJOS, Margarida dos e FERREIRA, Marina Baird et aut. 4 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova

afirmar que a discriminação acontece quando uma política ou prática, que por ser concebida de determinada forma, ou em razão de seu resultado impacta desproporcionalmente sobre uma determinada categoria de pessoas, estigmatizando-as. Pode-se afirmar que a discriminação se consolida como um obstáculo de acesso a um determinado grupo de pessoas, com características que o diferencia das demais, impedindo que possa exercer plenamente os seus direitos.

Muito embora exista todo um arcabouço normativo e teórico a respeito da não discriminação, a começar pela CR e passando por normas infraconstitucionais e tratados internacionais, a pessoa portadora de deficiência esteve e está sujeita a muitos estigmas.

Ressalte-se que a pessoa com deficiência ainda em tempos recentes era considerada como incapaz para uma vida independente e o trabalho¹⁰. Isto se apresentava como um equívoco, uma vez que a definição de pessoa deficiente não pode ser feita a partir da aferição da falta de um membro, ou da visão, por exemplo, mas em razão de sua dificuldade de integração social, em face de determinadas limitações impostas¹¹. A utilização imprópria

da terminologia afrontava diretamente o movimento mundial pela inclusão social dos portadores de deficiência, travado na luta de reconhecer e enaltecer as suas potencialidades¹².

Mesmo estando em constante construção a concepção de pessoa com deficiência, pode-se citar como positiva e como um grande avanço a alteração introduzida pela Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011, que deu nova redação ao § 2º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)¹³. Esta norma conceituou o portador de deficiência, em conformidade com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, como as pessoas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas¹⁴.

Assim, o deficiente deixou de ser tratado como uma pessoa desprovida de qualquer habilidade para a vida independente e passou a ser visto como alguém que apresenta

.....
Fronteira 2000, p. 239.

10 Redação dada ao § 2º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que usava o termo deficiência como sinônimo de incapacidade, ao estipular que pessoa portadora de deficiência era aquela incapacitada para a vida independente e o trabalho.

11 CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. **Proteção social na forma não contributiva a idosos e deficientes: avanço interpretativo oriundo do Poder Judiciário**. In: MENEGOTI, Daniela; BENACCHIO, Marcelo (Coord). Conpedi (Org.). Direitos sociais e políticas públicas II

.....
[Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 14.

12 FÁVERO. Eugênia Augusta Gonzaga. **Avanços que ainda se fazem necessários em relação ao benefício assistencial de prestação continuada** In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 181.

13 BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em 18 jun. 2015.

14 CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. **Op. Cit.**, p. 14.

características diferenciadas e determinados impedimentos que, dependendo do grau de afetação está apto para o exercício de inúmeras atividades, inclusive para a vida independente e o trabalho.

Ressalte-se que a CDPD reconhece, no seu artigo 27, o trabalho e o emprego da pessoa com deficiência como direito inalienável, indicando mecanismos para se alcançar o pleno emprego e igualdade de oportunidade com as demais pessoas. Dentre tais medidas estão elencados o acesso a programas de formação e qualificação continuados e a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado de trabalho¹⁵.

Desta forma, faz-se necessária a constante luta pelos direitos das pessoas com deficiência, dentre os quais, a sua inclusão no mercado de trabalho, objeto do presente estudo, através do cumprimento das normas em vigor que oportunizam o emprego. Somente assim se alcançará a inserção da pessoa com deficiência, que enquanto sujeito ativo na sociedade pode ser produtivo, desde que seja aproveitado em atividades adequadas ao seu grau de deficiência.

Saliente-se que a inclusão social é a palavra-chave que deve nortear todo o sistema de proteção institucional da pessoa com deficiência no Brasil. Ela implica na ideia de que há um débito social secular a ser resgatado em face dessas pessoas. Há necessidade de remoção, tanto de barreiras físicas quanto de atitudes, pois estes obstáculos, que são opostos pelo conjunto da sociedade, excluem o acesso dessa minoria a direitos fundamentais

15 *Ibid.*, p. 18-19.

básicos. Cabe, portanto, a toda a sociedade a implementação de ações, combinado a esforços públicos e privados para que a aludida inclusão se realize.

5 DIREITO AO TRABALHO DOS DEFICIENTES

Como primeira premissa, há que se considerar que, no mundo capitalista todos necessitam de dinheiro para prover a subsistência. Esta hipótese não é diversa quanto se refere a pessoas com deficiência, pois também precisam se sustentar. E o trabalho se mostra como o instrumento hábil a concretização desta premissa, indo muito além do sustento, ou seja, representando um instrumento de promoção de dignidade, realização pessoal e profissional¹⁶.

A própria CR prevê no artigo 6º o direito ao trabalho, e o garante aos deficientes, uma vez que no inciso XXXI do artigo 7º traz a proibição de discriminação em relação ao trabalhador portador de deficiência, dando a necessária proteção a este, ao vedar a diferenciação salarial, bem como quanto aos critérios de admissão, trazendo, desta forma, a sua inclusão no mercado de trabalho. Além dos dispositivos constitucionais, outras normas vigoram, com o intuito de proteger o mercado de trabalho do deficiente, conforme já elencado em item anterior. Contudo, o presente estudo não tem a pretensão de discutir os aludidos dispositivos normativos, mas a sua aplicabilidade e eficiência no contexto laboral.

16 ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. 3. ed. Brasília:CORDE- Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 2001. Disponível em: <<http://www.grupos25.org.br/download/aprotecao.doc>>. Acesso em: 19 jun.2015.

Assim, para que se possa seguir adiante com a proposta, a segunda premissa parte de dados obtidos junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quanto ao Censo de 2010¹⁷, que apontou que, dos 86,4 milhões de brasileiros ocupados, 20,4 milhões apresentavam ao menos alguma deficiência, seja visual, auditiva, motora, mental ou intelectual, o que representava um percentual de 23,6 % da população ocupada.

Apesar do percentual de deficientes inseridos no mercado de trabalho ainda estar aquém do desejado, o IBGE analisou o resultado como positivo e cogitou que este pode ter ocorrido em virtude de políticas inclusivas, como é o caso da Lei de Cotas¹⁸, datada de 24 de julho de 1991 e que estabelece em seu artigo 93, a obrigatoriedade a empresa com 100 ou mais de preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com pessoas com deficiência e reabilitadas, na seguinte proporção do número total de empregados: até 200, 2%; de 201 a 500, 3%; de 501 a 1.000, 4%; de 1001 e acima, 5%. Também, referida norma prevê que, no caso de ruptura de vínculo de empregados com deficiência – no caso de despedida imotivada ou ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, o cargo deverá ser ocupado

por outra pessoa nas mesmas condições¹⁹. Esta última disposição, se trata de uma garantia de emprego, não de caráter pessoal, mas sim prevendo a contratação de outra pessoa com deficiência, como se fosse uma espécie de reserva de mercado.

Esta inclusão obrigatória de trabalhadores com deficiência, na contratação pelo empregador com 100 ou mais empregados, se tratou de um avanço legislativo. Este é um dos casos, onde o empregador praticamente se vê compelido a contratar um determinado percentual de trabalhadores, e sua vontade não é totalmente livre, justamente pela obrigatoriedade.

Contudo, apesar das expectativas positivas e da exigência legal de cotas para trabalhadores com deficiência, a participação destes no mercado de trabalho, em 2010, ainda era baixa quando comparada à das pessoas sem deficiência. Isso se justifica porque o referido Censo apurou que 44.073.377 pessoas eram portadoras de, pelo menos uma deficiência em idade ativa. Daí concluiu que, 23,7 milhões de pessoas com deficiência, em idade laboral, não estavam ocupadas, ou seja, mais da metade do número total²⁰.

O referido Censo ainda apurou que o maior contingente de pessoas ocupadas na semana de referência foi representado pelo grupo na faixa etária de 40 a 59 anos. Ainda, constatou que a população feminina apresentava menores níveis de ocupação em todos os tipos de deficiência investigados (57,3%

17 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNP. Coordenação-geral do sistema de informações sobre a pessoa com deficiência. **Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência**. Disponível em <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>, p. 18-26. Acesso em 18 jun. 2015.

18 BRASIL. Lei nº 8.213/1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 19 jun. 2015.

19 Artigo 93, § 1º da Lei nº 8.213/1991.

20 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR. **Op. cit.**, p. 18-26.

para os homens e 37,8% para as mulheres)²¹.

Além do fator percentual de deficientes empregados, o Censo levantou dados acerca de renda, donde concluiu que as pessoas deficientes tinha rendimentos menores que as pessoas sem deficiências e isso se dava em função de vários fatores, dentre eles a educação e a acessibilidade²².

Merece ser referenciado, neste aspecto, que felizmente os números estão em ascensão, ainda que a passos lentos. Dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)²³ apontam que entre os anos de 2011 a 2014 mais de 153 mil pessoas com deficiência chegaram ao mercado de trabalho. Também, em consonância com os dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), no ano de 2013 foram criados 27,5 mil novos empregos para pessoas com deficiência, o que representou um aumento de 8,33%, na participação desse grupo no mercado de trabalho²⁴.

Neste compasso, ao se analisar as duas premissas acima, pode-se concluir que iniciativas legais, como aquelas já citadas no presente ensaio, estando aí incluída a Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, aliadas a fiscalização do trabalho, contribuíram para o aumento do

número de inserção de pessoas com deficiência e beneficiários no mercado laboral. Como exemplo de medidas fiscalizatórias que visam incluir pessoas com deficiência e beneficiárias reabilitadas da Previdência Social no mercado de trabalho, pode-se citar a Instrução Normativa nº 98, de agosto de 2012, do MTE, que, além de especificar como se dará a caracterização da pessoa com deficiência, regulamenta ações de fiscalização e uniformização dos procedimentos adotados pelo referido Ministério, bem como prevê formas de combate a práticas discriminatórias²⁵.

De acordo com a instrução acima referida, os auditores fiscais do trabalho fazem com que as empresas alcançadas pela Lei de Cotas se obriguem a contratação de pessoas com deficiência nos percentuais referidos na norma, além de acompanharem e adaptação destes no ambiente de trabalho e eventual desligamento. Também incentivam as empresas a promover a qualificação das pessoas com deficiência contratadas, através de reuniões locais com empregadores e com entidades qualificadoras.

Ante as considerações feitas, tem-se que os problemas enfrentados por pessoas com deficiência assolam a toda a população, pois o desenvolvimento sustentável do Brasil depende da inclusão de todos, da participação laboral de forma indistinta, não sendo permitido que

21 *Ibid.*, p. 18-26.

22 *Ibid.*, p. 18-26.

23 BRASIL. Portal Brasil. Economia e Emprego. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/06/fiscalizacao-amplia-insercao-de-pessoas-com-deficiencia-no-pais>>. Acesso em 20 jun. 2015.

24 Com esse resultado, o número de vagas ocupadas por deficientes em 2013 chegou a 357,8 mil. BRASIL. Portal Brasil. Economia e Emprego. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/06/fiscalizacao-amplia-insercao-de-pessoas-com-deficiencia-no-pais>>. Acesso em 20 jun. 2015.

25 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Instrução Normativa n. 98 de 15 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D38CF4A29013958ED13C00CC0/Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20n.%C2%BA%2098%20\(Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o_Deficientes\).pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D38CF4A29013958ED13C00CC0/Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20n.%C2%BA%2098%20(Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o_Deficientes).pdf)> Acesso em 18 jun. 2015.

indivíduos ou grupos fiquem fora do processo.

Assim, a evolução normativa protetora de pessoas com deficiência, aliada a políticas públicas eficientes, que visem, além de resguardar o direito de dita categoria, torná-los efetivos, se apresentam como alternativas viáveis na tentativa de redução da realidade, ainda excludente, da participação de deficientes no mercado de trabalho.

O Estado, além de fiscalizar o cumprimento da norma, como citado, na esfera judicial também busca a efetividade da determinação legal. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, o ajuizamento das ações em face de empregadores que não cumprem as cotas para trabalhadores com deficiência, segundo o artigo 6º da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993.

Diante do exposto tem-se que somente através de ações articuladas dos trabalhadores, Poder Público e empregadores é que o labor se mostrará como um fator efetivo de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, que deve estar preparada para lidar com a diversidade humana.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais, considerados como direitos fundamentais de segunda dimensão fundam-se no ideário de viabilização de melhoria das condições de vida de hipossuficientes. Com isso, visam a concretização da igualdade social, entrelaçando-se vigorosamente com o princípio da dignidade humana.

Devido a importância e complexidade do tema, os direitos sociais vêm recebendo especial atenção, sendo que neste estudo, ao se fazer um exame sobre a inclusão de pessoas com

deficiência no mercado de trabalho, verificou-se que, apesar das garantias constantes em instrumentos internacionais assinados pelo Brasil e devidamente internalizados, além de normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem tal direito, existe um vácuo entre o disposto nos textos normativos e a realidade apresentada. Isto quer dizer que, muito embora o direito ao trabalho seja um direito fundamental social previsto na Lei Maior, dotada de supremacia perante as demais normas, há uma parcela da sociedade que não tem amplo acesso ao mesmo, especialmente as pessoas com deficiência.

Assim, a grande preocupação que assolou durante toda a pesquisa não se pautou na consolidação do direito social ao trabalho do deficiente, uma vez que já garantido através de inúmeras normas, mas sim a sua concretização. Um dos fatores que dificultam este processo é a discriminação a que tais indivíduos estão expostos, pois ainda recentemente eram considerados como pessoas incapazes para o trabalho e uma vida independente, estando ainda em construção uma nova concepção do que significa ser deficiente.

Os dados estatísticos levantados apontaram que mais da metade das pessoas em idade laboral e com deficiência, no ano de 2010, estavam fora do mercado de trabalho. Também, se verificou que a situação está em ascensão, mas ainda a passos lentos. Isto demonstra que, no Brasil, a inclusão social da pessoa com deficiência ainda não está viabilizada.

Considerando-se que o trabalho é tido como um fator determinante no desenvolvimento de qualquer Nação, pois é a principal fonte de manutenção do sustento, além de representar um instrumento de

promoção de dignidade, realização pessoal e profissional, denota-se a necessidade de serem tomadas medidas que viabilizem o cumprimento deste direito social fundamental.

E o que se propõe, como solução a questão, são ações articuladas do Estado com os empregados e empregadores, a fim de se fazer cumprir as normas inclusivas já existentes, o que implicará numa oportunidade de acesso ao mercado laboral de pessoas com deficiência, representando uma forma de inclusão social com resultados que certamente serão favoráveis a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 3.ed. Brasília: **CORDE- Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência**. 2001. Disponível em: <<http://www.grupos25.org.br/download/aprotecao.doc>>. Acesso em: 19 jun.2015.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Instrução Normativa n. 98 de 15 de agosto de 2012. Disponível em: <[\[caliza%C3%A7%C3%A3o_Deficientes\\).pdf\]\(#\)> Acesso em 18 jun. 2015.](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D38CF4A29013958E-D13C00CC0/Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20n.%C2%BA%2098%20(Fis-</p>
</div>
<div data-bbox=)

_____. Portal Brasil. Economia e Emprego. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/06/fiscalizacao-amplia-insercao-de-pessoas-com-deficiencia-no-pais>>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD. Coordenação-geral do sistema de informações sobre a pessoa com deficiência. **Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência**. Disponível em <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>, p. 18-26. Acesso em 18 jun. 2015.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. **Proteção social na forma não contributiva a idosos e deficientes: avanço interpretativo oriundo do Poder Judiciário**. In: MENEGOTI, Daniela; BENACCHIO, Marcelo (Coord). Conpedi (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas II* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: FUNJAB, 2014.

FÁVERO. Eugênia Augusta Gonzaga. **Avanços que ainda se fazem necessários em relação ao benefício assistencial de prestação continuada** In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini-aurélio século XXI: o mini dicionário da língua portuguesa.** Coord. ANJOS, Margarida dos e FERREIRA, Marina Baird et aut. 4 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 2000.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho:** um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. 2006. Tese (Doutorado Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2006-08-08T13:53:41Z-2445/Publico/MariaHemiliaFonseca.pdf>, p. 183. Acesso em 15 jun. 2015.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos:** o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos direitos das pessoas deficientes.** Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1975. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf Resolução XXX/3447, aprovada em 1975>. Acesso em 17 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

O HIV E A AIDS: PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E ESTIGMA NO TRABALHO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther

Sumário: 1 OS VOCÁBULOS DISCRIMINAÇÃO, PRECONCEITO E ESTIGMA; 2 TERMINOLOGIA E METÁFORA: ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS, MÉDICOS, BIOLÓGICOS E ESTATÍSTICOS; 3 AS CONVENÇÕES NºS 111 E 159 DA OIT, A RECOMENDAÇÃO Nº 200 E O CÓDIGO DE PRÁTICAS SOBRE HIV/AIDS; 4 DISCRIMINAÇÃO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO E DURANTE O VÍNCULO, ANULAÇÃO DA DISPENSA E RESCISÃO INDIRETA. A PRESUNÇÃO DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. JULGADOS; 5 REFERÊNCIAS.

1 OS VOCÁBULOS DISCRIMINAÇÃO, PRECONCEITO E ESTIGMA

Quando se deseja conhecer um assunto por inteiro torna-se necessário, em primeiro lugar, examinar o verdadeiro sentido das palavras que o envolvem. Não se pode falar no tema HIV/AIDS sem entender o significado dos vocábulos discriminação, preconceito e estigma, que guardam sentidos distintos.

Quando mencionamos a palavra *discriminação* devemos levar em conta

aspectos subjetivos e objetivos. O elemento subjetivo relaciona-se à intenção de discriminar. De outro lado, o elemento objetivo caracteriza-se pela preferência efetiva por alguém em detrimento de outro “sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado”. Esse comportamento revela “uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores importantes”¹.

Quanto ao momento do ato considerado discriminatório, parece hoje não haver mais dúvidas, no âmbito trabalhista, que práticas discriminatórias podem ocorrer “na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa, quando configurada ofensa à dignidade do trabalhador e ao princípio da igualdade”².

A proibição da prática discriminatória no emprego tem fundamento no inciso XXX do

1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 405.

2 Idem.



Luiz Eduardo Gunther

Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Desembargador do Trabalho junto ao TRT da 9ª Região; Doutor em Direito do Estado pela UFPR; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná, do Centro de Letras do Paraná e da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho – ALJT.

artigo 7º da CF/88, nas Convenções nºs 111 e 117 da OIT e na Lei nº 9.029/95. Nesses registros normativos, porém, não se considera como fator de discriminação o estado de saúde. Possível é, no entanto, por interpretação extensiva ou aplicação analógica, aplicar essa normatividade “quando o fator de discriminação é o estado de saúde do empregado”³.

Os casos mais frequentes de discriminação por motivo de saúde ocorrem “nas hipóteses de lesões por esforço repetitivo (LER) e as de síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS, *rectius*: SIDA)”⁴.

Considera-se possível juridicamente, também, fundamentar pela aplicação da regra proibitiva a tais hipóteses no sentido de que “a enumeração legal é meramente exemplificativa, e não taxativa ou limitativa”⁵.

Na fase pré-contratual, vale dizer, no momento do processo de seleção dos candidatos a emprego, pode-se caracterizar o ato discriminatório até mesmo na análise da codificação genética do candidato com o objetivo de averiguar se este é portador do vírus HIV. Embora o ordenamento jurídico brasileiro não possua “norma que vede esta conduta ao empregador”, certamente que se pode considerá-la “injurídica por força da vedação discriminatória”⁶.

O ordenamento jurídico brasileiro possui como uma de suas vigas mestras, em matéria de direitos fundamentais, “a vedação

de discriminação injustificada”. Nesse sentido, a dispensa discriminatória “do portador de LER ou do vírus HIV deve ser sancionada com a decretação de nulidade do ato patronal, com a conseqüente reintegração”. Essa reintegração determinada judicialmente mais se justifica “na regra interpretativa de máxima eficácia dos preceitos que asseguram os direitos fundamentais”⁷.

Ao comparar o portador de LER (ou DORT) com o portador do vírus HIV/AIDS, Marcus Aurélio Lopes explicita como o empregado acometido por doença acaba estigmatizado no seu ambiente de trabalho, pois se confunde a vítima de doença com o funcionário inapto, pouco produtivo, ineficiente. Nessas situações, revela-se que o portador de LER/DORT e do vírus HIV/AIDS:

Sofre de uma patologia oculta, que impede o pleno desenvolvimento da atividade laboral, mas não o incapacita totalmente. De outro lado, implica numa alteração do comportamento do paciente, confundida quase sempre como desídia ou baixo desempenho, resultando invariavelmente no desempenho do trabalhador. Em comum, as doenças revelam-se altamente estigmatizantes para o trabalhador.⁸

Consoante explicita Larissa Renata Kloss, a discriminação ilícita, injustificada ou negativa “demonstra o repúdio às diferenças,

3 ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012. p. 328.

4 Idem.

5 Idem.

6 Ibidem, p. 329.

7 Ibidem, p. 329.

8 LOPES, Marcus Aurélio. **Discriminações nas relações de trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2002, p. 267-268.

à diversidade de características existentes na condição humana”. Objetiva utilizar as diferenças “para prejuízo de outros indivíduos ou de minorias menos favorecidas”, isto é, “de pessoas que não possuem características que correspondem àquelas consideradas fortes ou vantajosas na realidade”⁹.

A palavra estigma possui um sentido negativo, tratando-se de um fator de diferenciação normalmente injustificado, gerando conseqüentemente a exclusão social e a invisibilidade em relação às qualidades do indivíduo¹⁰.

O estigma, sem dúvida, produz um descrédito relativamente ao indivíduo, reduzindo as suas possibilidades de vida¹¹.

Não é demais insistir na afirmação de que os empregados excluídos do mercado de trabalho suportam duas espécies de doença, sendo uma delas o preconceito com que são tratados:

Nesse cenário nada animador, dois grupos parecem sofrer os efeitos da falta de ocupação mais que os outros: os trabalhadores sem qualificação, pois o mercado, por força da implantação de novas tecnologias na produção, cada vez menos exige a sua presença, e

os que, por diversas razões, pertencem a grupos que são alijados do processo produtivo.

Tratando especificamente desse último grupo, padece ele da falta de trabalho por conta de ‘doença’ que persegue parte da humanidade desde o início dos tempos: o preconceito.¹²

Tomando-se por base a Convenção nº 111 da OIT, torna-se possível entender a discriminação como todo “o tratamento injustificavelmente diferenciado dispensado a determinada pessoa ou grupo de indivíduos, atuando como fator de redução de oportunidades no seio social”¹³.

Esses empregados, assim, passam a ser estigmatizados, suportando “um sistemático tratamento diferenciado”, tornando-se “duplamente vitimizados, tanto pela enfermidade que os acomete, quanto pela discriminação a eles voltada”¹⁴.

A discriminação e o estigma transparecem na atividade empresarial onde o trabalhador é candidato ao emprego ou já desenvolve os seus serviços. Pode a discriminação “se dar no ingresso em um emprego”, momento em que algumas empresas “procuram se certificar de que o candidato não possua doença grave ou preexistente, principalmente em se tratando

9 KLOSS, Larissa Renata. A tutela inibitória como meio de evitar a discriminação do trabalho da mulher. In GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2010. V. III. p. 324.

10 BACILA, Carlos Roberto. **Estigma** – um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 28.

11 GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 7.

12 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 15-16.

13 ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. Discriminação no trabalho: o caso dos empregados vítimas de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais. In GUNTHER, Luiz Eduardo. SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010. V. III. p. 223.

14 Ibidem, p. 239.

de AIDS”¹⁵. Quando a empresa ou os colegas de trabalho tomam conhecimento “de que o empregado é portador da doença, a situação se agrava”. Dessa maneira, sofre, o empregado soropositivo, “a estigmatização das diferenças e a segregação injustificada”, o que ocasiona “manifesto prejuízo ao bem-estar e à paz sociais, imprescindíveis à sociedade justa e fraterna preconizada na Constituição brasileira”¹⁶.

Por esses delineamentos pode-se ver o quanto afeta o ser humano a discriminação, o preconceito e o estigma. Essas palavras encontram-se presentes sempre que se examina a questão HIV/AIDS. O pleno conhecimento do sentido que se esconde por trás desses tratamentos é objeto do nosso estudo, não só no sentido linguístico, mas de suas consequências e reflexos na vida humana.

2 TERMINOLOGIA E METÁFORA: ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS, MÉDICOS, BIOLÓGICOS E ESTATÍSTICOS

Quais as palavras que devem ser usadas para designar quem está sofrendo por ser portador do HIV/AIDS? Qual é a metáfora que se esconde no entendimento do problema da contaminação? E os aspectos biológicos e médicos que devem ser compreendidos? As informações históricas e estatísticas que devem ser examinadas? Como devemos encarar essas

questões nos âmbitos sociológico e jurídico?

Durante algum tempo, o medo do contágio levou a uma consideração puritana sobre o tema, nos anos 90, culpando “a tolerância iniciada nos anos 60 pelo problema atual da AIDS”. Nesse sentido, por exemplo, não só os moralistas, mas também uma notória defensora da liberdade sexual, como a ensaísta e professora Camille Paglia, que se manifestou, em livro, no seguinte sentido:

Os anos 60 tentaram um retorno à natureza que acabou em desastre. Tomar banho nu e deslizar na lama de Woodstock por brincadeira foram uma espécie de sonho rousseauiano de vida breve. Minha geração, inspirada pelo espírito de revolta dionisíaca do rock, tentou fazer algo mais radical do que qualquer outra coisa desde a Revolução Francesa. Perguntávamos: por que devemos obedecer a essa lei? E por que não deveríamos seguir nosso impulso sexual? O resultado foi uma queda na barbárie. Descobrimos dolorosamente que uma sociedade justa não consegue realmente funcionar se todos fazem o que bem entendem. E da promiscuidade pagã dos anos 60 veio a AIDS. Todos de minha geração que pregaram o amor livre são responsáveis pela AIDS. A revolução dos anos 60 nos Estados Unidos entrou em colapso em razão de seus próprios excessos.¹⁷

15 RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira; BARACAT, Eduardo Milléo. HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da Recomendação 200 da OIT no Brasil. In RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 35.

16 Idem.

17 PAGLIA, Camille. Sexo, arte e cultura americana. Publicado no início de 1992, sem página. Apud TALESE, Gay. **A mulher do próximo**: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 8.

Indaga o jornalista Gay Talese, sobre essa observação: “Mas entrou mesmo em colapso”? E responde negativamente, pois, na sua ótica, ao contrário da opinião acumulada pelas pesquisas, duvida que os Estados Unidos dos anos 90 (com o devido respeito à ansiedade e ao medo provocados pela AIDS) estejam se submetendo a um novo puritanismo, “capaz de reprimir as tentações e os privilégios que pareciam tão chocantes quando se tornaram públicos, há trinta anos”¹⁸.

Ao precisar manifestar-se sobre a doença e o sofrimento, nem sempre o trabalhador revela tudo o que é necessário. Constata-se, na prática médica e na pesquisa a respeito da saúde, “a reticência maciça em falar da doença e do sofrimento”:

Quando se está doente, tenta-se esconder o fato dos outros, mas também da família e dos vizinhos. É somente após longas voltas que se chega, às vezes, a atingir a vivência da doença, que se confirma como vergonhosa: bastou uma doença ser evocada para que, em seguida, venham numerosas justificativas, como se fosse preciso se desculpar. Não se trata de culpa no sentido próprio que refletiria uma vivência individual, e sim de um sentimento coletivo de vergonha: ‘Não é de propósito que a gente está doente’.¹⁹

18 TALESE, Gay. **A mulher do próximo**: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 9.

19 DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992. p. 29.

Segundo Christophe Dejourns, emerge, nesse sentido, “uma verdadeira concepção da doença, própria ao meio”. Essa concepção resta dominada pela acusação, vale dizer, toda doença seria, de alguma forma, voluntária: “se a gente está doente, é porque é preguiçoso”²⁰.

A associação que tradicionalmente se apresenta entre doença e vagabundagem seria característica do meio. Desse modo, “um verdadeiro consenso social se depreende assim, que visa condenar a doença e o doente”²¹.

Historicamente, no Brasil, a Lei nº 7.670/88, em seu artigo 1º, incluiu a SIDA/AIDS²² como causa de concessão de licença para tratamento de saúde e conseqüente auxílio-doença, ou aposentadoria, independentemente de período de carência, para o segurado que, após a filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la²³.

Nos períodos de afastamentos o contrato de trabalho ficará suspenso. Na hipótese de falecimento do empregado, assegura-se pensão por morte aos seus dependentes. Na linha desses direitos previdenciários, essa mesma lei, no artigo 1º, item II, passou a permitir ao empregado portador da SIDA/AIDS o levantamento do FGTS, independentemente

20 Idem.

21 Ibidem, p. 29-30.

22 Segundo a UNAIDS (<http://www.unaids.org.br/>), Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS, a terminologia AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome) é adotada no Brasil, enquanto SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) é utilizada em outros países de língua portuguesa.

23 TURNES, Cassiane Terezinha. **Trabalhador portador do vírus HIV**: quem é o responsável? Monografia (Especialização em Direito do Trabalho) – UNICURITIBA, Curitiba, 2003. p. 19.

de dissolução do contrato de trabalho²⁴.

Dois casos jurisprudenciais, de origem estrangeira, citados pela autora mencionada, confirmam a tendência protetiva ao portador do vírus HIV. Nos Estados Unidos, um trabalhador não foi contratado, embora aprovado nos exames físicos e intelectuais pertinentes ao cargo, por haver revelado ao futuro empregador ser portador do vírus HIV. O Tribunal do Distrito de Columbia, em decisão proferida em 01.07.1992, ordenou que o trabalhador fosse admitido com o pagamento dos salários retroativos e que se lhe pagasse uma indenização pelo sentimento de angústia e dano moral, “bem como lhe fornecessem uma declaração assinalando a ilegalidade dessa classe de discriminação”²⁵.

O Tribunal de Direitos Humanos do Canadá, por outro lado, autorizou a rescisão indireta do contrato de trabalho de um empregado, cozinheiro de cantina, que confessou ser portador do vírus da AIDS. Como essa confidência foi divulgada entre os colegas de trabalho, o capataz recusou-se a provar a comida, advertindo à empresa de serviços de cantina que não seria possível conter os seus empregados se decidissem agredir o cozinheiro. O Tribunal considerou que a empresa deixou de fornecer instruções claras a respeito da AIDS no local de trabalho, o que gerou essa situação por causa dos preconceitos existentes. Condenou, dessa forma, a empresa a pagar ao cozinheiro indenização pela perda de salários e pelo dano à sua reputação, bem como a enviar-lhe uma

carta de desculpas²⁶.

Dentre os relatos sobre portadores de HIV, o filme *Filadélfia* apresenta-se como dos mais importantes. É a contribuição do cinema para o estudo do Direito. A obra se baseia em fatos reais, contando a história de um advogado, associado de um grande escritório, que é demitido em razão de os sócios descobrirem sua homossexualidade e, mais, que estava contaminado pelo vírus HIV. O advogado ingressa com uma ação por perdas e danos e no julgamento do caso em primeira instância recebe uma indenização, ocorrendo sua morte logo depois. A mensagem do filme é a imoralidade e a ilegalidade do preconceito contra os homossexuais, bem como a discriminação contra os pacientes com doença associada ao HIV. A postura das personagens é eficiente, através de um relato muito bem construído. Trata-se de um trabalho extremamente sensível e pedagógico sobre o tema aqui versado²⁷.

Como designar o portador do HIV? Segundo Mariana Ribeiro Santiago, os profissionais que lidam com a doença e a literatura especializada “desprezam a utilização do termo ‘aidético’ por considerar que traduz ideias negativas sobre a doença, reflete o preconceito e determina a exclusão social”²⁸.

Deve-se observar uma terminologia mais condizente com a dignidade humana do

24 Idem.

25 Ibidem, p. 21.

26 Ibidem, p. 22.

27 LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema**: relato de uma experiência didática no campo do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 71-82.

28 SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 29, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

enfermo, segundo a autora mencionada. Nesse sentido devem ser privilegiadas as expressões “pessoas soropositivas”, “portadores assintomáticos”, “portador do vírus HIV”, para pessoas que possuam o vírus, mas ainda não desenvolveram a doença. Para aqueles em que a doença já se manifestou as expressões mais adequadas seriam “doente de AIDS” ou “pessoa com AIDS”²⁹.

Aristóteles, em sua *Poética*, proferiu a definição mais antiga e sucinta sobre o sentido da palavra metáfora, dizendo: “a metáfora consiste no transportar para uma coisa o nome de outra”³⁰.

O termo AIDS – Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – não designa uma doença, e sim um estado clínico, “que tem como consequência todo um espectro de doenças”³¹. A própria definição de AIDS requer a presença de outras doenças, as chamadas infecções e malignidades oportunistas, ao contrário da sífilis e do câncer, “que fornecem protótipos para a maioria das imagens e metáforas associadas à AIDS”³².

A AIDS é muitas vezes ocultada, como tantas outras doenças que provocam sentimentos de vergonha, mas não do paciente. No caso do câncer, por exemplo, “a família frequentemente não revelava o diagnóstico; já com a AIDS, o mais comum é o paciente não

revelar o fato a seus familiares”³³.

Mas qual seria a metáfora que envolve a AIDS? A “peste” é a principal metáfora através da qual a epidemia da AIDS é compreendida. Por causa da AIDS, a ideia generalizada (embora absurda!) “de que o câncer é uma epidemia, até mesmo uma peste, parece estar desaparecendo”, o que parece dar o seguinte significado: “a AIDS banalizou o câncer”³⁴.

Quando se afirma o alastramento da doença torna-se necessário compreender que “uma coisa é enfatizar a ameaça que a doença representa para todos”, outra bem diferente é afirmar “que mais cedo ou mais tarde todos virão a ser afetados por ela, direta ou indiretamente”³⁵.

No primeiro caso (ameaça) trata-se de incitar o medo e confirmar os preconceitos, enquanto a segunda hipótese (afirmar que todos serão afetados) tem por objetivo diminuir os preconceitos e reduzir a estigmatização³⁶.

Eduardo Milléo Baracat considera insuficiente a análise da discriminação do trabalhador com HIV/AIDS sob o prisma exclusivamente ético-moral. Para isso revela as estatísticas que, de 1980 até junho de 2010, registraram 592.914 casos de AIDS, mostrando a taxa de incidência em torno de vinte casos por 100 mil habitantes. Também assinala a faixa etária em que a AIDS incide mais, “em ambos os sexos, de 20 a 59 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado

29 Idem, *ibidem*. p. 211.

30 ARISTÓTELES, *Poética*. Tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. São Paulo: Os Pensadores/Abril Cultural. 1973, p. 462, item 128.

31 SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas**. Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 90.

32 Idem.

33 *Ibidem*, p. 105.

34 *Ibidem*, p. 112.

35 *Ibidem*, p. 127.

36 *Ibidem*, p. 127.

de trabalho”³⁷.

Em outubro de 2012, Luciane Aparecida Conceição, 24 anos, considerada símbolo da luta contra a AIDS, por ter sido a primeira criança a receber o coquetel contra a doença, morreu em Sorocaba-SP. Tendo deixado de tomar os remédios, morreu das complicações decorrentes da ação do vírus HIV. Ela havia tomado uma decisão pessoal de não se tratar mais. Segundo relatos de sua história, adquiriu a AIDS no parto, “sua mãe foi infectada no oitavo mês de gravidez ao receber sangue contaminado”³⁸.

Sob o título “Vencida pela AIDS”, o jornal Folha de São Paulo relata que Luciane Conceição, que nasceu com HIV, foi a primeira criança do Brasil e uma das primeiras do mundo a receber coquetel contra a AIDS. Há cinco anos, segundo a notícia, decidiu que queria morrer e parou de tomar os remédios. Não queria mais viver com AIDS. Após ter sido abandonada pela mãe no parto, foi adotada quando tinha dois anos. Obteve uma decisão judicial para submeter-se ao tratamento indicado, até então, apenas para adultos. O uso dos remédios reduziu em 98,6% a presença da AIDS e antes de recebê-los já estava em fase terminal. Dezesesseis anos após a decisão da Justiça que permitiu a Luciana tomar os antirretrovirais, “a situação das crianças que nascem com HIV é bem diferente”. Avanços no cuidado com crianças infectadas pelo HIV levaram a mudanças na progressão da doença e menor mortalidade. Foi Luciane Conceição

quem abriu as portas para muitas crianças. Em 2008 Luciana teve uma filha, Vitória, “que nasceu sem o vírus da AIDS”³⁹.

Luiz Otávio Linhares Renault menciona que “algumas atividades poderiam ser preservadas”, sujeitas a um cuidado médico-científico maior, “no momento da contratação dos portadores do HIV”, mas em hipótese alguma como áreas proibidas ou intocáveis. As situações que poderiam aí enquadrar-se envolveriam “o cozinheiro de um colégio, de um restaurante ou de qualquer empresa, que fornece refeição para os seus empregados ou para terceiros; de enfermeiro; de um padeiro, etc.”⁴⁰.

Um outro aspecto importante a ressaltar é a possibilidade dos doentes trabalharem e serem úteis à sociedade sem perigo de contágio. Como salienta Luiz Otávio Linhares Renault, nem sempre o trabalhador nessa situação de doença fica impossibilitado de prestar os serviços. Por isso é necessário permitir-lhes, sem qualquer risco para os companheiros de trabalho, ou para a sociedade, “a ocupação de um posto de trabalho”. Justificável, portanto, a ordem judicial de reintegração, nessas situações de despedida discriminatória do portador do vírus HIV⁴¹.

Em entrevista concedida ao Jornal Gazeta do Povo de Curitiba, a médica

37 BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação do trabalhador com HIV/AIDS. **Jornal Gazeta do Povo**. 15.06.2011.

38 Morre a mulher que foi o 1º bebê a tomar coquetel anti-HIV. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 06.10.2012, p. 7.

39 VERSOLATO, Mariana. Vencida pela AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Ciência + Saúde. 06.10.2012. p. 7.

40 RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 130.

41 Ibidem, p. 129.

sanitarista Rita Esmanhoto menciona que, no início dos anos 90, quando foi trabalhar no Ambulatório de DSTs/AIDS do Hospital das Clínicas “ninguém queria atender lá. Havia muito medo e preconceito”. Segundo ela, “a AIDS é uma doença extraordinária do ponto de vista social”. A própria comunidade científica, quando aconteceram os primeiros casos nos Estados Unidos, rotulou a AIDS como “peste gay”, prestando “o maior desserviço ao carregar de preconceito uma questão que era de toda a humanidade”⁴².

Existe, sim, a possibilidade de o empregado ser contaminado pelo HIV no exercício de suas funções, embora remota a possibilidade. Para que isso não ocorra, há uma Declaração da OMS/OIT recomendando que “se tomem os cuidados necessários para evitar o perigo da transmissão de infecção sanguínea”. Tornam-se necessárias, em algumas situações, precauções especiais, concedendo-se roupas e equipamentos de proteção especial, “sem qualquer ônus para o empregado, informando-o sobre os riscos, por meio de dados científicos e ministrando-lhe formação profissional adequada”⁴³.

Quando impossível tomar as precauções especiais, pode o empregado “abster-se de realizar suas atividades no setor, aguardando as medidas cabíveis, ou postular a rescisão indireta do contrato, diante do perigo manifesto de mal considerável (art. 483 da CLT)”⁴⁴.

Em 2010, só no Estado de São Paulo, “a

AIDS matou quase nove pessoas por dia”. Há falta de campanhas e banalização da doença, que hoje é crônica. Uma campanha eficaz teria que dizer “que não existe milagre fora da prevenção”. Por isso, “o combate à AIDS tem que ser em todos os campos, de todas as formas, se quisermos realmente acabar com essa doença”⁴⁵.

Uma investigação sobre a AIDS nos Estados Unidos registrou as consequências das reduções nos gastos públicos. Segundo esse estudo, mais de 29.000 crianças nasceram com o vírus HIV, pela eliminação de programas de prevenção na transmissão de mães a filhos; 403.000 enfermos de AIDS deixaram de receber tratamento; 44.000 pessoas deixaram de ser tratadas de tuberculose; 1,1 milhão de crianças deixaram de receber vacinas combinadas; 419.000 crianças deixaram de receber outras ajudas, como educação e comida, que vinham do fundo para a luta contra a AIDS⁴⁶. Esses números mostram que, mesmo nos Estados Unidos, o país mais rico do mundo, existem desafios imensos quando se trata desse assunto.

Os médicos Caio Rosenthal (infectologista) e Mário Schefer (sanitarista) afirmam que “é possível derrotar a AIDS”, mas alertam: “ou o Brasil elimina o preconceito, para zerar a transmissão, ou se distanciará do sonho possível de vencer a AIDS”⁴⁷.

Esses profissionais relatam que “só no Brasil, a cada ano, são mais de 12 mil mortos,

42 ESMANHOTO, Rita. Entrevista. **Jornal Gazeta do Povo**, 04.09.2011. p. 9.

43 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 953.

44 Idem.

45 SUPLICY, Marta. Prova de amor. **Jornal Folha de São Paulo**. 03.12.2011. p. A-2.

46 GIACOSA, Guillermo. **Jornal Perú** 21. 23.11.2011. p. 17.

47 ROSENTHAL, Caio. SCHEFFER, Mário. É possível derrotar a AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. 01.12.2011. p. A-3.

35 mil novos doentes e incontáveis infecções”. Mas registram a melhor novidade, a evidência cabal de que o tratamento anti-AIDS, “iniciado no momento certo e seguido corretamente pelo paciente, praticamente impede a transmissão do HIV a um parceiro sexual”. Desse modo, além dos benefícios individuais, o tratamento passa a contribuir “decisivamente com a prevenção coletiva”⁴⁸.

Notícia de jornal do final de 2011 consigna que “a AIDS é mais mortal no sul do país”. Em 2010 morreram 11.965 pessoas em decorrência do vírus HIV. Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, juntos, registraram nove óbitos por HIV a cada 100 mil habitantes em 2010 contra 6,3 no país, segundo o Ministério da Saúde. No Paraná, em 2010, 559 pessoas morreram em decorrência do vírus HIV, o que dá uma média diária de 1,5 pessoa(s). O número foi 2,3% superior ao registrado em 2009, quando 546 doentes de AIDS perderam a vida. De 1980 (quando ocorreram os primeiros registros da doença no Brasil) até o ano de 2010, 9.219 pessoas morreram por causa da doença no Paraná. Mas qual seria a explicação para esses números? Segundo Mário Ângelo Silva, professor da Universidade de Brasília, essa preponderância de casos no sul se explicaria “pelo maior acesso aos testes de detecção do HIV na rede pública”⁴⁹. Os Estados das outras regiões estariam menos estruturados para esses exames.

Explicação diferente foi dada pelo Ministério da Saúde, que tem apenas hipóteses para explicar os altos números da infecção

no sul, “como a grande presença de drogas injetáveis na região há alguns anos”⁵⁰.

De outra parte, caem as mortes por AIDS e os novos casos da doença no mundo. Levando em conta a estimativa de infectados no Brasil, o tratamento atinge entre 69% e 79% do total. São portadores do vírus e não sabem entre 250 mil e 300 mil pessoas. Tendo em conta o aumento da sobrevivência, existem 34 milhões de pessoas portadoras do vírus HIV no planeta. No entanto, cada vez menos pessoas morrem de AIDS no mundo, graças ao aumento do acesso a medicamentos e à diminuição dos novos casos. Ocorreu uma queda de 21% em novas infecções pelo HIV desde o pico registrado em 1997. O auge das mortes anuais por AIDS ocorreu em 2005 e, desde então, houve uma queda de 18%⁵¹.

Há um alerta, contudo, do Professor da UNB e psicólogo Mário Ângelo Silva, referindo que o vírus avança entre jovens homossexuais entre 15 e 24 anos. Por isso a campanha lançada em 2011, na luta contra a doença, tinha como mote: “A AIDS não tem preconceito. Previna-se.” Os principais alvos dessa campanha foram os jovens e as mulheres com idades entre 13 e 19 anos. Segundo o professor, como há muito preconceito nas escolas, na área de saúde, na família e na sociedade de modo geral, o adolescente e o jovem homossexual tem baixa autoestima, “o que faz com que ele não se cuide”. Para a diretora do Centro de Informação em Saúde da Prefeitura de Curitiba Raquel Cubas, “o grande desafio é investir no

48 Idem.

49 AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011, p. 4.

50 NUBLAT, Johanna. Sul mantém taxas altas de novos casos e mortes por AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Saúde, 29.11.2011, p. C-8.

51 Idem.

diagnóstico precoce da AIDS⁵².

Antes de examinar o complexo tema HIV/AIDS sob o ângulo do Direito, foram introduzidas algumas considerações relevantes sobre os aspectos históricos e sociológicos. A análise da melhor terminologia e da apresentação do termo como metáfora, bem como alguns dos seus sentidos biológico e médico foram relatados, apresentando-se indicadores estatísticos reveladores.

Pintou-se um pano de fundo para apresentar a questão jurídica, inicialmente sob o ponto de vista da Organização Internacional do Trabalho.

3 AS CONVENÇÕES NºS 111 E 159 DA OIT, A RECOMENDAÇÃO Nº 200 E O CÓDIGO DE PRÁTICA SOBRE HIV/AIDS

Criada em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial, pela Parte XIII do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho consolidou-se neste século como o organismo internacional mais importante no que diz respeito ao mundo do trabalho. As Convenções nºs 111 e 159 da OIT e a Recomendação nº 200 são mencionadas para verificação do problema HIV/AIDS e suas soluções. Também se analisa o Código de Prática sobre HIV/AIDS e suas questões principiológicas. No final do item traz-se um julgado aplicando as regras convencionais da OIT.

A Organização Internacional do Trabalho na 99ª Reunião de sua Conferência anual, realizada em junho de 2010, aprovou a

Recomendação nº 200, que trata do vírus HIV e da AIDS. Essa Recomendação considera HIV o Vírus da Imunodeficiência Humana, que danifica o sistema imunológico humano, ressaltando que a infecção pode ser prevenida por medidas adequadas. Quanto à palavra AIDS, designa a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, resultante dos estágios avançados da infecção pelo HIV, caracterizando-se por infecções oportunistas ou cânceres relacionados com o HIV⁵³.

Para a Recomendação 200 da OIT, pessoa que vive com o HIV significa pessoa infectada pelo HIV. Nesse documento, o vocábulo discriminação exprime qualquer distinção, exclusão ou preferência que resulte em anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação, como referido na Convenção e na Recomendação sobre a Discriminação no Emprego e na Ocupação, de 1958. A palavra estigma relaciona-se à marca social ligada a uma pessoa, que causa marginalização ou significa obstáculo ao inteiro gozo da vida social pela pessoa infectada ou afetada pelo HIV⁵⁴.

Dentre os princípios gerais mais importantes, destacam-se aqueles relacionados: à garantia dos direitos humanos; ao local de trabalho; à proibição de discriminação e estigmatização; à prevenção e ao tratamento e proteção à privacidade. Quanto ao primeiro dos princípios, a resposta ao HIV e à AIDS deve ser reconhecida como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, inclusive

52 AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011. p. 4.

53 **RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO**. Genebra: OIT, 2010. p. 10.

54 Idem.

os trabalhadores, suas famílias e dependentes. Quanto ao segundo dos princípios, o HIV e a AIDS devem ser reconhecidos e tratados como tema pertinente ao local de trabalho, a ser incluído entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, com inteira participação das organizações de empregadores ou trabalhadores. Quanto ao terceiro princípio, não deve haver nenhuma discriminação nem estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV. Quanto ao quarto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem ter acesso a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e à AIDS, deles se beneficiando, e o local de trabalho deve contribuir para facilitar esse acesso. Quanto ao quinto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem usufruir de proteção à sua privacidade, inclusive a relacionada com o HIV e a AIDS, em particular no que diz respeito a sua própria situação quanto ao HIV; e também nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a exame de HIV nem a revelar sua situação sorológica⁵⁵.

Um aspecto essencial no combate ao preconceito, à discriminação e ao estigma liga-se às medidas de sensibilização, que devem acontecer especialmente no âmbito empresarial. Essas medidas devem enfatizar

55 Ibidem, p. 13-15.

que o HIV não é transmitido por simples contato físico e que “a presença de uma pessoa que vive com o HIV não deve ser considerada ameaça no local de trabalho”⁵⁶.

Há que se ter em mira, sem dúvida, medidas práticas de apoio à mudança de comportamento, dentre as quais avultam: educação sensível; diagnóstico e tratamento precoces; e estratégias de suplementação de renda no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras. Assim, os trabalhadores devem receber educação sensível, precisa e atualizada sobre estratégias de redução de risco e, se possível, preservativos masculinos e femininos devem ser disponibilizados. Deve-se facilitar, sempre que possível, o diagnóstico e tratamento precoces de DSTs e da tuberculose, bem como programas de agulhas esterilizadas e de troca de seringas, ou dar informações sobre os lugares onde esses serviços possam ser prestados. Finalmente, no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras, a educação deve incluir estratégias de suplementação de renda, por exemplo, oferecendo informações sobre atividades geradoras de renda, benefícios fiscais e subsídio salarial⁵⁷.

Duas diferenças substanciais entre Convenções e Recomendações podem ser, desde logo, anunciadas: a Convenção constitui uma forma de tratado internacional, a Recomendação não; a Convenção pode ser objeto de ratificação pelo correspondente

56 Ibidem, p. 28.

57 **REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/** Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. p. 62.

Estado-Membro, o que, logicamente, não pode ocorrer com uma Recomendação⁵⁸.

O valor da Recomendação, muitas vezes, é intrínseco, quando as normas que contém possuem um carácter técnico detalhado. Isso pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando, no entanto, a possibilidade de implementarem-se adaptações conforme a necessidade dos países⁵⁹.

A diferença considerada mais importante, no entanto, entre Recomendações e Convenções delinea-se no aspecto relativo à eficácia. Isso quer dizer que uma Recomendação não pode (ao contrário da Convenção) ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejam para dar-lhes o efeito que julguem oportuno⁶⁰.

Além da Recomendação nº 200, a OIT elaborou um Código de Prática sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho. Nesse documento registra-se que o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, “não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia”⁶¹.

Esse conjunto de boas práticas estabelece diretrizes para lidar com a epidemia

de HIV/AIDS no mundo do trabalho e no contexto da promoção do trabalho decente. Desse modo, alguns princípios fundamentais, definidos nesse código, são especialmente apropriados para “combater a discriminação baseada na situação relativa ao HIV”, dentre os quais avultam os seguintes: reconhecimento do HIV/AIDS como questão que diz respeito ao local de trabalho; não-discriminação; igualdade de gênero; ambiente de trabalho saudável; diálogo social; detecção para fins de exclusão do emprego e do trabalho; confidencialidade; continuação da relação de emprego; prevenção; cuidado e apoio⁶².

Quanto ao primeiro princípio, o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia. Relativamente ao segundo princípio, os trabalhadores não sofrerão discriminação ou estigmatização baseada na sua situação real ou percebida relativa ao HIV. No que diz respeito ao terceiro princípio, as relações de gênero mais igualitárias e o emponderamento da mulher são vitais para evitar a disseminação da infecção por HIV e permitir que as mulheres lidem com o HIV/AIDS. O quarto princípio estipula que o ambiente de trabalho será saudável e seguro, adaptado ao estado de saúde e capacidades dos trabalhadores. O quinto princípio estipula a necessidade de haver cooperação e confiança entre empregadores, trabalhadores e governo no intuito de assegurar a bem-sucedida implementação das políticas e programas relativos ao HIV e a AIDS. Relativamente ao

58 GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

59 VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236.

60 Idem.

61 BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 173.

62 Ibidem, p. 173-174.

sexto princípio, não será exigido teste de HIV/AIDS de candidatos a emprego ou pessoas empregadas. Quanto ao sétimo princípio, o acesso a dados pessoais relacionados com a situação dos trabalhadores em termos de HIV será limitado pelas regras de confidencialidade coerentes com o código de prática da OIT. No que diz respeito ao oitavo princípio, a infecção por HIV não é causa para término da relação trabalhista. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV poderão trabalhar enquanto estiverem aptas para desempenhar funções apropriadas. Relativamente ao nono princípio, os parceiros sociais se encontram em singular condição para promover esforços de prevenção, particularmente em relação à mudança de atitudes e comportamentos por intermédio de informação e educação. Por fim, o décimo princípio enfatiza que a solidariedade, o cuidado e o apoio devem servir de guia à resposta ao HIV/AIDS no local de trabalho. Nesse sentido, todos os trabalhadores têm direito a serviços de saúde ao seu alcance e a benefícios dos programas obrigatórios de seguridade social e dos mecanismos de previdência social⁶³.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região reconheceu o direito à reintegração de portador do vírus HIV, amparando-se em duas Convenções da OIT, a de número 111 e a de número 159. A ementa desse julgado, de lavra da Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu, possui o seguinte conteúdo:

REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT. É discriminatória a dispensa de

empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunica a rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção da dispensa cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. A reintegração no emprego é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Da mesma forma, atende-se à Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, que contém o compromisso de abolir qualquer prática tendente a destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. O empregado portador do vírus HIV enquadra-se, ainda, na definição de pessoa deficiente, para efeito de aplicação da Convenção 159 da OIT, também direcionada à eliminação de desigualdades, no que se refere a emprego.⁶⁴

Com a análise efetuada, buscou-se traduzir um entendimento analítico de como a OIT compreende o fenômeno HIV/AIDS e as proposições para enfrentá-lo, tal como o fez o julgado neste item transcrito.

64 PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 327-328.

63 Ibidem, p. 173-174.

4 DISCRIMINAÇÃO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO E DURANTE O VÍNCULO, ANULAÇÃO DA DISPENSA E RESCISÃO INDIRETA. A PRESUNÇÃO DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. JULGADOS

Os trabalhadores que convivem com o problema HIV/AIDS sofrem profunda discriminação. Como essa situação é enfrentada pelo direito brasileiro no momento da admissão ao emprego e durante o curso contratual?

A possibilidade de anular a dispensa, obter a reintegração e a presunção da dispensa discriminatória fazem parte dessa análise, mencionando-se julgados e a recente súmula do TST sobre o tema.

Existem inúmeros julgados examinando a situação do empregado portador do vírus HIV, salientando-se que, já no século XXI, podem ser reproduzidos alguns bem esclarecedores, como o proferido no Tribunal Superior do Trabalho, de lavra do Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira, com o seguinte teor:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao emprego da síndrome da imunodeficiência adquirida (*in verbis*), ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético (*in verbis*) o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária

que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.⁶⁵

Uma sentença proferida por Magistrado do Trabalho do Paraná analisa, com percuciência, uma realidade que se dissemina no meio empresarial. No caso concreto, o empregado foi dispensado única e exclusivamente porque acometido de AIDS/SIDA. A empresa defendeu-se alegando que a dispensa ocorreu apenas seis meses depois de ter conhecimento desse fato, o que para o juiz não teria “o condão de elidir a prática discriminatória”, rejeitando a tese patronal da impossibilidade de reintegração no emprego para o empregado acometido da AIDS/SIDA. O juiz considerou perverso o argumento de que esse benefício, se concedido ao empregado, poderia estender-se a outras doenças graves como o câncer e a hanseníase, seguindo uma “lógica de seletividade no emprego e de exclusão social de trabalhadores doentes ou deficientes, mas ainda com capacidade para o trabalho”. Argumentou que se violam, aí, princípios constitucionais, “invertendo a lógica de proteção a todos os trabalhadores que forem discriminados por doença ou deficiência”. Concluiu a decisão, assim, que a reintegração do empregado discriminado no emprego “não decorreu da estabilidade concedida por lei, mas de nulidade da dispensa discriminatória”⁶⁶.

65 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, **Revista LTr**, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003.

66 PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RT 3511/2002, Sentença prolatada pelo Juiz Maurício Mazur. **Revista do Tribunal Regional do**

Em dissertação que apresentou ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Fábio Luiz de Queiroz Telles assinala que as hipóteses mais enfrentadas pelo Judiciário, sobre esse tema, dizem respeito “à análise de ser nula toda dispensa que tiver por fundamento o fato de o empregado ser portador do HIV e que determinam a reintegração ao emprego”. Outra hipótese vincula-se à vedação de dispensa do empregado soropositivo, por considerá-la obstativa do direito “de acesso aos benefícios previdenciários, ao tratamento médico de saúde e à aposentadoria, determinando a reintegração do empregado às suas funções”⁶⁷.

Torna-se indispensável, como raciocínio jurídico, atentando-se ao princípio da dignidade humana, considerar que “a AIDS não pode ser vista como um flagelo, um castigo divino devido à iniquidade humana”. Por isso, os Tribunais do Trabalho, “ao inibir o preconceito e a discriminação, anulando as dispensas arbitrárias e sem justa causa”, direcionam para a população um entendimento de que a AIDS não é um mito, “mas uma doença como qualquer outra e que apesar de a medicina não ter encontrado a cura até então, não transforma seus portadores em párias e nem os condena

imediatamente à morte”⁶⁸.

Nesse sentido humano da compreensão do problema HIV/AIDS, verifica-se que “o portador de HIV tem toda capacidade de desenvolver projetos e realizar suas funções como qualquer outro trabalhador”. Por isso, não se pode admitir o afastamento das funções e do trabalho, “pois mantê-lo trabalhando pode favorecer no tratamento, podendo significar-lhe a vida”. Para o soropositivo, o trabalho representa não só o estímulo para continuar lutando contra o vírus, “como também representa o único meio de sobrevivência e custeio para adquirir medicamentos necessários para o tratamento e manutenção diária de sua carga viral”⁶⁹.

A análise da temática que envolve os portadores do vírus da AIDS mereceu comentário de Vólia Bomfim Cassar no sentido de que a pedra de toque é a discriminação e não uma suposta estabilidade, “assim, quando o empregador demite um portador do vírus HIV, segundo o TST, ele deve provar (ônus do patrão) que o procedimento não foi discriminatório”⁷⁰.

Na opinião dessa autora, seria possível “a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos empregados portadores de AIDS ou outras doenças”⁷¹.

Quanto ao paciente com doença associada ao HIV, que Sergio Pinto Martins denomina “doente de AIDS”, possuiria, segundo este autor, direito a auxílio-doença ou aposentadoria, desde que a doença se

.....
Trabalho da 9ª Região, Curitiba, nº 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 486-487.

67 TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. **O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa**: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. p. 90-91.

.....
 68 Ibidem, p. 92.

69 Ibidem, p. 93.

70 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 357.

71 Idem, ibidem. p. 357.

manifeste após a filiação à Previdência Social. Registra, no entanto, que enquanto a doença não se manifestar, não haverá direito a qualquer benefício previdenciário⁷².

Considera o autor referido haver prejuízo ao soropositivo, apenas, se a empresa o impedir de fazer jus ao benefício previdenciário. Não seria, no entanto, abusivo o ato do empregador que dispensa o empregado doente de AIDS, pois estaria exercendo seu direito constitucional de dispensar o empregado, devendo apenas pagar as verbas rescisórias⁷³.

No sentir desse doutrinador, a Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda atos de discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social (art. 1º). Mas não trataria, especificamente, da reintegração de empregado em decorrência de doença, especialmente de AIDS⁷⁴.

A Diretora do Departamento de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Cleopatra Doumbia-Henry, asseverou que “as pessoas devem usar os direitos que têm para se proteger, como não contar (ao empregador) que tem AIDS”⁷⁵.

Segundo a Diretora da OIT mencionada, o objetivo é “lidar com o estigma, lutar contra ele. Esse estigma está na sociedade e até no governo. É preciso mudar o pensamento, mudar

a mente”. Em sua ótica, quem decide falar sobre o assunto contribui para a mudança. O problema da discriminação tem aparecido com frequência porque o silêncio está acabando: “a AIDS é uma doença qualquer e não deve ser usada para discriminar qualquer pessoa”⁷⁶.

A advogada trabalhista Leandra Campagnolo pondera que “a lei não obriga ninguém a fazer nada, especialmente quando se trata de uma questão discriminatória”. Nesse sentido, não é possível determinar a realização de “um exame de AIDS tanto quanto não se pode obrigar a um de gravidez”. Essas determinações podem “gerar dano moral no caso de haver demissão pode ser tornada sem efeito com a readmissão por ordem judicial”⁷⁷.

Segundo a advogada mencionada, o entendimento atual da Justiça no Brasil vai no sentido de caber “à empresa denunciada a comprovação de que uma demissão, por exemplo, não foi motivada por discriminação”. Isso quer dizer que, se um funcionário que se sentiu discriminado denunciar a empresa, cabe “a esse empregador comprovar a legalidade da demissão, e não ao funcionário, como estabelece o direito para a maioria dos outros casos”⁷⁸. Quando se argumenta pela existência ou não de segurança jurídica, inexistiria essa situação para quem demite ou para quem é demitido, havendo trabalhos da OIT, entretanto, direcionados a proteger os portadores de HIV.

O trabalhador soropositivo, na dicção de Mariana Ribeiro Santiago, não deve ser discriminado nem na admissão nem no exercício da atividade laborativa, pois não

72 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 443.

73 Ibidem, p. 443-444.

74 Ibidem, p. 444.

75 SGARBE, Vinícius. **Veículo G1**, circulação nacional, p. 30.06.2011.

76 Idem.

77 Idem.

78 Idem.

perde os direitos de personalidade em virtude da doença. Pode ocorrer, sim que o trabalho não seja recomendável quando, pelo estágio da doença, “o indivíduo não apresentar mais capacidade técnica de exercer a função, caso em que, se empregado, lhe competem os benefícios previdenciários”⁷⁹.

Quanto à higidez do vínculo laboral, Alice Monteiro de Barros esclarece que “a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho”⁸⁰.

Relembra essa autora, também, que a Recomendação nº 169, de 1984, complementadora da Convenção nº 122/64 da OIT, a respeito da política de emprego, após recomendar seja eliminada toda forma de discriminação, sugere, ainda, medidas que satisfaçam “às necessidades de pessoas que tenham, frequentemente, dificuldade para encontrar emprego duradouro, podendo ser incluídos aí os portadores de HIV/AIDS”⁸¹.

O TRT de São Paulo, o maior do Brasil em número de processos judiciais trabalhistas, relativamente ao tema da dispensa de empregado portador de vírus HIV, considerou o ato fundado em atitude discriminatória, pois o “poder do empregador” de encerrar a relação empregatícia, em tais hipóteses, “é limitado em razão das garantias do emprego e, especialmente, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”⁸².

O ato da empresa não só teria violado princípios constitucionais, como teria obstado ao empregado o direito a receber tratamento previdenciário conferido aos soropositivos pela Lei 7.670/88, “primeira luz a brilhar no ordenamento jurídico, em proteção a esses trabalhadores”⁸³, incidindo, assim, na hipótese preconizada pela Lei 9.029/95.

O Tribunal Superior do Trabalho editou agora, em 2012, a Súmula nº 443 de sua jurisprudência predominante, com o seguinte teor:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. 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.⁸⁴

Já de há muito tempo vinha o C. TST firmando o entendimento de que “a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso”⁸⁵.

.....
9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 12.out.2012.

83 Idem.

84 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012, p. 132-133.

85 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.

79 SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, a. 29, out.-dez.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 218.

80 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1202.

81 Idem.

82 SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851,

No corpo desse acórdão registra-se que “mesmo na ausência de prova de nexo causal”, a Corte reconhece a presunção de ato discriminatório na dispensa imotivada de empregado soropositivo, “admitindo, contudo, prova em contrário”. No caso dos autos não existiria evidência do fato que motivou a dispensa do empregado, mas apenas a constatação de que se deu seis anos após a descoberta do quadro clínico do empregado e que teriam ocorrido outras dispensas no mesmo período, o que seria muito pouco “para afastar a presunção de discriminação na dispensa imotivada do reclamante”. Insiste o julgador no princípio da dignidade da pessoa humana, somado ao valor social do trabalho (art. 1º, III e IV da CF/88), que imporia “a proteção do mercado de trabalho desse segmento extremamente discriminado na sociedade”. Não fosse assim, diz o acórdão, “não seria proibida a realização de exames admissionais que investiguem a sorologia do HIV nos candidatos a postos de trabalho”⁸⁶.

Há um acórdão paradigma do C. TST, de lavra do Ministro Lélío Bentes Corrêa, que assevera a significativa contribuição da OIT para esse entendimento:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra

motivação – lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação nº 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido.⁸⁷

A igualdade de oportunidades e tratamento, para ser garantida, não se basta na proteção jurídica oferecida, mas depende, sempre, da existência de procedimentos judiciais efetivos, “que possam ser invocados pelas pessoas que acreditam ter sido alvo de discriminação”. Muitas vezes, as regras de procedimento aplicáveis exigem que o discriminado prove a existência da discriminação, constituindo obstáculo a resolver esses casos. Com o objetivo de superar essas dificuldades, muitos países introduzem regras de procedimento que invertem o ônus da prova para permitir que as vítimas de discriminação afirmem efetivamente seus direitos. Para alguns sistemas jurídicos, a regra consiste em verificar se o demandante é capaz de provar *prima facie*. Se isso não for possível, o ônus

86 Idem.

87 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélío Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.

da prova deve ser transferido ao demandado, “que então terá de demonstrar que a diferença de tratamento baseara-se em considerações objetivas não relacionadas com qualquer motivo de discriminação”⁸⁸.

Quanto aos instrumentos da OIT que tratam do ônus da prova, tanto a Comissão de Peritos quanto o Comitê de Liberdade Sindical consideram a inversão em casos de discriminação “como uma medida importante para assegurar-se a efetiva proteção contra a discriminação no emprego e na profissão, como requerem as Convenções da OIT sobre igualdade e liberdade sindical”⁸⁹.

Nessa área, há quase um consenso de que, na ausência de legislação específica, os Tribunais devem tomar a iniciativa de “inverter o ônus da prova em casos de alegada discriminação no emprego e na profissão”⁹⁰.

Consoante referido, a análise do item prendeu-se à compreensão do tema HIV/AIDS pelo Poder Judiciário brasileiro, especificamente na Justiça do Trabalho.

A recente súmula editada pelo TST parece ter solucionado a grave questão do ônus da prova, direcionando-se pela presunção discriminatória da dispensa do empregado portador do vírus HIV, que suscita estigma ou preconceito. Uma vez invalidado o ato da dispensa, naturalmente deve o empregado ser reintegrado ao emprego.

88 BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 161.

89 Ibidem, p. 162.

90 Ibidem, p. 163.

5 REFERÊNCIAS

AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011, p. 4.

ARISTÓTELES, **Poética**. Tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. São Paulo: Os Pensadores/Abril Cultural. 1973, p. 462, item 128. p. 439-533.

ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. Discriminação no trabalho: o caso dos empregados vítimas de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais. In GUNTHER, Luiz Eduardo. SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010. v. III. p. 213-251.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigma** – um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação do trabalhador com HIV/AIDS. **Jornal Gazeta do Povo**. 15.06.2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, **Revista LTr**, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003. p.1249-1252.

- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélío Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.
- DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.
- ESMANHOTO, Rita. Entrevista. **Jornal Gazeta do Povo**, 04.09.2011. p. 9.
- GIACOSA, Guillermo. **Jornal Perú** 21. 23.11.2011. p. 17.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.
- KLOSS, Larissa Renata. A tutela inibitória como meio de evitar a discriminação do trabalho da mulher. In GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2010. v. III. p. 319-353.
- LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema: relato de uma experiência didática no campo do direito**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- LOPES, Marcus Aurélio. **Discriminações nas relações de trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2002
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- Morre a mulher que foi o 1º bebê a tomar coquetel anti-HIV. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 06.10.2012, p. 7.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUBLAT, Johanna. Sul mantém taxas altas de novos casos e mortes por AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Saúde, 29.11.2011, p. C-8.
- PAGLIA, Camille. Sexo, arte e cultura americana. Publicado no início de 1992, sem página. *Apud* TALESE, Gay. **A mulher do próximo: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 327-376.
- PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RT 3511/2002, Juiz Maurício Mazur. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, nº 53, jul.-dez. 2004. p. 479-495.
- RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O**

MUNDO DO TRABALHO. Genebra: OIT, 2010.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. *In* VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação:** estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 127-138.

REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010.

RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. BARACAT, Eduardo Milléo. HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da Recomendação 200 da OIT no Brasil. *In* RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional.** Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-37.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 4. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012.

ROSENTHAL, Caio. SCHEFFER, Mário. É possível derrotar a AIDS. *Jornal Folha de São Paulo.* 01.12.2011. p. A-3.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 29, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211-219.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.** RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851, 9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 12.out.2012.

SGARBE, Vinícius. **Veículo G1**, circulação

nacional, p. 30.06.2011.

SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas.** Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SUPLICY, Marta. Prova de amor. *Jornal Folha de São Paulo.* 03.12.2011. p. A-2.

TALESE, Gay. **A mulher do próximo:** uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 9.

TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012.

TURNES, Cassiane Terezinha. **Trabalhador portador do vírus HIV: quem é o responsável?** Monografia (Especialização em Direito do Trabalho) – UNICURITIBA, Curitiba, 2003.

VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo.** Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.

VERSOLATO, Mariana. Vencida pela AIDS. *Jornal Folha de São Paulo.* Caderno Ciência + Saúde. 06.10.2012. p. 7.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Ilse Marcelina Bernardi Lora

RESUMO: A temática relativa aos direitos humanos desafia os vários segmentos do pensamento jurídico nacional e mundial. A preocupação é justificada pela importância e pela complexidade do assunto. As polêmicas alcançam, dentre outras questões, o próprio significado semântico das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, além de sua fundamentação. Com o intuito de contribuir para as reflexões que cercam a instigante matéria, o estudo propõe-se a examinar os direitos fundamentais com vistas ao problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho, analisando seu potencial para combater realidade perversa, que subverte a premissa essencial da gênese do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; dignidade humana; discriminação; relações de trabalho.

ABSTRACT: The thematic related to human rights, challenges the several sectors of national and international legal thinking. The concern is justified by the importance and complexity of the subject. The polemics reach, among other issues, the actual semantic meaning of the expressions human rights and fundamental rights, besides its reasons. In order to contribute to the discussions surrounding the instigating subject, the study proposes to discuss the fundamental rights aiming at the issue of discrimination because of the origin in labor relations, analyzing their potential to combat perverse reality that subverts the genesis essential premise of Labor Law, namely, the protection of man workforce and his dignity.

Keywords: Fundamental rights, human dignity, discrimination, labor relations.



Ilse Marcelina Bernardi Lora

Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).
Juíza do Trabalho no Paraná

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos humanos e direitos fundamentais; 1.1 Os problemas semânticos; 1.2 Os fundamentos; 1.3 A função dos direitos humanos; 1.3.1 Função de defesa ou de liberdade; 1.3.2 Função de prestação social; 1.3.3 Função de proteção contra terceiros; 1.3.4 Função de não discriminação; 2 Direitos fundamentais e princípio da dignidade humana; 3 Eficácia dos direitos fundamentais; 4 A discriminação nas relações de trabalho; 4.1 O princípio da igualdade; 4.2 A discriminação nas relações de trabalho: o problema da discriminação em razão da origem; 4.3 O direito à diferença e ao reconhecimento: os direitos humanos como instrumento para conciliação das diferenças; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

As complexidades e ambiguidades que cercam a temática relativa aos direitos humanos revelam sua riqueza e sua importância para a consolidação de valores que viabilizem a construção de sociedade que, não obstante multicultural, promova o respeito aos atributos essenciais do ser humano.

A doutrina empenha-se, com afincamento e determinação, na árdua tarefa de dissecar os múltiplos e intrincados meandros envolvidos no estudo da questão. Sua arduidade constitui desafio, máxime diante da relevância da função dos direitos humanos como instrumentos de defesa das liberdades e da não discriminação no momento histórico atual, que se distingue pelas perplexidades e contradições, e a que não está imune o ambiente laboral.

Com o intuito de contribuir para as reflexões que cercam a instigante temática,

decidiu-se proceder à análise dos direitos fundamentais com vistas ao problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho, realidade perversa que subverte a premissa essencial da gênese do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

Para cumprir o desiderato, inicialmente serão apresentados os problemas semânticos que envolvem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, além da celeuma que cerca seus fundamentos, para em seguida examinar as funções dos direitos humanos, com destaque para aquela de não discriminação, de significativo relevo para o presente estudo, em razão de seu objetivo central, qual seja, o de examinar o papel dos direitos fundamentais como instrumento de combate à discriminação nas relações de trabalho.

Em razão da profunda imbricação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, em especial no âmbito trabalhista, onde representam meios para a asseguuração a quem trabalha de ambiente de respeito e de tolerância, o estudo destes aspectos merecerá distinta atenção, buscando-se, mercê de incursão minudente pela doutrina, encontrar definição da dignidade humana que permita melhor entendê-la.

O exame da eficácia dos direitos fundamentais, com destaque para sua irradiação também para as relações privadas, especialmente no âmbito trabalhista, será alvo de detalhamento, pois se trata de providência importante para compreender sua revelância na luta contra todas as formas de discriminação.

Chegar-se-á em seguida a tema proeminente da pesquisa, que diz respeito à discriminação em razão da origem nas relações

de trabalho, e que exige prévio e indispensável exame do princípio da igualdade.

Por último, será objeto de análise o direito à diferença e ao reconhecimento, perscrutando-se ainda o potencial dos direitos humanos como instrumento para promoção do respeito às diferenças, em especial no ambiente laboral, em que os processos relacionados com a globalização inspiram condutas segregacionistas, que subvertem a premissa básica da criação do Direito do Trabalho de resguardo da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Os problemas semânticos

A inquietação com os direitos humanos é tema central da hermenêutica constitucional contemporânea e também da filosofia do direito, em razão da relevância e da complexidade do tema. Os problemas alcançam o próprio significado semântico da expressão direitos fundamentais, consoante demonstra análise da legislação e da doutrina. São utilizadas diversas expressões - inclusive pela Constituição Federal Brasileira¹ -, não raro de forma indistinta, tais como direitos

humanos, direitos do homem, direitos humanos fundamentais, direitos humanos dependentes de fatores culturais, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas e direitos das personalidade, dentre outros. A arduidade da tarefa agiganta-se quando a ela se agrega a dificuldade para se encontrar um fundamento último para os direitos humanos.

A expressão direitos humanos, preferida pelos autores ingleses, americanos e latinos, sofre críticas, sob a alegação de que sua vagueza determina definições tautológicas e estéreis, a par de conduzir a conceitos que, por demasiadamente abertos, pouco dizem ou representam. (MENDES, et al. 2007, p. 226). Essa terminologia é preferencialmente utilizada para designar direitos naturais insertos nas declarações e convenções internacionais.

Sarlet (2008, p. 33-35) salienta a necessidade de critério unificador, seja em razão do dissenso doutrinário, seja pela importância prática, em especial no que respeita à interpretação e à aplicação das normas relativas a tais direitos. Para o doutrinador, direitos humanos seriam os atributos reconhecidos, em documentos internacionais, ao ser humano como tal, independentemente do direito constitucional do Estado, aspirando assim à validade universal, para todos os povos e tempos e ostentando inequívoco caráter supranacional, enquanto os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um determinado Estado. Realiza ainda distinção, de caráter acentuadamente didático, entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os primeiros são os direitos naturais não, ou ainda não positivados; os segundos, os direitos inseridos em normas

1 Consta no art. 4º, II, da Constituição Federal: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos **direitos humanos**,”. Na epígrafe do título II está escrita a expressão “**Dos direitos e garantias fundamentais**”. O art. 60, §4º, inciso V, por sua vez, menciona “**direitos e garantias individuais**.” (sem destaque no original).

de direito internacional, enquanto os últimos são aqueles direitos introduzidos no direito constitucional positivo de cada Estado. Assinala que a expressão direitos fundamentais, por ele eleita, contempla aceção mais exata e restrita, em razão de que diz respeito ao complexo de direitos e liberdades proclamados e assegurados pelo direito positivo de determinado Estado. Tratam-se, assim, “de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu carácter básico e fundamentador do sistema jurídico do estado de Direito”. (SARLET, 2008, p. 36-38)

Embora as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” sejam continuamente usadas como sinônimos, podem ser distinguidas segundo sua procedência e significado. Direitos do homem, segundo a dimensão jusnaturalista-universalista, são aqueles direitos válidos para todos os povos e em todas as épocas. Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos do homem garantidos jurídica e institucionalmente, e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem são próprios da natureza humana “e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. (CANOTILHO, 1999, p. 393).

Todos os seres humanos possuem, por natureza, direitos humanos, independentemente de circunstâncias eventuais, tais como a raça, gênero, nacionalidade ou religião. São direitos que decorrem do ser-homem de cada indivíduo. Não podem ser concedidos ou outorgados pelo Estado, cabendo a este apenas positivá-los, efetivá-los e protegê-los. (HAHN, 2010, p. 15-16). Direitos fundamentais, por sua vez,

“são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, 2007, p. 560). A positivação dos direitos fundamentais, que não tem natureza constitutiva e sim declaratória, ocorre, como regra geral, através da Constituição, que é o ato normativo mais relevante de cada nação (MARTINS FILHO, 2010, p. 283). O reconhecimento expresso dos direitos humanos pela autoridade política confere maior segurança às relações sociais, a par de exercer função pedagógica no meio comunitário, na medida em que atribui prevalência aos importantes valores éticos, facilitando sua assimilação pela coletividade. (COMPARATO, 2013, p. 71) Após tecer considerações sobre as dificuldades que permeiam o significado semântico da expressão direitos fundamentais, Coelho (2007, p. 181) afirma que o conceito destes tende a ser absorvido pelo de direitos humanos, como reação natural das nações que se consideram civilizadas diante das experiências, em especial do nazismo e do fascismo, caracterizadas pelo total desprezo à dignidade humana.

Para Baez (2011, p. 37), os direitos humanos são um complexo de valores éticos, inseridos ou não nos textos normativos, cujo objetivo é resguardar e efetivar as dimensões básica (defendendo os indivíduos contra atos que possam reduzi-lo a mero objeto ou que provoquem restrição a seu estado de sujeito de direitos) e cultural (resguardando as dessemelhanças morais, que dizem respeito às diversas maneiras de que se valem as sociedades para pôr em prática o plano básico) da dignidade humana. Não estão subordinados ao reconhecimento jurídico, existindo independentemente de leis ou tratados (BAEZ, 2011, p. 37)

Os direitos humanos destinados à efetivação básica da dignidade humana recebem a denominação de direitos humanos fundamentais (BAEZ, 2011, p. 39-40). Não toleram, na sua realização, condicionamentos políticos ou culturais (BAEZ, 2011, p. 44). Os direitos humanos que visam à realização da dignidade humana, em sua dimensão cultural, são chamados de direitos humanos dependentes de fatores culturais (BAEZ, 2011, p. 40). Seu desenvolvimento reflete a transformação progressiva das sociedades, reconhecendo, por isso, particularidades culturais e admitindo diferentes formas de efetivação, consoante a realidade política, econômica ou social. As duas dimensões explicitadas não desnaturam o caráter indivisível dos direitos humanos, em razão de que os preceitos desses dois planos de ação entrelaçam-se (BAEZ, 2011, p. 44). Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos inseridos na legislação interna dos Estados.

Após examinar as diversas expressões utilizadas para designar tais direitos, SILVA (2008, p. 178) conclui que direitos fundamentais do homem constitui a mais apropriada, porque, a par de dizer respeito a princípios que resumem a concepção do mundo e indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no âmbito do direito positivo, as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Segundo o mesmo autor, o qualificativo *fundamentais* indica que se trata de situações jurídicas imprescindíveis à realização, à convivência e à própria sobrevivência da pessoa humana. São, também, fundamentais *do homem* - entendido como *pessoa humana* - no sentido de que a

todos, sem distinção, devem ser reconhecidos e concreta e materialmente efetivados. Não significam simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas "*limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*". Os direitos fundamentais podem ainda ser definidos como aqueles que "em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça." (ROMITA, 2005, p. 36).

1.2 Os fundamentos

Celeuma semelhante àquela encontrada em torno do significado semântico da expressão direitos fundamentais existe no aspecto dizente com a fundamentação ou justificação para tais direitos. Miranda (2012, p. 59-61) assinala que são múltiplas e até mesmo contraditórias as compreensões filosóficas sobre o tema. Segundo as concepções jusnaturalistas, os direitos do homem são imposições de Direito natural, que precedem a vontade do Estado e a ela se sobrepõem. Conforme os positivistas, os direitos do homem são permissões outorgadas e reguladas pela lei. Para os idealistas, os direitos do homem são entendidos como ideias acolhidas gradativamente pela realidade, enquanto para os realistas seriam resultado da experiência ou das lutas políticas, econômicas e sociais. Para os contratualistas, os direitos do homem resultam do contrato social, como compensação pela integração do homem na sociedade, enquanto os institucionalistas entendem-nos como instituições próprias da vida comunitária.

Para Bobbio (2004, p. 16-17), o problema

do fundamento varia conforme se busque fundamento de um direito já positivado ou de um direito que se gostaria de ver reconhecido. Na primeira situação, procede-se à identificação da norma que o reconhece, enquanto na segunda apontam-se as razões para defender a necessidade de sua proclamação formal. Em razão do objetivo da busca do fundamento, surge a ilusão do fundamento absoluto, que ninguém poderá refutar ou questionar. Esta concepção enganosa grassou durante séculos entre os jusnaturalistas, fundamentada no argumento de que tais direitos irresistíveis derivavam diretamente da natureza do homem, raciocínio que se mostrou frágil, na medida em que muitos direitos, inclusive os mais diversos entre si e mesmo os menos fundamentais, resultam da natureza do homem. Kant reduziu os direitos insuperáveis a apenas um, qual seja, a liberdade.

Para o doutrinador italiano (BOBBIO, 2004, p. 21-22) , a ilusão presentemente não se sustenta e toda busca do fundamento absoluto é infundada, sendo apontadas, para corroborar a afirmação, quatro razões: (1) a expressão “direitos do homem” é muito vaga, não tendo havido êxito na tentativa de defini-la, acentuando-se as dificuldades na sua interpretação e aplicação e mostrando-se impossível apresentar fundamento, absoluto ou não, de direitos dos quais não se tem noção precisa; (2) os direitos do homem constituem classe variável, sujeita a modificações segundo as condições históricas; (3) os direitos do homem são marcados pela heterogeneidade, havendo na própria Declaração pretensões diversas e até mesmo incompatíveis, do que deriva a necessidade de falar não em fundamento, mas em diversos fundamentos

dos direitos do homem, conforme o direito que se quer defender; (4) há antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas, pois as declarações de direitos contemplam, além dos direitos individuais tradicionais (liberdades), que exigem obrigações negativas, inclusive de parte do Estado, também os chamados direitos sociais (poderes), que impõem obrigações positivas (prestações), que não podem ser desenvolvidos simultaneamente nas mesmas proporções, pois, à medida em que aumentam os poderes do indivíduo, decrescem suas liberdades. Disso deriva que dois direitos fundamentais antinômicos não podem ter ambos fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torna um direito e o seu oposto ao mesmo tempo inquestionáveis e irrefutáveis. A ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos foi usada para evitar o reconhecimento de novos direitos incompatíveis com aquele. Cita, a título de exemplo, a oposição contra a introdução de direitos sociais justificada pelo fundamento absoluto dos direitos de liberdade.

Quer-se saber se a busca do fundamento absoluto, ainda que exitosa, é capaz de garantir o pleno reconhecimento e realização dos direitos do homem, sendo necessário, para tanto, enfrentar o segundo dogma do racionalismo ético, também segunda ilusão do jusnaturalismo, qual seja, de que basta demonstrar os valores últimos para que seja garantida sua realização. Este dogma é desmentido pela experiência histórica, pelas seguintes razões: (1) os direitos humanos não foram mais respeitados na época em que os pensadores consideravam haver encontrado um fundamento absoluto para eles, ou seja, que derivavam da natureza do homem; (2) apesar da crise dos fundamentos, houve a proclamação da

Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que demonstra que os diversos governos encontraram boas razões para fazê-lo, não havendo necessidade de fundamento absoluto e sim de condições para realizar os direitos do homem; (3) muitas dessas condições não dependem da boa vontade ou das boas razões indicadas para demonstrar a bondade absoluta desses direitos e sim da situação econômico-social. O problema fundamental dos direitos do homem atualmente não é tanto o de justificá-los e sim de protegê-los, o que revela a natureza política da questão (BOBBIO, 2004, p. 22-23).

A crise de fundamentos existe. Sua superação não será encontrada mediante a busca de fundamento absoluto como substituto para o que se perdeu. A tarefa, mais modesta, embora também mais difícil, é buscar, em cada caso, os vários fundamentos possíveis, mister que deverá ser acompanhado pelo exame das condições, dos instrumentos e das situações propícias à realização deste ou aquele direito. O aspecto filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado dos demais ângulos (históricos, sociais, econômicos e psicológicos) que influenciam sua realização, sob pena de se condenar a filosofia à esterilidade (BOBBIO, 2004, p. 23-24).

1.3 A função dos direitos fundamentais

São múltiplas e diversificadas as funções dos direitos fundamentais na ordem jurídica apontadas pela doutrina, elegendo-se a classificação preconizada por Canotilho (1999, p. 407-411), em razão de sua precisão e objetividade.

1.3.1 Função de defesa ou de liberdade

Esta primeira função compreende dupla perspectiva: (1) proíbe as ingerências dos poderes públicas na esfera de autodeterminação do indivíduo (normas de competência negativa); (2) num plano jurídico-subjetivo, implicam “o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por partes dos mesmos (liberdade negativa)” (CANOTILHO, 1999, p. 408).

Segundo Alexy (2011, p. 196), os direitos a ações negativas dividem-se em três grupos de direitos: (1) que o Estado não impeça ou dificulte ações do titular do direito; (2) que o Estado não afete certas características ou situações do titular do direito; (3) que o Estado não faça desaparecer certas posições jurídicas do titular do direito.

Os direitos de defesa impõem ao Estado dever de abstenção, não lhe sendo dado praticar ingerências indevidas na liberdade pessoal e propriedade. Também protegem o indivíduo contra atos do Estados que afetem bens jurídicos.

1.3.2 Função de prestação social

Enquanto os direitos de defesa determinam a abstenção do Estado, os direitos a prestação exigem o agir deste para suprir as necessidades dos indivíduos. A ação do Estado, determinada pelo direito à prestação, compreende a prestação jurídica e a material. A primeira implica o dever de o Estado editar as normas relativas ao bem jurídico protegido como direito fundamental e a segunda alcança

os direitos sociais. (MENDES et al, 2007, p. 248-249).

Segundo Alexy (2011, p. 201-203), os direitos a ações positivas dividem-se em dois grupos: aquele que tem por objeto uma ação fática e aquele que tem por objeto ação normativa. O critério para distingui-los é a desimportância da forma jurídica na execução da ação para a satisfação do direito. Como exemplo de ação positiva fática, tem-se o direito de proprietário de escola privada a auxílio do Estado por meio de subvenções. Direitos a ações normativas são direitos a atos do Estado de criação de normas. As ações positivas fáticas são chamadas de direitos a prestações em sentido estrito e as ações positivas normativas de direitos a prestações em sentido amplo.

Para Canotilho (1999, p. 408-409), a função prestacional dos direitos fundamentais sempre está associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais: (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se a norma constitucional permite imediata exigência prestacional pelo indivíduo; (2) ao problema dos direitos sociais derivados, que diz respeito ao direito de exigir do Estado a normação necessária para concretização do bem jurídico protegido pelo direito fundamental e ao direito de demandar e obter igual participação nas prestações criadas pelo legislador; (3) ao problema de saber se as normas que consagram direitos fundamentais sociais vinculam os poderes públicos, obrigando-os a políticas sociais ativas.

Incumbe ao Estado, em razão da função de proteção dos direitos fundamentais, promover o bem-estar dos cidadãos, garantindo-lhes os meios básicos indispensáveis à sobrevivência digna.

1.3.3 Função de proteção contra terceiros

Outra relevante função dos direitos fundamentais, baseado no dever geral de efetivação que compete ao Estado, a par da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, é aquela relativa ao dever de proteção, não somente em face dos poderes públicas, mas igualmente diante de investidas de particulares e até mesmo de outros Estados (SARLET, 2008, p. 165)

Compete ao Estado tomar medidas positivas com o fito de proteger os direitos fundamentais em face de atos lesivos praticados por terceiros. Diversamente do que ocorre com a função prestacional, “o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos [...]” (CANOTILHO, 1999, p. 409).

1.3.4 Função de não discriminação

Trata-se de uma das funções mais salientadas pela doutrina, em especial a norte-americana, e de particular interesse ao presente estudo. A partir do primado da igualdade, é função básica e elementar dos direitos fundamentais garantir que o Estado trate seus cidadãos como iguais, o que alcança todos os direitos. Este papel dos direitos fundamentais sustenta as ações afirmativas, a implantação de cotas para minorias e com base nele “alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (‘direitos dos homossexuais’, ‘direitos das mães solteiras’, direitos das pessoas portadoras de HIV)”.

(CANOTILHO, 1999, p. 409-410)

Os direitos fundamentais asseguram a proteção de círculo de igualdade pessoal, não permitindo intervenções decorrentes de atos discriminatórios, o que gera, como consequência, direito subjetivo de defesa em face de qualquer ataque ao princípio da igualdade. (SARLET, 2008, p. 187)

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana entrelaçam-se de forma vigorosa. O último é apontado como elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado de Direito Democrático, conforme previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, servindo também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Segundo Nunes, trata-se de “verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”. (2010, p. 65)

Para Sarlet (2004, p. 59-60), a dignidade da pessoa humana é atributo peculiar e distintivo de cada ser humano e que o faz merecer igual respeito e deferência por parte do Estado e da comunidade. Implica, assim, conjunto de deveres e direitos fundamentais que garantem a pessoa contra quaisquer atos degradantes e desumanos. Tais deveres e direitos fundamentais também determinam a garantia de condições existenciais mínimas para vida salutar e viabilizam à pessoa tomar parte ativamente e com responsabilidade

nos destinos da própria existência e na vida coletiva. Ao abordar a dimensão ontológica da dignidade, o autor afirma que esta é qualidade inerente à pessoa humana, que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacada. Não pode, por isso, ser criada, concedida ou retirada, mas pode e deve ser promovida e respeitada. Existe até mesmo onde não é reconhecida expressamente pelo Direito e independe das circunstâncias concretas, não podendo ser desconsiderada mesmo nas situações em que as pessoas cometem ações indignas ou infames, justamente por se tratar de atributo intrínseco da pessoa humana. O conteúdo do art. 1º da Declaração Universal da ONU e o entendimento da jurisprudência constitucional e da doutrina demonstram que o elemento central da noção da dignidade humana ancora-se na autonomia, considerada em abstrato, e no direito de autodeterminação de cada pessoa, tal como defendido por Kant. (SARLET, 2009, p. 20-23)

Abbagnano (2000, p. 276) esclarece que o princípio da dignidade é entendido como a exigência manifestada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Tal imperativo implica considerar que todo homem, como fim em si mesmo, tem valor não relativo, mas peculiar, ou seja, a dignidade.

Complak (2008, p. 119-120) tece críticas às definições correntes sobre dignidade, em especial a kantiana, sob o argumento de que pecam pela subjetividade. Propõe-se a definir a dignidade do homem “como o conjunto (o todo) das únicas qualidades que o distinguem do reino animal e vegetal, as quais asseguram a ele

um lugar excepcional no universo.” (COMPLAK, 2008, p. 109). Assevera que a mais acertada qualificação do homem seria a dignidade do **ser humano**, pois permite mostrar melhor a dignidade do homem. Esta locução faculta estender o conceito de homem até o feto humano, desde os primeiros instantes da sua evolução. (COMPLAK, 2008, p. 111)

Ao examinar a epistemologia do gênero direitos humanos, Baez (2011, p. 26-27) informa que a dignidade humana, reconhecida no preâmbulo das Declarações de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e da Organização das Nações Unidas, representa valor primordial e elemento essencial de todos os direitos consagrados nas referidas Declarações. O doutrinador afirma ainda que, no âmbito filosófico, as várias teorias que se ocupam da construção dos fundamentos dos direitos humanos destacam, não obstante a diversidade de raciocínios, que a dignidade humana, segundo a ótica ocidental, é o elemento ético central dessa categoria de direitos. Adverte, entretanto, com propriedade, que tanto não representa achado da civilização ocidental, na medida em que tradições sociais que remontam aos tempos que antecedem o cristianismo já adotavam essa base moral. Cita, dentre outros esclarecedores exemplos, o confucionismo, sistema filosófico chinês que teve início há mais de 2.500 anos, e cujo núcleo é a humanidade, esta entendida como apanágio de cada ser humano e que o dignifica, inspirando o respeito de parte dos semelhantes e o cuidado com seu bem-estar. Salienta a arduidade apontada pela doutrina para encontrar definição da dignidade humana e propõe tese inovadora como instrumento para melhor compreendê-la. Separa a dignidade

em dois planos de exame: 1) o primeiro, denominado dimensão básica, onde se situam os bens jurídicos basilares para a vivência humana, indispensáveis para a autodeterminação dos indivíduos e que impedem sua coisificação; 2) o segundo, designado dimensão cultural, onde se encontram os valores mutáveis temporal e espacialmente, que buscam satisfazer as necessidades de cada sociedade, segundo os diversos momentos históricos e em consonância com os recursos financeiros, políticos e culturais.

Na seara laboral a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha realce e proeminência. O respeito aos atributos do trabalhador, atendida sua condição de pessoa humana, é elemento fundamental para que não seja visto apenas como mera peça da engrenagem e passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral, o que alcança, indiscutivelmente, dentre outros, o direito de não ser discriminado.

A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva asseguuração, a quem trabalha, de tratamento respeitoso e igualitário, condição indispensável para viabilizar existência digna. Para Goldschmidt (2010, p. 209), o direito fundamental ao trabalho digno compreende o complexo de normas jurídicas que visem não somente a garantir o posto de trabalho como fonte de rendimentos e de sustento, mas também a fomentar condições dignas de labor, preservando a higidez física e mental do trabalhador.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são, simultaneamente, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Em face de sua condição de direitos subjetivos, facultam a seus titulares impor seus interesses em face dos órgãos que a eles vinculam. Como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, estabelecem a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2007, p. 2)

Os direitos fundamentais foram concebidos originariamente como direitos de defesa, para proteger o cidadão de interferências indevidas do Estado. Atendida essa dimensão, ao Poder Público era atribuída competência negativa, o que determinava a obrigação de respeitar o núcleo básico de liberdades do cidadão. Trata-se da chamada eficácia vertical, necessária, ante a manifesta desigualdade do indivíduo perante o Estado, a quem são atribuídos poderes de autoridade. Para Canotilho (1999, p. 383), a função de direitos de defesa dos cidadãos, exercida pelos direitos fundamentais, compreende dupla perspectiva: 1) no plano jurídico-objetivo, representam normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo sua interferência na esfera jurídica individual; 2) no plano jurídico-subjetivo, significam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir abstenções do Estado, a fim de evitar ações lesivas por parte deste (liberdade negativa).

Entretanto, com o evoluir das relações sociais e o incremento de suas necessidades, observou-se a insuficiência desse mero dever de abstenção. Surgiu então a chamada vinculação

positiva dos poderes públicos, que pressupõe a ação do Estado, que deve adotar políticas e ações aptas a fomentar a preservação dos direitos e garantias dos indivíduos, concretizando assim o ideário do Estado Social.

A vinculação positiva do Estado alcança os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Do primeiro, exige-se o incremento de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos e garantias do cidadão, além de interpretação e aplicação das leis em conformidade com os direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe tarefa relevante na defesa dos direitos fundamentais, em especial diante do preceito insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, conferir a esses direitos a máxima eficácia possível, a par de recusar aplicação a preceitos que desrespeitem os direitos fundamentais.

Historicamente, conferiu-se especial proeminência à proteção dos direitos fundamentais em face do Estado, em razão de que estes surgiram e afirmaram-se justamente como reação ao poder das monarquias absolutistas.

Entretanto, em razão da manifesta superação do tradicional conceito de que direito constitucional e direito privado ocupavam posições estanques, divorciadas entre si, e diante da progressiva assimilação da força normativa da Constituição, fez-se necessário refletir sobre o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Mendes (2007, 120-121) informa que esse tema marcou a discussão doutrinária dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também é objeto de intensos debates nos

Estados Unidos, sob o rótulo da *state action*. Sarlet (2008, p. 164) assinala que a eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), consoante denominação utilizada pela doutrina alemã, configura o primeiro desdobramento do efeito jurídico objetivo autônomo dos direitos fundamentais. Dita eficácia embasa a técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição e desencadeia a questão ligada à chamada eficácia horizontal - *Drittwirkung*, na doutrina alemã - , que significa a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais também nas relações privadas, tema que é considerado uma das mais importantes consequências da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Segundo a doutrina tradicional, dominante no século XIX, os direitos fundamentais tinham por objetivo proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado e, como tal, não apresentavam relevância nas relações entre particulares. Entretanto, o reconhecimento de que os direitos fundamentais não se limitam ao direito de defesa, para conter o poder estatal, mas também compreendem postulados de proteção, conferiu supedâneo à teoria que defende sua aplicação no âmbito do direito privado.

Com efeito, o desenvolvimento da sociedade pulverizou o poder, antes concentrado nas mãos do Estado. As diversas formas de organização surgidas na órbita privada passaram a assumir relevantes funções, desenvolvendo-se também entre elas o fenômeno do poder, que deixou de ser atributo exclusivo do Estado. Existe na sociedade contemporânea, marcada que é pela complexidade, relações jurídicas entre particulares em que não impera o dogma da igualdade, verificando-se amiúde verticalidade, desigualdade e sujeição, com

manifesta superioridade de uma das partes sobre as outras, o justificar a adoção da teoria da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao explicar a tese que advoga a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Pereira (2006, p. 148) afirma que esta toma em consideração, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. Quando se examina os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – que é, precipuamente, garantir níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos - , mostra-se razoável defender sua aplicação em todas as hipóteses onde possa haver comprometimento dessa esfera de autogoverno. Para esse efeito, é irrelevante que a redução do âmbito da autonomia decorra de ato de um poder privado ou de um poder público. “Se uma das partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio da liberdade.” (PEREIRA, 2006, p. 148). Acrescenta que, conforme registra Bilbao Ubillos, não causa surpresa constatar que a fértil teoria da eficácia privada tenha nascido e se desenvolvido no âmbito das relações trabalhistas. (PEREIRA, 2006, p. 149)

A experiência demonstra a pertinência da observação. O âmbito laboral, em razão de suas particularidades, em especial a subordinação jurídica do empregado, é propício à chamada horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, à aplicação desses direitos a relações entre particulares. Como consequência imediata da celebração do contrato de trabalho, surge para o empregador os poderes de organização, fiscalização e disciplina do trabalho, que encontram fundamento no

art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.” Consequência do poder diretivo assegurado ao empregador é a sujeição do empregado, que assume dependência hierárquica perante o empregador. Há, portanto, manifesta assimetria de poder, circunstância que pode fomentar a exacerbação das faculdades próprias dos poderes de direção e disciplinar enfeixados nas mãos do empregador. Indispensável, assim, o recurso aos direitos fundamentais justamente para coarctar eventuais abusos de parte do empregador, o que alcança, inescandivelmente, as atitudes discriminatórias.

4 A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

4.1 O princípio da igualdade

O judaísmo, religião monoteísta mais antiga do mundo e que se originou por volta do século XVIII a.C., ofereceu relevante contribuição para a ideia de igualdade perante a lei, intensamente exaltada por ocasião das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ao sustentar que todos os homens têm direito ao tratamento isonômico, tanto em face das leis religiosas quanto diante das leis humanas (BAEZ, 2012, p. 19). O Cristianismo, que surgiu há mais de 2.000 anos, a partir dos ensinamentos de Jesus de Nazaré, escritos no Novo Testamento por seus apóstolos, destacava, dentre outros princípios, a igualdade entre os homens (BAEZ, 2012, p. 20). Dentre as vertentes filosóficas, destaca-se a contribuição da civilização egípcia

(3150 a. C.), que não admitia diferenciação entre pessoas com base na posição por elas ocupada. O Código de Hamurabi, instituído pelo Rei da Babilônia, Khammu-rabi (1792-1750 a.C) estabelecia expressamente a igualdade diante da ordem jurídica. (BAEZ, 2012, p.22-23)

A Revolução Industrial do século XIX demonstrou a insuficiência da igualdade formal perante a lei, que permitia a exploração dos mais fracos pelos mais fortes economicamente, gerando e exacerbando as desigualdades sociais (BAEZ, 2012, p. 44). As reações a esse estado de coisas, que deram origem ao socialismo e à criação de organizações de trabalhadores, ensejaram o aprimoramento da noção de igualdade e da participação do Estado na execução de ações visando à justiça social, nascendo então o conceito de igualdade real ou material. (BAEZ, 2012, p. 44)

O sentido primário do princípio da igualdade é negativo, pois estriba-se na proibição de privilégios e de discriminações, os primeiros entendidos como situações de vantagem não fundada e as segundas como situações de desvantagem. (MIRANDA, 2012, p. 280). A igualdade é princípio que tem dupla finalidade: de um lado corporifica garantia individual contra perseguições e, de outro, impede favoritismos. (MELLO, 1999, p. 23)

Na Constituição Brasileira, o princípio da igualdade, em seu sentido jurídico-formal, acha-se insculpido no art. 5º, *caput*², que abre o capítulo dos direitos e deveres individuais e

.....
2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

coletivos. O princípio é fortalecido mercê da inserção de outras diversas normas acerca da igualdade, a par daquelas que contemplam regras de igualdade material. Cita-se, a título de exemplo, o art. 7º, inciso XXX, que proíbe qualquer distinção de salários, de exercício de funções e de critério de admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil. A enfática oposição a qualquer força de discriminação, prevista no inciso IV³, do art. 3º (que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil), representa, aliada a outros dispositivos de finalidades análogas, a preocupação com o alcance da igualdade material.

4.2 A discriminação nas relações de trabalho: o problema da discriminação em razão da origem

Consoante se observa da redação conferida ao inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal, é vedado preconceito e discriminação com base na origem, raça e cor. Origem representa o ponto de partida da pessoa. Este pode ser o local de nascimento (naturalidade), a identificação com uma cidade, estado ou país de onde a pessoa é originária, a procedência de um grupo social, de um povo ou etnia. A origem como critério diferenciador interdita, portanto, o preconceito, ou a discriminação, em razão da origem da pessoa, o que alcança o local de proveniência, a classe social de onde procede, ou sua origem étnica/racial. (COUTINHO, p.85)

.....
3 O inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal, tem a seguinte redação: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Meyer-Pflug (2009, p. 104-110) afirma que o preconceito “é uma opinião equivocada que é considerada por determinadas pessoas como verdadeira”. Acrescenta que, para Norberto Bobbio, os preconceitos podem ser classificados em individuais, que são aqueles relacionados com superstições e crenças, e sociais, que são aqueles empregados por um determinado grupo social em relação a outro, sendo este o mais perigoso, em razão de que pode conduzir a conflitos severos entre grupos sociais, inclusive ao uso da violência e até a guerras. Para o mesmo autor, os preconceitos de grupo são muitos, destacando-se, no ambiente mundial, o preconceito nacional e o de classe. A discriminação é a principal consequência do preconceito de grupo, sendo mais intensa do que a simples diferença, na medida em que é usada em sentido depreciativo, alicerçando-se em critérios desarrazoados, em geral ligados à ideia de primazia de um grupo em relação ao outro. Pode alcançar opiniões políticas, raça, sexo, religião, etnia, nacionalidade, situações pessoais e sociais.

O princípio da igualdade é aplicável tanto às relações dos cidadão frente ao Estado como nas relações entre particulares, com destaque para o âmbito laboral, onde predomina a assimetria de forças entre as partes, em razão do poder de direção inerente ao empregador e do estado de sujeição do trabalhador, que decorre da subordinação jurídica, traço característico do contrato de emprego.

As práticas discriminatórias em razão da origem e que alcançam, dentre outros, o estrangeiro, presentes no Brasil e continuamente

denunciadas pela imprensa⁴ e pelos defensores de direitos humanos, não constituem novidade. O matemático iraniano, conhecido como Alberumi, responsável por escrever o primeiro livro geral a respeito da Índia, no início do século XI, constatou, em seus estudos, a discriminação de que eram alvo os estrangeiros em distintas nações do mundo, registrando seus protestos diante da prática e estimulando atitudes de entendimento recíproco e tolerância. (BAEZ, 2012, p. 33)

Baumann assinala que *“as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização”* (2009, p. 32), acrescentando que a onipresença de estrangeiros adiciona considerável dose de inquietação aos desejos e ocupações de seus habitantes, sendo fonte inesgotável de ansiedade e agressividade dissimulada e muitas vezes manifesta. (BAUMANN, 2009, p. 36)

Considera-se estrangeiro quem nasceu fora do território nacional e que não adquiriu, por qualquer das formas previstas na Constituição Federal, a nacionalidade brasileira. Os estrangeiros podem ser residentes ou não residentes. Os primeiros, como regra geral, desfrutam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres dos brasileiros. Admitem-se, contudo, as limitações expressamente previstas em lei⁵. No que respeita ao trabalho, não é permitida, segundo se extrai do disposto no art. 5º, *caput*, e do inciso XIII, do mesmo

artigo da Constituição Federal, qualquer discriminação, mesmo que indireta, contra os estrangeiros residentes no país, ressalvadas as restrições inscritas na própria Constituição, destacando-se aquela contida no art. 37, inciso I.⁶

A discriminação, entretanto, no que respeita à origem, não se limita ao estrangeiro. Alcança também, no Brasil, os trabalhadores nordestinos, que, oriundos de região menos desenvolvida e pobre, enfrentam dificuldade de acesso ao trabalho em razão do estigma da desqualificação, da indolência e da indisciplina. Coutinho (p. 86) alerta para o conteúdo discriminatório dos critérios de seleção de vaga que incluem a “boa aparência”, que evidencia racismo, na medida em que a aparência da pessoa demonstra sua raça, sua cor e também sua origem.

A dimensão básica da dignidade humana, consoante alhures foi dito, significa atributo ínsito a todos os indivíduos, que não permite sua coisificação ou restrição de seu estado de sujeito de direitos. A dimensão cultural da dignidade humana diz respeito à maneira e às circunstâncias em que a dimensão básica da dignidade humana é colocada em prática pelos diversos grupos sociais ao longo do tempo (BAEZ, 2011, p. 36-37). A discriminação do trabalhador, em razão de sua origem, fere as dimensões básica e cultural da dignidade humana, na medida em que limita sua condição

4 Matéria publicada em 27.12.2011 pelo periódico Brasil de Fato, sob o título “Imigrantes criticam discriminação e restrição a direitos no Brasil” e disponível em <<http://www.brasildefato.com.br>> denuncia as dificuldades enfrentadas no Brasil pelos trabalhadores bolivianos.

5 Lei 6.815/80, arts. 95 a 110.

6 Dispõe o inciso I, do art. 37: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”

de sujeito de direitos e desrespeita a diversidade, as peculiaridades culturais e sociais. Também revela descaso diante do direito à diferença e ao reconhecimento e ignora função básica dos direitos fundamentais, supra analisada, dizente com a não discriminação.

4.3 O direito à diferença e ao reconhecimento: os direitos humanos como instrumento para promoção do respeito às diferenças

O confucionismo, sistema filosófico idealizado pelo filósofo chinês K'ung-Fu-Tzu (Confúcio), entre 551 e 478 a.C., destacava, dentre outros valores, o direito à integridade moral e física, manifestado pela necessidade de respeito e proteção pelo outro, com vistas à harmonia das relações sociais, fundada na solidariedade para com o outro. O direito fundamental de proteção à diversidade, defendido enfaticamente no século XXI, encontra suas raízes primárias no Taoísmo, escola filosófica fundamentada nos textos de Tao Te Ching, da lavra de Lao Tzu (entre os anos de 460 a. C. e 380 a. C.). Essa doutrina defendia o respeito às tendências naturais individuais. Afirmava que os seres humanos são capazes, naturalmente, de eleger e observar suas inclinações interiores e estas permitem conciliação coletiva, desde que exista acatamento recíproco às diferenças daí resultantes (BAEZ, 2012, p. 19-20).

Miranda (2012, p. 264) ressalta que vem se tornando comum nas sociedades contemporâneas, que se distinguem pela pluralidade, heterogeneidade e, por vezes, pela multiculturalidade, a busca de equilíbrio entre bem comum e necessidades de grupo, bem

como entre a igualdade e o chamado direito à diferença.

Tramontina (2010, p.117-144) examina os direitos humanos e a justiça social. Indaga se a última é uma questão de distribuição ou de reconhecimento. Aduz que um dos representantes mais destacados do paradigma da distribuição é John Rawls e do paradigma do reconhecimento Axel Honneth, acrescentando que o propósito de seu estudo é realizar comparativo entre os dois paradigmas e examinar a possibilidade de sua compatibilização, consoante a proposta de Fraser. Segundo este, há reconhecimento quando os padrões institucionalizados de valoração cultural colocam os atores sociais como iguais e não há reconhecimento quando determinam relações de subordinação e exclusão. As demandas por reconhecimento têm por finalidade retirar do contexto institucional padrões de valoração cultural que não permitem a paridade de participação e trocá-los por outros que a promovam. Conclui que a proposta de Fraser, não obstante alguns aspectos problemáticos, é instigante e suscita novas investigações. (TRAMONTINA, 2010, p. 136)

Hahn (2013) assinala que os estudiosos pós-modernos reconhecem que os direitos humanos são construção social e cultural. Por tal razão, estão sujeitos a conceituações diversas, não obstante o fundamento repouse em noção supostamente comum de dignidade da pessoa humana como princípio ético-filosófico. Para avançar no exercício da nova cidadania cosmopolita, é necessário considerar a necessidade de diálogos entre as culturas, respeitando o pluralismo cultural. A dignidade humana, fundamento dos direitos humanos,

ostenta caráter de reivindicação, de lutas para ocupar um lugar com reconhecimento e respeito. Nunca a humanidade viveu momento histórico com tantas perplexidades e contradições. Para um segmento, os grandes avanços da tecnocultura apontam para a realização feliz da humanidade, enquanto a ética e antropologia filosófica olham-nos com reservas. Por isso, a indispensabilidade de compromisso com um referencial crítico dos direitos humanos em sua dimensão de resistência, de reconhecimento da alteridade, de emancipação, portanto, de interculturalidade. Inegável, ainda, o dilema acerca da compreensão dos direitos humanos numa perspectiva universal diante dos desafios das diversidades culturais. Não obstante seja prudente a existência de valores que devam ser considerados universais, não se pode fechar os olhos para as diferenças. Impende efetuar reconstrução acerca do atual paradigma dos direitos humanos. Menciona que, para Boaventura de Sousa Santos, os direitos humanos somente encontrarão sua efetividade na medida em que não mais forem considerados universais, mas, sim, interculturais. Todos são convidados a acolher o outro e com ele entrar em diálogo.

Lucas (2010, p. 165-170) acentua que a globalização, que não é fenômeno exclusivo da sociedade contemporânea, desafia as formas conhecidas de promover a identidade cultural, esta havida como o lugar particular do homem no mundo, dependente de conjunto de fatores sociais específicos. Cria singularidade coletiva e esta passa a apresentar necessidades. A identidade sempre diz respeito à cultura e é marcada pela diferença, somente percebida quando comparada com outras culturas. Cultura é entendida como as particularidades comportamentais, de costumes, imagens, regras e saberes que unem determinado

grupo e o distingue de outros. A cultura, usos e costumes sociais definem identidades e representam reação à padronização do mundo global, que uniformiza, mas não universaliza. A ideia de comunidade é retomada. A lealdade e o sentido de pertencimento são recuperados.

Para o doutrinador (LUCAS, 2010, p. 176-185), as novas tecnologias interligam o mundo, reduzem distâncias e relativizam a noção de tempo. Particularidades locais e manifestações próprias de determinadas culturas são transmitidas ao mundo e passam a ser avaliadas pelo outro diferente. Como reação à igualização imposta pelo fenômeno globalizante, levanta-se a defesa das diferenças. Ao ser conhecida mundialmente, a cultura de uma certa comunidade provoca estranhamento e determina a delimitação, por outras comunidades, de suas particularidades. A identidade precisa, portanto, da diferença para se formar. A globalização ensejou intensa convivência entre as culturas e, em consequência, o exame recíproco e a percepção das diferenças. São inegáveis as exigências de igualdade e diferença em todo o mundo, com a conseqüente luta por reconhecimento local e global, o que determina fundamentalismos de toda ordem. Para minimizar a tensão entre direitos humanos universais e particularismo cultural, é preciso encontrar maneira de administrar as singularidades de cada cultura, afirmadoras da identidade do grupo, mostrando-se mais adequadas medidas compensatórias do que igualitárias. É preciso, diante da sociedade multicultural, promover o diálogo, que conduza os indivíduos a engajarem-se em projeto comum de responsabilidades. Cumpre aos direitos humanos, diante do cenário de diferenças, muitas concorrentes, produzir cultura de respeito e de responsabilidades comuns para a humanidade, sem eliminar as características

próprias de cada identidade cultural.

As lições podem ser transpostas para a seara laboral. Nesta a discriminação encontra terreno fértil, consoante demonstra a experiência diária, notadamente em razão da desigualdade ditada pelo estado de subordinação do trabalhador e pela dificuldade para conviver com as dessemelhanças, notadamente no panorama globalizado, em que o crescente deslocamento de pessoas e os intercâmbios culturais acentuam as diferenças. Neste cenário, os direitos humanos, com destaque para a categoria direitos fundamentais e para a dignidade, têm potencial para cumprir importante papel, definido na promoção de cultura de inclusão, de proteção e de respeito às diferenças.

CONCLUSÃO

A preocupação com os direitos humanos vem recebendo dos vários segmentos formadores do pensamento jurídico nacional e mundial particular atenção, em especial da hermenêutica constitucional e da Filosofia do Direito. O cuidado é justificado pela importância e pela complexidade do tema. As reflexões que permeiam o assunto envolvem o próprio significado semântico das expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Verifica-se significativa diversidade terminológica, inclusive na própria Constituição Federal brasileira.

A doutrina empenha-se em dissecar as múltiplas facetas da temática, sem, contudo, encontrar univocidade, ademais aspiração irrealizável em razão da realidade cambiante e multiforme do mundo contemporâneo. Não obstante, mostrou-se possível identificar ponto de consenso acerca da aceção das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, significando os primeiros os direitos válidos

para todos os povos e em todas as épocas, que os homens possuem por natureza, e cuja finalidade é proteger e realizar a dignidade humana, enquanto a segunda diz respeito aos direitos humanos inseridos no direito constitucional positivo de cada Estado.

Controvérsia semelhante àquela que alcança o significado das expressões direitos humanos e direitos fundamentais é encontrada no aspecto pertinente à fundamentação de tais direitos. Destaca-se a lição de Norberto Bobbio, para quem o problema principal dos direitos humanos atualmente não se encontra em sua justificação e sim em sua proteção.

No tocante às funções dos direitos fundamentais, dentre os múltiplos papéis apontados pela doutrina, elegeu-se, em razão de sua objetividade e precisão, a classificação preconizada por J.J. Gomes Canotilho, assim estruturada: (a) função de defesa ou de liberdade; (b) função de prestação social; (c) função de proteção contra terceiros; (d) função de discriminação, esta de particular interesse ao estudo, em razão de seu objetivo central, qual seja, examinar o papel dos direitos fundamentais como instrumento de combate à discriminação das relações de trabalho.

Fez-se, ao longo da pesquisa, o indispensável exame dos direitos fundamentais em paralelo com o princípio da dignidade humana, em razão de seu vigoroso entrelaçamento. O último é havido elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado Democrático de Direito, tal como disposto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal. Trata-se de supraprincípio constitucional que inspira e orienta todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. Constatou-se a dificuldade enfatizada pela doutrina para encontrar definição da dignidade

humana, destacando-se, por seu ineditismo e acuidade, a tese proposta por Narciso Leandro Xavier Baez para melhor entendê-la. O doutrinador separa a dignidade em dois planos de exame, denominando o primeiro de dimensão básica, que protege o indivíduo contra toda e qualquer forma de coisificação ou de redução de seu status como sujeito de direito, e o segundo de dimensão cultural, que preserva a diversidade moral, representada pelas diferentes formal escolhidas pelas diversas sociedades para implementar o nível básico da dignidade humana.

Relativamente à eficácia dos direitos fundamentais, colheu-se que foram concebidos originariamente para proteger o cidadão das ingerências indevidas do Estado. A evolução das relações sociais e o incremento de suas necessidades exigiram a chamada vinculação positiva dos poderes públicos, que significa o agir do Estado, obrigando-o à prestação jurídica e material. A progressiva assimilação da força normativa da Constituição determinou a compreensão acerca da necessária irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais também nas relações privadas, com destaque para a seara laboral. Nesta a assimetria de forças reclama a chamada horizontalização dos direitos fundamentais, mostrando-se estes instrumentos relevantes para coarctar eventuais abusos por parte do empregador, em especial as práticas discriminatórias.

À compreensão da temática central mostrou-se indispensável o exame do princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e fortalecido mercê da inserção, no texto constitucional, de outras diversas normas que contemplam a igualdade formal e material, cujo conteúdo configura a veemente oposição a todas e quaisquer formas de discriminação.

O inciso IV, do art. 3º, da Carta Magna, veda expressamente o preconceito e a discriminação com base na origem, raça e cor, alcançando a primeira o local e classe social de proveniência e significando as últimas a origem étnica e racial.

São múltiplas as práticas discriminatórias em razão da origem na seara laboral, destacando-se as fundadas em questões raciais, aquelas que atingem o estrangeiro e os trabalhadores oriundos de regiões menos desenvolvidas e pobres. Tais condutas ofendem as dimensões básica e cultural da dignidade humana do trabalhador, na medida em que limitam sua condição de sujeito de direitos e desrespeitam a diversidade e as peculiaridades culturais e sociais.

Os direitos humanos representam construção social e cultural, estando sujeitos a conceituações diversas. Seu fundamento, entretanto, repousa em noção comum de dignidade humana como princípio ético-filosófico. A dignidade humana, como alicerce que é dos direitos humanos, ampara o direito à diferença e ao reconhecimento.

Incumbe aos direitos humanos, no cenário contemporâneo, marcado pelas diferenças, não raro concorrentes, sedimentar cultura de respeito e de tolerância. Sua missão agiganta-se no âmbito das relações trabalhistas. Nestas, as desigualdades ínsitas ao estado de subordinação do trabalhador fomentam a discriminação. A globalização enseja o crescente deslocamento de trabalhadores e os intercâmbios culturais conferem realce às diferenças. Neste ambiente, os direitos humanos, com destaque para a categoria direitos fundamentais e para o princípio da dignidade, mostram-se instrumentos imprescindíveis para promover cultura de inclusão, de proteção e de respeito às diferenças.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). **A Realização e a Proteção dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI**. Joaçaba: UNOESC, 2011.
- _____. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). **A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: UNOESC, 2012.
- BAUMANN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10ª impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: 1999.
- COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2007.
- COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. **Revista da ESMESC**, Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 107-120, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdades de Oportunidades**. Disponível em www.oitbrasil.org.br/sites/default/.../oit_igualdade_racial_05_234.pdf. Acesso em: 18 de julho de 2013.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Saúde mental do trabalhador: direito fundamental social, reparação civil e ações afirmativas da dignidade humana como forma de promoção**. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. (coord.) **Dimensões Materiais e Eficazes dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.
- HAHN, Paulo. Repensar os Direitos Humanos no Horizonte da Pluralização e da Interculturalidade. In: HAHN, Paulo (Org.). **Direitos fundamentais: desafios e perspectivas**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.
- _____. *Slides* de aulas proferidas no Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado em Direitos Fundamentais. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disciplina: Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos fundamentais. Chapecó: 2013.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Leopoldo Holzbach.

São Paulo: Martin Claret, 2003.

LIMA, Eduardo Sales de. Imigrantes criticam discriminação e restrição a direitos no Brasil. *Brasil de Fato: uma visão popular do Brasil e do mundo*. 27.12.2011. Disponível em <http://www.brasiledefato.com.br>. Acesso em: 23 jul.2013.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 7ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV, 5a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Escritos vários sobre Direitos Fundamentais**. Portugal: Princípiá, 2006.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto

(organizador). **A nova interpretação constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

TRAMONTINA, Robison. Direitos Humanos e Justiça Social. In: HAHN, Paulo (Org.). **Direitos fundamentais: desafios e perspectivas**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.

Publicada originalmente na Revista física do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - a. 38, n. 70, jan./dez. 2013, p. 83-121

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: CERTIDÃO DE ANTECEDENTES PARA ADMISSÃO DE EMPREGADO

Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Discute-se a respeito da licitude da conduta do empregador de exigir e solicitar certidão de antecedentes criminais para a admissão do empregado.

A Constituição da República, no art. 5.º, inciso XXXIV, alínea b, determina ser assegurada a todos, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Ainda a respeito do tema em estudo, o art. 5.º, inciso XIV, assegura a todos o acesso à informação.

A consulta e a exigência de certidão de antecedentes criminais, pelo empregador, assim, decorrem dos mencionados direitos fundamentais.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988, no art. 5.º, inciso X, dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas.

Além disso, integram 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. 3.º, inciso IV, da CRFB/1988).

A discriminação é, portanto, vedada, o que também se confirma pelo art. 5.º, inciso XLI, da Constituição da República, ao prever que a lei deve punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

O art. 7.º, nos incisos XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal de 1988, apresenta disposições pertinentes ao Direito do Trabalho fundadas na vedação de discriminação.

A Convenção 111 da OIT, de 1959, aprovada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 62.150/1968, trata da discriminação em matéria de emprego e profissão.

A discriminação, ao contrariar o



.....
Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela Universidad de Sevilla. Pós-Doutorado em Direito pela Universidad de Sevilla. Professor Universitário em cursos de graduação e pós-graduação. Advogado e Consultor jurídico. Foi Juiz do Trabalho das 2.ª, 8.ª e 24.ª Regiões

princípio da igualdade, significa o preconceito exteriorizado pela pessoa, grupo, comunidade ou sociedade, representando uma distinção, exclusão ou preferência infundada, ou seja, não justificável[1].

A Lei 9.029/1995, no art. 1.º, também proíbe a 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 art. 7.º, inciso XXXIII, da CF/1988).

Como se pode notar, os direitos fundamentais à privacidade e de não discriminação se opõem à exigência e à consulta de certidão de antecedentes criminais, no caso, para a admissão do empregado.

A respeito da matéria em estudo, cabe salientar a presença de leis especiais que autorizam a exigência de certidão de antecedentes criminais pelo empregador, para o objetivo específico de contratação de empregados que exercem certas funções.

Nesse sentido, a Lei 5.859/1972, no art. 2.º, inciso II, prevê que para admissão ao emprego deve o empregado doméstico apresentar “atestado de boa conduta”.

Da mesma forma, a Lei 7.102/1982, art. 16, inciso VI, dispõe que para o exercício da profissão, o vigilante deve preencher, entre outros, o requisito de “não ter antecedentes criminais registrados”.

Nota-se que, nas hipóteses acima, a lei

infraconstitucional fez prevalecer os princípios fundamentais de acesso à informação e de obtenção de certidões em repartições públicas.

Na realidade, a questão em análise deve ser examinada sob o enfoque da colisão de princípios, relativos a direitos fundamentais, com a incidência do princípio (ou máxima) da proporcionalidade, em seus três níveis (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito), para que se possa aferir se a restrição estabelecida em lei, a um dos direitos fundamentais envolvidos, é (ou não) constitucional.

Vale dizer, as previsões dos diplomas legais referidos, ao estabelecerem restrições a certos direitos fundamentais envolvidos quanto ao tema (privacidade e não discriminação), para serem consideradas constitucionais, devem atender ao princípio da proporcionalidade.

Sendo assim, tendo em vista as peculiaridades das funções envolvidas, as mencionadas disposições legais podem ser consideradas constitucionais: se adequadas quanto ao meio utilizado, levando em conta o objetivo que se busca atingir; se necessárias para alcançarem os fins pretendidos; se não acarretarem restrições excessivas aos direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido estrito), em exame de ponderação entre os valores e os direitos em discussão.

Pode-se entender que, nos casos em questão, o princípio do acesso a informações, por meio de certidões públicas, é necessário ao exercício das funções disciplinadas nas Leis 5.859/1972 e 7.102/1982.

Não se observa, por outro lado, violação ao princípio da igualdade, uma vez que este deve ser interpretado em seu enfoque substancial, por ser vedado tratar de forma igual os que estão em situação desigual.

Diversamente, para outras funções, a lei não prevê, expressamente, a possibilidade de exigência de certidão de antecedentes criminais para a admissão do empregado.

Assim, não sendo imprescindíveis as referidas informações, pode-se entender que devem prevalecer os princípios da privacidade e da não discriminação. Por outro lado, se, conforme as circunstâncias do caso concreto e a função a ser exercida, houver necessidade de se ter conhecimento de informações sobre antecedentes criminais, justifica-se a sua exigência[2].

A respeito do tema, cabe destacar os seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho:

“Recurso de revista. Exigência de antecedentes criminais em entrevista de admissão em emprego para exercício de cargo de atendente com acesso a dados pessoais de clientes. Limites do poder diretivo empresarial. Contraponto de princípios constitucionais: princípio do amplo acesso a informações, especialmente oficiais, em contrapartida ao princípio da proteção à privacidade e ao princípio da não discriminação. Ponderação. A Constituição da República consagra o princípio do amplo acesso a informações (art. 5.º, XIV: – é assegurado a todos o acesso à informação... –, CF), especialmente em se

tratando de informações oficiais, prolatadas pelo Poder Público (art. 5.º, XXXIII, e art. 5.º, XXXIV, b, CF). Em contraponto, também consagra a Constituição o princípio da proteção à privacidade (art 5.º, X, da CF) e o princípio da não discriminação (art. 3.º, I e IV; art. 5.º, caput; art. 7.º, XXX, CF). Nessa contraposição de princípios constitucionais, a jurisprudência tem conferido efetividade ao princípio do amplo acesso a informações públicas oficiais nos casos em que sejam essenciais, imprescindíveis semelhantes informações para o regular e seguro exercício da atividade profissional, tal como ocorre com o trabalho de vigilância armada – regulado pela Lei 7.102 de 1982, art. 16, VI – e o trabalho doméstico, regulado pela Lei 5.859/1972 (art. 2.º, II). Em tais casos delimitados, explicitamente permitidos pela lei, a ponderação de valores e princípios acentua o amplo acesso a informações (mormente por não se tratar de informações íntimas, porém públicas e oficiais), ao invés de seu contraponto principiológico também constitucional. Contudo, não se mostrando imprescindíveis e essenciais semelhantes informações, prevalecem os princípios constitucionais da proteção à privacidade e da não discriminação. Na situação em tela, envolvendo trabalhador que se candidata à função de operador de telemarketing ou de call center, a jurisprudência do TST tem se encaminhado no sentido de considerar preponderantes os princípios do respeito à privacidade e do combate à discriminação, ensejando a conduta empresarial, por consequência, a lesão moral passível de indenização (art. 5.º, V e X, da CF). Recurso de revista conhecido e provido” (TST, 3.ª T., RR 102400-35.2013.5.13.0007, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 30.05.2014).

“Recurso de revista. Dano moral. Exigência de exibição de certidão de antecedentes criminais. Atendente de telermarketing. Conduta discriminatória. A exigência de certidão de antecedentes criminais para admissão em emprego, além de ser uma medida extrema, porque expõe a intimidade e a integridade do trabalhador, deve sempre ficar restrita às hipóteses em que a lei expressamente permite. Recurso de revista conhecido e provido” (TST, 6.^a T., RR 140100-73.2012.5.13.0009, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 06.12.2013).

De todo modo, cabe acompanhar o posicionamento da jurisprudência sobre essa importante e controvertida questão, em especial do Supremo Tribunal Federal.

[1] Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 103.

[2] Cf. ainda: “Agravo de instrumento. Recurso de revista. Responsabilidade civil. Dano moral. Exigência de antecedentes criminais. 1. A exigência de certidão negativa de antecedentes criminais de candidato ao emprego, por si só, não implica violação à dignidade, à intimidade ou à vida privada, máxime se justificada pela necessidade da empresa em aproveitá-lo em atividades que envolvam uma maior parcela de fidúcia pelo acesso a informações confidenciais dos clientes. 2. Ausência de afronta ao art. 5.^o, incisos V e X, da Constituição Federal e ao art. 186 do Código Civil. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento” (TST, 4.^a T., AIRR 140300-83.2012.5.13.0008, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 24.06.2014).

Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2014/10/29/colisao-de-direitos-fundamentais-exigencia-de-certidao-de-antecedentes-criminais-para-a-admissao-de-empregado/> Acesso em 11/03/2015



Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relatora Desembargadora Marlene T. Fuverki Sugumatsu, publicado no DJE em 18/09/2009.

DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. DISCRIMINAÇÃO. O assédio moral caracteriza-se como a atitude deliberadamente perversa, com objetivo de afastar o indivíduo do mundo do trabalho, conduta abusiva capaz de trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. Essa definição não restringe o tipo normativo do assédio moral como sendo aquele que se dá entre o superior hierárquico em relação ao subordinado. Basta a conduta abusiva manifestada no ambiente de trabalho que possa implicar dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica do trabalhador. Demonstrada a conduta discriminatória por parte dos empregados de uma empresa, sem que a empregadora tenha exercido seu dever de fiscalização e prevenção de tal atitude, restam configurados a conduta abusiva, dano moral, o nexo causal e a culpa do réu, que justifica o acolhimento do pedido da autora de condenação em indenização por danos morais. Recurso ordinário da autora a que se dá provimento parcial, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de discriminação no ambiente de trabalho.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **2ª VARA DO TRABALHO DE UMUARAMA - PR**, sendo recorrentes **B.I. S.A.** e **B. F. C. D. C.** e recorridos **OS MESMOS**.

RELATÓRIO

Inconformados com a sentença de fls. 554-566, complementada pela correção de erro material de fl. 611, que acolheu em parte os pedidos constantes na petição inicial, recorrem as partes.

Pelas razões de fls. 569-594, o réu postula a reforma da decisão quanto à compensação de jornada, não consideração dos cinco primeiros minutos até o limite de 10 (dez) minutos diários como horas extras, abatimento mês a mês, base de cálculo, indenização por dano moral, *quantum* indenizatório, honorários periciais, multa convencional, descontos previdenciários, correção monetária e juros. Depósito recursal efetuado à fl. 595. Custas recolhidas à fl. 596. Procuração às fls. 225-232.

A autora, por sua vez, pelas razões de fls. 597-607, pretende que se modifique o julgado com relação ao valor arbitrado a título de indenização por dano moral decorrente de doença ocupacional e danos morais decorrentes da prática discriminatória. Procuração à fl. 17.

Contrarrazões apresentadas, pela autora às fls. 615-636 e pelo réu às fls. 640-647.

Encaminhados os autos ao Ministério Público do Trabalho, foi emitido o parecer de fl. 659, em que a Procuradora, Vanessa Kasecker Bozza, manifesta-se no sentido de ser desnecessária a intervenção do *Parquet* Laboral.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** dos recursos ordinários interpostos.

MÉRITO

(...)

RECURSO ORDINÁRIO DE BEATRIZ FLORES CHAVES DA CONCEIÇÃO

“quantum” do dano moral

A autora alega que o valor fixado a título de indenização por danos morais é insuficiente e não condiz com o sofrimento que lhe fora ocasionado em 20 (vinte) anos de labor. Pleiteia a majoração da indenização para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Nos termos da fundamentação exposta no tópico relativo à redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, do recurso ordinário interposto pelo réu, entendo ser razoável o montante de R\$ 60.000,00 fixado em primeiro grau. **Mantenho.**

dano moral decorrente da prática discriminatória

Ao requerer a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de doença profissional adquirida, que resultou em incapacidade parcial para o trabalho, a autora incluiu, em seus argumentos, que sofria de discriminação e assédio moral, na medida em que, após o processo de privatização do Banco B., seu antigo empregador, passou a ser obrigada ao cumprimento de tarefas cansativas e atingimento de metas exaustivas, bem como sofria ameaças de despedimento. Postulou, entretanto, apenas uma indenização, no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

A autora foi dispensada em 4 de janeiro de 2005, porém reintegrada ao serviço, por meio de decisão judicial, do qual, entretanto, encontra-se afastada em virtude de doença (câncer de mama).

O Juízo de primeiro grau, relativamente à existência de dano moral por atitude discriminatória, concluiu não haver provas nesse sentido. Ressaltou, inclusive, que, apesar da autora alegar que era

incumbida da realização de metas exaustivas, os depoimentos constantes nos autos demonstraram o oposto. Ainda, asseverou que as eventuais exclusões ou menções à dispensa da autora partiram de colegas de trabalho de mesmo nível hierárquico, o que não caracterizaria atitude discriminatória.

O assédio moral caracteriza-se como a atitude deliberadamente perversa, com objetivo de afastar o indivíduo do mundo do trabalho, conduta abusiva capaz de trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 34).

Marie-France Hirigoyen, citada por Irany Ferrari e Melchíades Martins (*Dano Moral - Múltiplos Aspectos nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 99) define o assédio moral, para efeitos de relação de trabalho, como sendo “toda a conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamento, palavras, gestos, escritos, que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”. Essa definição não restringe o tipo normativo do assédio moral como sendo aquele que se dá entre o superior hierárquico em relação ao subordinado. Basta a conduta abusiva manifestada no ambiente de trabalho que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica do trabalhador.

Peli e Teixeira (*Assédio Moral. Uma Responsabilidade Corporativa*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 31), em termos de estrutura organizacional, reconhecem três tipos de assédio moral: *descendente*, *ascendente* e *horizontal*. O assédio *descendente* é o que se dá entre “um superior hierárquico sobre um subordinado”; o *horizontal* é aquele que se dá entre pessoas do mesmo nível hierárquico na empresa; *ascendente* é o que ocorre “de baixo para cima, ou seja, de um subordinado em relação ao seu superior hierárquico”.

Melchíades e Irany, na esteira dos ensinamentos de Hirigoyen, defendem que o assédio moral pode dar-se de quatro formas: descendente, ascendente, horizontal e vertical ascendente (“quando parte de um grupo de subordinados e se dirige a seu superior direto”). Portanto, a premissa adotada em sentença, de que só haveria assédio moral descendente, é equivocada, pois é perfeitamente possível assédio colateral, desde que presentes os demais elementos do tipo normativo (ambiente de trabalho; conduta abusiva e hostil; potencial lesivo à honra, à personalidade ou à dignidade do trabalhador).

A autora, em depoimento, alegou que seu relacionamento com o “pessoal do I.” (fl. 188) não era bom, porque havia certa discriminação destes com o “pessoal do B.”, ao qual fazia parte. Logo, os primeiros promoviam uma separação entre as turmas, inclusive em festas de confraternização. Essa discriminação ocorria, também, conforme aduziu, no repasse dos serviços e quanto às metas de autenticações. Declarou que aos caixas do I. eram repassados serviços mais fáceis e rápidos que, conseqüentemente, resultavam em maior número de autenticações, comparado com a quantidade de autenticações realizada pelos caixas do B., já que a estes restavam somente os serviços mais difíceis,

que tomavam mais tempo.

Dispensado o depoimento do preposto, foi ouvida a testemunha da autora, V. L. D. S. C., que alegou ter trabalhado no réu como caixa, desde a época do B.. Relatou que trabalhou com a autora na agência XXXX de 1989 até 2002/2003 e presenciou atos de discriminação direcionados a ela e aos demais colegas provenientes do B.. Perguntada sobre as formas de discriminação, respondeu que o pessoal do I. costumava dizer que lá, dorme-se, porém não se acorda empregado, bem como que eles (pessoal do B.) não tinham futuro. Confirmou o fato de que houve festa de confraternização exclusiva para os funcionários originários do I. e que havia manipulação, por meio dos caixas do I., do atendimento, para que o número de suas autenticações fosse superior ao dos caixas do B..

A testemunha indicada pelo réu, A. F. F., sempre trabalhou pelo I., como controlador de negócios, e, com a autora, somente a partir de meados de 2003, na agência 2910. Limitou-se a dizer que desconhece ter havido discriminação no ambiente de trabalho, assim como separação entre o pessoal do I. e os advindos do B.. Outra testemunha ouvida a pedido do réu foi A. R. D. A., gerente operacional desde fevereiro de 2001 e que trabalhou com a autora, na agência XXXX, do início de 2002 ao final de 2004. Em seu depoimento, corrobora a tese de que não houve qualquer tipo de discriminação.

Por fim, C. R. R. D. S., testemunha da autora, que com esta trabalhou até ser dispensado, em novembro de 2002, afirmou ter havido discriminação dos funcionários do B., pelo pessoal originário do I., citando, como exemplo, o fato de que, a estes empregados eram repassados envelopes de depósito em dinheiro e, àqueles, envelopes com cheques, o que gerava redução na quantidade de autenticações pelos últimos. Ainda, relatou que se sentia ameaçado, porque frequentemente ouvia comentários, do pessoal do I., de que lá “você pode anoitecer, mas pode não amanhecer” (fl. 413).

Da análise da prova oral, em especial dos depoimentos das testemunhas da parte autora, que se mostram mais robustos - uma vez que indicam situações específicas, ao contrário das testemunhas do réu que, além de não serem caixas, ainda se limitaram a alegar desconhecimento de situações de discriminação - conclui-se que, de fato, havia discriminação no ambiente de trabalho, por parte dos empregados originários do I., em face dos empregados do B., o que implica admitir a ocorrência de danos sobre direitos de personalidade da autora.

Não se pode negar que, em hipóteses como a dos autos, de sucessão trabalhista, gera-se um campo extremamente suscetível para a ocorrência de disputas desse gênero, ainda que advenham de colegas de trabalho de mesmo nível hierárquico. Além do que, incumbe ao réu a fiscalização do ambiente de trabalho, no sentido de prevenir ou, se for o caso, rechaçar atitudes como as relatadas, em prol da preservação das relações de coleguismo e da higidez física e mental de seus empregados.

Reconhecidos a conduta abusiva, dano moral, o nexo causal e a culpa do réu, o pedido da autora de condenação em indenização por danos morais merece acolhida. O valor a ser arbitrado, no entanto, não será o pretendido na petição inicial.

Na esteira da fundamentação exposta nos tópicos anteriores, **reformo, em parte**, para reconhecer a ocorrência de dano moral decorrente de discriminação e condenar o réu ao pagamento de indenização no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Dou provimento parcial ao recurso ordinário da autora para reconhecer a ocorrência de dano moral decorrente de discriminação e condenar o réu ao pagamento de indenização no importe de R\$ 20.000,00.

CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,

por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**. No mérito, por unanimidade de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO RÉU** para, nos termos da fundamentação: **a)** atribuir à autora o ônus de suportar o pagamento das contribuições previdenciárias quanto à sua quota-parte; **b)** determinar a observância dos índices de correção monetária correspondentes ao do mês seguinte ao da prestação de serviços quanto aos salários e, quanto às demais verbas, de acordo com a data de exigibilidade, incidindo, ainda, sobre o crédito os juros de mora nos termos da Lei 8.177/1991; **c)** determinar que os juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais são devidos a partir da data da sentença. Por unanimidade de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA AUTORA** para, nos termos da fundamentação, reconhecer a ocorrência de dano moral decorrente de discriminação e condenar o réu ao pagamento de indenização no importe de R\$20.000,00.

Custas devidas pelo réu, no importe de R\$400,00, em razão do acréscimo arbitrado em R\$20.000,00 à condenação.

Intimem-se.

Curitiba, 25 de agosto de 2009.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU

Desembargadora Relatora



Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Desembargador Edmilson Antonio De Lima, publicado no DJE em 22/06/2010.

I. RELATÓRIO

Inconformado com a sentença prolatada pela Exma. Juíza Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira (fls. 387-394), que rejeitou os pedidos formulados na petição inicial, recorre o autor a este Tribunal.

O autor, D. C. D. O., postula a reforma do julgado quanto aos itens: a) horas extras; e b) danos morais (fls. 397-402).

Custas processuais dispensadas (fl. 394).

Contrarrazões apresentadas pelo réu, U. C. S. C. D. M., às fls. 406-409.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 18.000,00 (fl. 08), superior a dois salários mínimos na data do ajuizamento da ação, circunstância que afasta a hipótese da alçada a que se refere o § 4º do art. 2º da Lei nº 5.584/70.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho por ausência de interesse público a tutelar (art. 44 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e art. 45 do Regimento Interno deste Tribunal).

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

O recurso preenche todos os requisitos extrínsecos de admissibilidade: a) representação processual às fls. 09 (procuração); b) tempestividade: carga realizada no dia 19/01/2010 (fl. 396) e recurso interposto no dia 25/01/2010 (fls. 397-402); e c) desnecessário o preparo recursal, pois o recorrente é beneficiário da justiça gratuita (fls. 327 e 394).

As contrarrazões também preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade: a) representação processual às fls. 38 (procuração); e b) tempestividade: intimação da interposição de recurso publicada no dia 05/02/2010 (fl. 404) e contrarrazões protocolizadas no dia 12/02/2010

(fls. 406-409).

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto, assim como das respectivas contrarrazões.

2. MÉRITO

(...)

DANOS MORAIS

O autor não se conforma com a decisão de origem que indeferiu seu pedido de indenização por danos morais. Entende que os médicos I. A. C. e L. E. O. colocavam sua masculinidade em dúvida, o humilharam e denegriram sua imagem. Alega que as atitudes dos prepostos da ré denunciam discriminação e ofensa moral. Sustenta que as “brincadeiras” eram difamatórias e injuriosas e jamais deveriam ocorrer no ambiente de trabalho (fl. 399-402).

Para o deslinde da questão, faz-se necessário estabelecer os requisitos incontornáveis para ser concedida indenização por danos morais.

O conceito de danos morais, segundo os ensinamentos de Wilson de Melo da Silva (O Dano Moral, p. 1. *Apud* REIS. Clayton. Dano Moral. São Paulo: Forense, 3ª ed., p. 6) são concernentes ao seguinte:

“Lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito e sem patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”

No mesmo sentido, Valdir Florino define dano moral na obra Dano Moral e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr 1995. p. 34, nos seguintes termos:

“(...) como aquele decorrente de lesão à honra, à dor-sentimento ou física, aquele que afeta a paz interior do ser humano, enfim, ofensa que cause um mal, com forte abalo na personalidade do indivíduo. Pode-se dizer com segurança que seu caráter é extrapatrimonial, contudo é inegável seu reflexo sobre o patrimônio. A verdade é que podemos ser lesados no que somos e não tão-somente no que temos.”

Esclarece, ainda, José Alberto Couto Maciel na obra O Trabalhador e o Dano Moral. São Paulo: Síntese Trabalhista. Maio/95, p. 8, quanto ao dano moral e as relações de trabalho:

“(...) o trabalhador, como qualquer pessoa, pode sofrer danos morais em decorrência de seu emprego, e, acredito até, que de forma mais contundente do que as demais pessoas, uma vez que seu trabalho é exercido mediante subordinação dele ao empregador, como característica essencial da relação de emprego. Ora, o empregado, subordinado juridicamente ao empregador, tem mais possibilidade do que qualquer outro de ser moralmente atingido, em razão dessa própria hierarquia interna em que se submete à sua direção, a qual o vê, na maioria das vezes, como alguém submisso às suas ordens, de forma arbitrária. Em boa hora nosso direito constitucional evoluiu para integrar no país o dano

moral, e nenhum campo é tal fértil para amparar tal direito como o direito do trabalho, no qual a subordinação deve ser respeitada, sob pena de abuso moral e conseqüente ressarcimento.”

No tocante à reparação do dano causado à moral, conforme a teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo nosso Código Civil, prevalece como regra geral a existência de três elementos inseparáveis: o ato ilícito, comissivo ou omissivo; o dano efetivo e o nexo de causalidade. É o que se observa da redação do artigo 186 do Código Civil de 2002:

“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.”

Nessa linha de raciocínio, portanto, o simples fato de haver ocorrido perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, já é motivo suficiente para se caracterizar o dano moral.

Por outro lado, cumpre ao ofendido demonstrar de forma cabal e inequívoca a ofensa injusta, a lesão à honra e à dignidade para fazer jus à indenização. A condenação decorrente do dano moral só se justifica nos casos em que o ato imputado como causador seja ilícito e de tal modo lesivo que venha a deixar profundas cicatrizes no âmbito psicológico e emocional da pessoa.

Assim, para a configuração do ato ilícito faz-se imprescindível a presença dos seguintes requisitos: fato lesivo voluntário, decorrente de ação ou omissão, negligência ou imprudência do agente; dano material ou moral experimentado pela vítima e nexo causal entre o dano sofrido e o comportamento do agente.

O instituto da indenização por danos morais não pode ser banalizado nem a Justiça do Trabalho pode se transformar em instrumento da indústria de indenizações, devendo cada caso ser analisado cuidadosamente, evitando-se exageros e injustiças, e também que qualquer aborrecimento ou descontentamento se transforme em dano moral, mesmo porque o fato a ensejar dano à honra ou à dignidade do trabalhador deve ser relevante e devidamente comprovado.

No caso sob análise, a alegação da inicial foi no sentido de que os médicos Dr. I. e Dr. L. faziam o autor passar por situações constrangedoras, colocando em dúvida sua masculinidade. Alega, ainda, que tinha receio de se manifestar e mantinha-se calado, pois temia ser desligado da empresa (fl. 05).

Em defesa, a ré sustentou que “tal fato jamais ocorreu, sendo que referidos médicos nunca trataram o autor da forma como alegado” (fl. 54).

Na audiência de instrução o autor o autor disse:

“perguntado sobre o tratamento despendido pelos Drs. I. e L., disse que faziam brincadeiras sobre a sexualidade do depoente e outros colegas, especialmente na presença de mulheres, quando comparecia na auditoria para apanhar parecer médico; os referidos diziam ‘autorizo o procedimento se você fizer um showzinho ou sentar-se no meu colo’; havia um colega de trabalho assumido como ‘dragqueen’ e os referidos médicos também diziam ‘você faz parte da turma dele’ (fl. 315)”

Por seu turno, a preposta da ré afirmou:

“os Drs. I. e L. eram médicos auditores e em caso de dúvida na liberação, o autor fazia contato com os referidos, solicitando autorização; o tratamento despendido pelos Srs. I. e L. em relação ao reclamante era ‘normal’ (fl. 315)”

A testemunha inquirida por indicação do autor, Sr. R. A. M., relatou:

“sobre o tratamento despendido pelos Srs. I. e L., disse que nas ocasiões em que os empregados iam na auditoria para apanhar parecer, os referidos **faziam brincadeiras sobre a sexualidade das pessoas, sendo que alguns se importavam e outros, não; as brincadeiras ocorreram também com o depoente e com o reclamante, na presença do depoente, em que I. e L. diziam para “sentarem no colo” e com o autor ocorreu de perguntarem “se fazia programa”**, mencionando companhia de um colega de trabalho assumidamente homossexual; certa feita o depoente respondeu aos referidos que as brincadeiras eram inconvenientes no ambiente de trabalho e que o tratamento não era profissional; após isto, os médicos não fizeram mais brincadeiras com o depoente (fl. 316)”

A primeira testemunha indicada pela ré, Sr. R.S.D.P, informou:

“o depoente tinha contato com os Srs. I. e L. quando necessitava de um parecer sobre liberação no atendimento e quando tinha dúvidas sobre questões técnicas; define como ‘normal’ o tratamento dispensado pelos referidos e não os presenciou fazendo ‘brincadeiras’ sobre a sexualidade dos colegas de trabalho; os Srs. I. e L. são os superiores do pessoal do atendimento; na linha direta trabalhavam entre 25 e 30 pessoas e no atendimento presencial, de 15 a 20 (fl. 316)”

A segunda testemunha ouvida a convite da ré, Sra. L. C., respondeu:

“a depoente trabalhava uma hora por dia nas dependências da mesma sala dos Srs. I. e L. e esporadicamente presenciou comparecimento do autor no local para questões de trabalho e em tais ocasiões nunca presenciou comentários constrangedores ou tratamento grosseiro, embora defina os referidos como “rígidos e fechados”, acrescentando que ‘não são dados a brincadeiras’ (fl. 316-317)

Diante do conjunto probatório, em especial pelo relato da testemunha do autor, ficou comprovado que os médicos citados faziam “brincadeiras” sobre a sexualidade dos colegas de trabalho, dentre estes, o autor.

A sexualidade dos indivíduos diz respeito à intimidade, à vida particular de cada um e, portanto, é inaceitável permitir invasões nesta esfera (art. 5º, X, da CRFB/1988), ainda que se alegue ser uma mera “brincadeira”. O ambiente laboral deve fomentar o crescimento profissional e até mesmo pessoal do trabalhador, nunca ser palco para atitudes que possam rebaixar sua autoestima. Mais grave é que os comentários partiram de dois médicos, ou seja, pessoas com alto grau de instrução e que pela profissão deveriam ser livres desse tipo de preconceito.

Devida, portanto, a condenação de indenização por danos morais, tendo em vista que presentes os elementos dano ao autor, ato ilícito por parte da ré e nexo de causalidade entre os dois primeiros,

nos termos do art. 5º, X, da CRFB/1988, e arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

Considerando que o valor da indenização por danos morais deve ser deferido com o intuito de desestimular a reiteração da conduta ilícita pelo agressor, sem levá-lo à insolvência, e reparar o sofrimento do agredido, ao menos parcialmente, mediante uma compensação econômica (pois o sofrimento humano não pode ser mensurado em valores), sem acarretar-lhe o enriquecimento ilícito; considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e considerando a capacidade econômica da parte ré, a extensão do dano causado à parte autora e o efeito pedagógico de que deve se revestir a condenação, arbitro o valor da indenização por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Aplicação dos arts. 186, 187, 927 e 946 do Código Civil c/c parágrafo único do art. 8º da CLT.

Vale destacar que não há qualquer preceito legal que obrigue o julgador a fixar o valor da indenização com base no salário recebido pelo demandante ou em salários mínimos, afinal, a extensão do dano a ser indenizado não guarda relação com a remuneração do ofendido, mas sim com o ato ilícito praticado pelo agressor e a dimensão do abalo psíquico correspondente.

A correção monetária e os juros têm por termo inicial na data de publicação deste Acórdão (Súmula 11 deste TRT).

Ante o caráter indenizatório da verba, não há incidência de contribuições previdenciárias, nem tampouco, de imposto sobre a renda.

Dou provimento, na forma acima.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por maioria de votos, parcialmente vencido o Exmo. Desembargador Tobias de Macedo Filho, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, nos termos da fundamentação.

Custas de R\$ 200,00 (duzentos reais), calculadas sobre R\$ 10.000,00 (dez mil reais), invertidas à ré.

Intimem-se.

Curitiba, 22 de junho de 2010.

EDMILSON ANTONIO DE LIMA
DESEMBARGADOR RELATOR



Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo, publicado no DJE em 02/10/2009.

EMENTA

DANO MORAL - COMPROVAÇÃO. O dano moral se extrai objetivamente dos fatos ocorridos, dessumindo-se do caso concreto, valendo-se o Juiz das máximas da experiência e do senso comum, constituindo-se *damnum in re ipsa*, ou seja, dispensa-se a comprovação do sofrimento íntimo. Desnecessário, portanto, perscrutar-se os recônditos da alma do sofrente, pois a intimidade pertence ao sujeito, não podendo ser desnuda por outrem. Recurso ordinário da Reclamada não provido.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Foz do Iguaçu, em que são recorrentes **D.R. D. B. D. E. LTDA.** e **M. A. P. R. - RECURSO ADESIVO** e recorridos **OS MESMOS**.

RELATÓRIO

Da decisão de fls. 111-115, que rejeitou a preliminar de nulidade processual e julgou parcialmente procedente a ação, recorrem a Reclamada (fls. 122-/128) e o Reclamante (fls. 137-139). Como prefacial, a Reclamada alega nulidade processual por cerceio ao direito de defesa. No mérito, pede a reforma do julgado quanto aos danos morais e valor arbitrado à indenização, rescisão contratual e horas extras. A Reclamante pede a reforma, com a majoração da indenização fixada pelo Juízo de origem, bem assim, o reconhecimento da existência de salário “a latere”, com o deferimento de reflexos.

Custas recolhidas à fl. 129, verso. Depósito recursal efetuado à fl. 129.

Contrarrazões apresentadas às fls. 134-136 e 144-147.

Em conformidade com o Provimento 1/2005 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e a teor do disposto no art. 45 do Regimento Interno deste Tribunal os presentes autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS**, assim como das respectivas contrarrazões.

PRELIMINAR

RECURSO ORDINÁRIO DE D. D. B. D. E. LTDA.

(...)

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE D. D. B. D. E. LTDA.

Dano moral e valor

O Juízo de origem reconheceu a existência de dano moral decorrente de excessivo rigor por parte de preposto da Reclamada. Condenou a empresa, em consequência, em indenização, fixada em R\$ 2.000,00:

Tendo em vista que o pedido de reconhecimento de rescisão indireta do contrato de trabalho tem como fundamento o alegado tratamento humilhante e racista direcionado à Reclamante, faz-se necessária a análise prévia do pedido de indenização por danos morais, embasado nas mesmas alegações.

Consta na inicial que “durante todo o período contratual, a Reclamante foi ofendida violentamente em sua honra...” (item 2, fl. 03). Narra que, nos dizeres da Reclamada, mais especificamente da gerente D., a Autora “fazia serviço de preto”; “é preta por isso o serviço é assim”. Relata, ainda, que diversas vezes foi chamada de “gorda”, “preguiçosa” e “relaxada”. Alega a Autora que a gerente transformava sua irritação em desrespeito e desprezo, manifestando um juízo de valor depreciativo em relação a sua etnia, além de insultá-la com palavras de baixo calão.

Em sua defesa, a Reclamada impugna as alegações contidas na inicial, asseverando que “em nenhum momento a Sra. D. desrespeitou a autora ou extrapolou do seu poder diretivo de empregadora” (fl. 83)

Contudo, a única testemunha ouvida, disse que chegou a presenciar conversas entre a Autora e a Sra. D., afirmando que “D. era ‘bem bruta’ com suas três empregadas, conversando de forma grosseira, inclusive na frente dos clientes” (itens 7 e 8, fl. 109). De acordo com a testemunha, “o tratamento dispensado a autora era pior ainda, porque ela tinha várias funções, sendo mais cobrada” (item 9). Declarou, ainda, que “chegou a ouvir D. chamando M. de relaxada que não fazia as coisas direito e que fazia “as coisas de preto”, acrescentando que “uma vez, ouviu M. pedindo para ir almoçar,

tendo D. dito que ela não precisava porque era gorda” (itens 10 e 11). Com base no depoimento da testemunha A. P. B., é possível reconhecer que a empregadora extrapolava os limites do poder disciplinar, tratando a Autora de forma desrespeitosa e ofensiva. As declarações da testemunha, aliás, reforçam a queixa reduzida a termo no boletim de ocorrências juntado à fl. 17, no qual a empregada noticia os maus tratos sofridos e a ameaça que lhe foi dirigida pela gerente D., caso pleiteasse seus direitos.

Reconhece-se, portanto, que a Autora, em razão do modo como era tratada pela empregadora, sofreu prejuízos de ordem moral. Segundo a doutrina, os fatores que devem ser considerados, para a fixação do dano moral, são o grau de culpa, o dano em si e as condições econômicas e sociais da vítima e do ofensor. Diante deste quadro e considerando que as finalidades idealizadas pelo legislador para a indenização por dano moral são: a) levar compensação ao lesado, oportunizando-lhe meios para diminuir-lhe o sofrimento; b) punir o lesante pelo mal causado, ao mesmo tempo em que se previnem reincidências; c) oferecer exemplo à sociedade (objetivo didático-pedagógico), condena-se a Reclamada ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de indenização por danos morais.

Justifica-se o valor arbitrado, inferior ao fixado na sentença prolatada anteriormente (fls. 28/30), pelo fato de ser superficial o conhecimento que a testemunha tinha dos fatos, visto que trabalhou para a Reclamada por menos de um mês e, ainda assim, sem muito contato com a Reclamante (itens 1, 2 e 3, fl. 109). A sentença primitiva foi proferida com base na verdade formal, decorrente da revelia da Reclamada. Contudo, depois de colhida a prova oral, verificou-se que os fatos não eram tão graves quanto os narrados.

A Reclamada revela seu inconformismo contra sua condenação, sob o fundamento de que não teria havido conduta - sua ou de preposta - ofensiva ou humilhante à Reclamante. Aduz que a fragilidade da prova e a debilidade do depoimento da testemunha foi objeto de manifestação expressa até mesmo em sentença, o que justifica a reforma da decisão. De forma sucessiva, pede seja reduzido o valor arbitrado à indenização.

Segundo narra a petição inicial (fls. 3-4), durante todo o período contratual, a Reclamante foi vítima de assédio e atos agressivos à sua honra. Afirma que teria sido ofendida pela gerente da Reclamada, D. R. V., a qual, na presença de terceiros, valia-se de expressões e frases agressivas, racistas e discriminatórias, tais como “fazia serviço de preto”, “é preta por isso o serviço é assim”, “gorda”, “preguiçosa” e “relaxada”.

A ordem jurídica pátria, por imperativo do Estado Democrático de Direito, reconhece especial proteção aos seguimentos sociais sujeitos a qualquer forma de discriminação, a começar pelo disposto nos arts. 1º, incs. II e III (Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:... II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;), 3º, inc. III e IV (Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... III - erradicar a pobreza e

a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.) e *caput* do art. 5º (Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:) da Constituição Federal. A partir desse cenário, passa-se a analisar os fatos narrados na petição inicial.

Com a petição inicial, a Reclamante apresentou cópia de Boletim de Ocorrência lavrado pela Delegada M. F. (fl. 17). Consta na descrição dos fatos que a autora levou ao conhecimento da autoridade policial a conduta ofensiva praticada pela Sócia da Reclamada, D. V.. Segundo o documento, D. trataria M. com rigor excessivo, inclusive perante terceiros, chamando-a de preguiçosa, inútil, gorda, relaxada etc. Afirma, ainda, que D. tinha o hábito de afirmar que seus serviços seriam “DE PRETO”.

Em depoimento, a Reclamante afirmou ter cessado a prestação de serviços em favor da Reclamada em razão dos “*maus-tratos e injúrias recebidas de D. V.*” (fls. 108-109). Inquirida, a preposta da Reclamada, D., negou ter dispensado tratamento ofensivo à Reclamante (fl. 109).

A testemunha A. P. B., ouvida a pedido da Reclamante (fls. 109), declarou:

1) trabalhou para a reclamada de 20.05.2008 até 18.06.2008, nos postos de vendas do B. e do M. JK; 2) a depoente trabalhava no estacionamento do S. B., abordando clientes e encaminhando-os à loja, onde os levava se quisessem ver o aparelho; 3) embora tivesse que comparecer no escritório onde a autora trabalhava todos os dias, tinha pouco contato com ela; 4) não sabe quanto a autora recebia; 5) sabe que a reclamante começava a trabalhar às 9h, não sabendo informar o horário em que parava de trabalhar; 6) a Sra. D. ficava nesta cidade por dois ou três dias por semana, embora saísse para fazer visitas; 7) chegou a presenciar conversas entre a autora e a D.; 8) D. era “bem bruta” com suas três empregadas, conversando de forma grosseira, inclusive na frente dos clientes; 9) o tratamento dispensado a autora era pior ainda, porque ela tinha várias funções, sendo mais cobrada; 10) chegou a ouvir D. chamando M. de relaxada que não fazia as coisas direito e que fazia “as coisas de preto”; 11) uma vez, ouviu M. pedindo para ir almoçar, tendo D. dito que ela não precisava porque era gorda...

É verdade que foi ouvida apenas uma testemunha. Contudo, a descrição feita por ela é bastante precisa, tornando-se prescindíveis novas provas. Assim, com o devido respeito, ao contrário do que alude a sentença, este depoimento permite concluir, de forma indubitosa, pela veracidade das afirmativas feitas na petição inicial, no sentido de que a preposta da empresa tratava a Reclamante com rigor excessivo, inclusive valendo-se de expressões injuriosas, discriminatórias e, até mesmo, racistas.

A propósito, registro que as fotos reproduzidas às fls. 13 e 15 demonstram, *prima facie*, que a Reclamante tem traços fisionômicos característicos dos afro-brasileira, o que reforça a ideia de que poderia haver tratamento discriminatório e racista no ambiente de trabalho.

Semelhante conduta exige repressão com caráter pedagógico por parte do Estado brasileiro. Assim, comprovada a prática de ato ilícito doloso, dano e nexos causal, deve ser mantida a condenação da Recorrente em indenização por danos morais, em valor que alcance o objetivo maior de coibir práticas semelhantes em momentos futuros. Não merece provimento o recurso, seja em relação ao pedido principal, seja em relação ao formulado de forma sucessiva (redução do valor arbitrado à indenização). **Mantenho.**

(...)

Nego provimento ao recurso ordinário da Reclamada.

RECURSO ORDINÁRIO DE M. A. P. R.

Dano moral - valor arbitrado

A Reclamante pretende ver majorado o valor arbitrado à indenização por danos morais, com a fixação em R\$ 100.000,00. Sustenta que os R\$ 2.000,00, fixados em sentença, não alcançariam a finalidade do instituto.

Com parcial razão.

O valor da indenização por dano na esfera extrapatrimonial deve proporcionar um lenitivo para suplantar a dor moral sofrida e traduzir também caráter pedagógico que desestimule a prática de ulterior ato lesivo. Leva-se em conta, ainda, o grau de culpa, o dano em si, as condições econômico-sociais das partes envolvidas e as circunstâncias do caso concreto.

Como afirma Sebastião Geraldo de Oliveira:

“alguns pressupostos assentados na doutrina e jurisprudência devem nortear a dosimetria dessa indenização: a) a fixação do valor obedece a duas finalidades básicas que devem ser ponderadas: compensar a dor, o constrangimento ou o sofrimento da vítima e combater a impunidade; b) é imprescindível aferir o grau de culpa do empregador e a gravidade dos efeitos do acidente; c) o valor não deve servir para enriquecimento da vítima nem de ruína para o empregador; d) a indenização deve ser arbitrada com prudência temperada com a necessária coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, que podem colocar em descrédito o Poder Judiciário e esse avançado instituto da ciência jurídica; e) a situação econômica das partes deve ser considerada, especialmente para que a penalidade tenha efeito prático e repercussão na política administrativa patronal; f) ainda que a vítima tenha suportado bem a ofensa, permanece a necessidade de condenação, pois a indenização pelo dano moral tem por objetivo uma finalidade pedagógica, já que demonstra para o infrator e a sociedade a punição exemplar para aquele que desrespeitou as regras básicas da convivência humana.” (Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2005, p. 126-127).

Considerando as variáveis acima indicada e a indicação de capital social nominal de R\$ 7.500,00 em dez/2003, reputo compatível a fixação em R\$ 10.000,00 da indenização por danos morais.

Posto isso, **acolho parcialmente** a irresignação para fixar a indenização por danos morais em R\$ 10.000,00.

(...)

Dou provimento parcial ao recurso ordinário da Autora para elevar o valor fixado à indenização por danos morais, fixando em R\$ 10.000,00.

CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,

por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, assim como das respectivas contrarrazões e, por igual votação, **EM REJEITAR** a preliminar suscitada pela reclamada. No mérito, por unanimidade de votos, **EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA**, nos termos da fundamentação. Por unanimidade de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMANTE** para, nos termos da fundamentação, fixar a indenização por danos morais em R\$10.000,00.

Custas majoradas, pela Reclamada, no valor de R\$300,00, calculadas sobre o valor da condenação, provisoriamente fixada em R\$15.000,00.

Intimem-se.

Curitiba, 22 de setembro de 2009.

PAULO RICARDO POZZOLO



Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Desembargador Cassio Colombo Filho, publicado no DJE em 07/04/2015.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, sendo embargante **A. L. L. S.A** e embargado **ACÓRDÃO Nº 8225/2015 - 2ª Turma**.

I. RELATÓRIO

A ré AL.L. S.A. opõe embargos de declaração às fls.4101-4108, apontando a existência de omissão e contradição no acórdão, com relação aos seguintes pontos: a) alteração de imóvel arrendado da União; b) ampla devolução da tese de defesa - livre convencimento motivado - acessibilidade - dano morais coletivos; e c) custas.

Conclusos, vieram os autos a este Relator.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, CONHEÇO dos embargos de declaração da ré.

2. MÉRITO

ALTERAÇÃO DE IMÓVEL ARRENDADO DA UNIÃO

Pretende a A.L.L seja dado efeito modificativo ao julgado, em razão da impossibilidade legal de construção de elevador. Diz que a decisão é omissa, pois informou em contestação tal fato, que não era desconhecido do MPT desde o inquérito, o que motivou a sugestão daquele órgão da adoção de veículo para o transporte dos trabalhadores cadeirantes e de mobilidade reduzida.

Constou na decisão embargada (fls. 4080-4090):

“ACESSIBILIDADE

Insurge-se o MPT contra a sentença que rejeitou a pretensão de que fosse determinada à ré A.L.L. a realização de obras que garantissem a acessibilidade dos empregados com deficiência. Alega que comprovou, mediante laudos lavrados por seus Peritos Engenheiros e por laudo elaborado pelo CREA-PR, a ausência de acessibilidade na empresa requerida. Ressalta que a perícia judicial realizada também constatou que as condições de acessibilidade da empresa não eram as ideais e que por ocasião da realização da perícia, a ré apresentou ao perito um cronograma de obras, demonstrando estar ciente que não ostentava a necessária acessibilidade a todos os seus departamentos. Diz que aludido cronograma de obras não passa de um conjunto de intenções da empresa e que não há como saber se foi cumprido ou ainda, caso sejam as obras nele previstas executadas, se a empresa estará acessível a todas as pessoas, inclusive aquelas com deficiência ou mobilidade reduzida, de acordo com a normativa de regência.

Argumenta que há obstáculos arquitetônicos a impedir, na empresa, o livre trânsito das pessoas com deficiência ou restrições de mobilidade, e que *“fornecer acesso extremamente dificultoso às pessoas equivale, na prática, a não existir plena acessibilidade na empresa”* (fl. 3981). Ressalta que o perito judicial declarou que por ocasião da realização da perícia, as dependências da empresa não atendiam plenamente aos requisitos de acessibilidade previstos na legislação. Afirma que as obras de acessibilidade devem garantir a mais plena autonomia a todas as pessoas e que a autonomia deve ser entendida como a possibilidade de a pessoa transitar sem depender do auxílio de terceiros. Invoca o conceito de *“desenho universal”*, aduzindo que devem ser realizadas adaptações razoáveis que garantam às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida as mesmas condições de que desfrutam todas as pessoas, para que se chegue ao ideal da plena acessibilidade.

Sustenta que o *“carrinho”* utilizado pela ré reduz a autonomia dos portadores de deficiência e não se inclui na definição legal de *“ajuda técnica”* ou de produtos assistivos, que devem ser entendidos como instrumentos de uso pessoal que promovem o favorecimento da autonomia, utilizados para mitigar incapacidade, deficiência ou mobilidade reduzida, pois não foi concebido considerando as necessidades específicas dos portadores de deficiência. Ressalta a informação da preposta em depoimento de que sequer houve estudo de viabilidade da construção de elevador que possibilite às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida adentrar nas dependências da empresa pela passarela utilizada pelos demais empregados. Argumenta que *“Se a empresa buscou construir nas suas dependências uma edificação para facilitar o trânsito de pessoas, para que elas não necessitem passar sobre os trilhos do trem, apenas acessível por escadas, sem lograr êxito em sequer realizar plano de estudo de viabilidade para outro meio de acesso que respeite o direito das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, houve descumprimento frontal à normativa aplicável ao caso em tela.”* (fl. 3987).

Argumenta que o ponto eletrônico não se encontra na altura adequada, dificultando a visualização, pela pessoa com deficiência, se o registro encontra-se efetuado, além de que a demora na chegada do *“carrinho”* para transportar o trabalhador até o prédio onde se encontra a máquina de ponto

fará com que a jornada registrada do trabalhador com deficiência ou mobilidade reduzida esteja em descompasso com a realidade, causando-lhe prejuízos não experimentados pelas demais pessoas.

Pretende a reforma da decisão de primeiro grau para condenar a ré A.L.L. a executar e comprovar nos autos a execução das obras que proporcionem a todas as pessoas a plena acessibilidade às dependências da empresa, sob pena de multa no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de inexecução.

Analiso.

O princípio da igualdade é uma das principais justificativas para a defesa de políticas de ações afirmativas. Trata-se de fundamento para garantia e proteção da pessoa com deficiência principalmente em sua abrangência da igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva, bem como ao ideal de justiça para o reconhecimento de identidades.

Da mesma forma que o legislador não pode elaborar leis com base em distinções vedadas pela Constituição, o intérprete não pode se furtar ao dever de aplicar a lei atendendo à sua finalidade. O tratamento isonômico associa-se à finalidade da aplicação da lei e não às diferenciações efetivamente feitas.

Por isso o ordenamento jurídico adota uma diferenciação de tratamento para atingir o objetivo, qual seja, igualdade material. Assim, para a aplicação de normas diferenciadoras, deve-se observar a finalidade da norma e os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Tendo isso em conta, na busca da efetividade da proteção e garantia das pessoas com deficiência, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que possui *status* de Emenda Constitucional, pois foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186 de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição da República.

A Constituição da República Federativa do Brasil igualmente garante proteção e integração de pessoas com deficiência em diversos capítulos, sendo de especial relevância os artigos 7º, XXXI (Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;) e 203, IV (Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;).

Com a finalidade de atingir o escopo das normas constitucionais que buscam a tutela das pessoas com deficiência, a Lei 10.098/2000 determina que:

“DA ACESSIBILIDADE NOS EDIFÍCIOS PÚBLICOS OU DE USO COLETIVO

Art. 11. A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:

I - nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção permanente;

II - pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

III - pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata esta Lei; e

IV - os edifícios deverão dispor, pelo menos, de um banheiro acessível, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de maneira que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Art. 12. Os locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação.” (destaquei)

Realizou-se perícia técnica para verificação da acessibilidade nas dependências da ré (fls. 748-761). A convite do perito, um empregado da ré com deficiência (Sr. Ronaldo, Pessoa em cadeira de rodas), acompanhou e auxiliou os trabalhos periciais.

A análise do laudo pericial demonstra que o edifício da ré é constituído de dois prédios interligados por uma passarela para trânsito de pessoas, a fim de que estas não necessitem passar sobre os trilhos do trem.

O perito registrou que “Para transitarem com maior segurança entre os prédios da Recepção e da SEDE, há a necessidade dos trabalhadores e demais pessoas utilizarem a passarela existente (vide

fotos abaixo). A alternativa para as pessoas com deficiência e com a mobilidade reduzida é através da utilização do veículo automotor (vide quesito 7)." (fl. 750). Esclareceu que a referida passarela liga os seguintes setores: 1) prédios da recepção: recepção, refeitório, UNIA.L.L, ambulatório e salas de treinamento; 2) prédio da sede: controle, informática e demais setores administrativos (fl. 751). Disse que (fl. 751):

"A passarela de ligação entre as edificações não permite livre acesso ao PCR - Pessoa com cadeira de rodas, conforme observado no dia da perícia. Devido ao fato de não haver elevador no térreo e/ ou do 2º andar para o piso da passarela, as pessoas com mobilidade reduzida e pessoas com cadeira de rodas (constatado na simulação feita com o Sr. Ronaldo Giovanni Ezequiel dos Santos), observou-se a alternativa proporcionada pela empresa, na qual disponibiliza um veículo automotor para pessoas com tal dificuldade motora."

Constatou o perito a existência de barreiras arquitetônicas (escadas) que impedem o acesso das pessoas com deficiência e com a mobilidade reduzida utilizarem a passarela que liga os dois edifícios da ré. Explicou que nos prédios há elevadores instalados e em funcionamento, com rampas de acordo com a norma, mas que não atendem o piso da passarela, de forma a evitar o acesso pelas escadas (fl. 758).

Expôs a solução adotada pela ré: a utilização pelas pessoas com deficiência e com a mobilidade reduzida de um veículo automotor, conduzido por outro empregado, para o trânsito entre os prédios. Mencionou que *"O uso de veículo automotor que transita entre os edifícios da reclamada, caracteriza-se como Acessibilidade Adequada, desde que sejam respeitadas as condições de segurança e autonomia;"* (fl. 753). A situação detalhada pelo perito está bem retratada nas fotografias de fl. 812, juntadas com o laudo pericial apresentado pelos assistentes técnicos do MPT.

O perito judicial também registrou que as vagas especiais de estacionamento não atendem o art. 25 do Decreto 5.296/2004 (2% do total para pessoas com deficiência) e o art. 41 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso - 5% do total das vagas de estacionamento para idosos) (fl. 753).

Consignou ainda o perito a existência de um plano de ação e cronograma apresentado pela ré, através do qual seriam sanadas as seguintes irregularidades: instalação de informação sonora nos elevadores (junho/2014), adequação das portas aos parâmetros do item 6.9.2 da NBR 9050 (informação tátil no batente/ parede, puxador horizontal, revestimento na parte inferior resistente a impactos), adequação das instalações sanitárias aos parâmetros do item 7 da NBR 9050, adequação do mobiliário (bebedouros, telefones, mesas e superfícies para refeitório ou trabalho, assentos fixos, balcão) aos parâmetros do item 9 da NBR 9050 (fls. 754-755).

Com relação aos sanitários, o perito explicou que há um sanitário no pavimento superior dentro dos padrões normativos e que no sanitário do pavimento inferior havia obras em curso de realização (fl. 758).

Por fim, concluiu o perito judicial que *“É possível afirmar que através da visita técnica em todas as áreas da empresa RECLAMADA, somado à expectativa de 100% de realização do plano de ação e cronograma de atividades que estão em curso de implementação (cf cronograma apresentado pela empresa), EXISTIRÁ ACESSIBILIDADE PLENA na empresa.”* (fl. 755).

No laudo apresentado pelos assistentes técnicos do MPT (um Médico do Trabalho e um Engenheiro de Segurança do Trabalho) que acompanharam a perícia judicial, constou o seguinte relato (fl. 807-811):

“No edifício sede estão localizados setores da administração e de serviços da A.L.L. Apurou-se que todos que se direcionam aos escritórios do edifício sede, empregados e público externo, passam pela recepção. Ambos os setores estão em edificações independentes separadas pelos trilhos de manobra interna dos trens e interligadas de forma segura por uma passarela.

Os dois setores estão divididos verticalmente em dois pavimentos servidos por elevadores para o deslocamento vertical. No piso superior de ambos existem degraus para se alcançar a passarela de interligação constituindo-se em barreira arquitetônica à acessibilidade de pessoas com deficiência e/ou com mobilidade reduzida. Fica evidente que o acesso e mobilidade entre prédios por intermédio desta passarela só é possível para as pessoas que não apresentam limitações, excluindo desta maneira as pessoas com mobilidade reduzida e/ou com necessidades especiais.

Tentando atenuar os efeitos e as consequências da barreira à plena acessibilidade de pessoas com necessidades especiais, a A.L.L. implantou um meio alternativo de transporte por intermédio de um veículo leve automotivo aberto que necessita da ajuda de um motorista para embarque/desembarque e condução entre os diversos prédios da empresa.”

No caso salta aos olhos a prática ilegal e discriminatória da empresa. Deve ser feita uma indagação apenas: o local da reclamada permite o acesso de pessoas com deficiência? Resposta: NÃO! Isto já seria suficiente para acabar com qualquer discussão, mas mesmo assim pretende-se discutir o entorno da situação, então vamos lá...

A Lei nº 10.098/2000, no seu art. 2º, define acessibilidade da seguinte forma: *“I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;”*.

Sendo assim, a autonomia das pessoas com deficiência e/ou com mobilidade reduzida é comprometida pela “solução” adotada pela ré para locomoção entre os dois prédios, pois o usuário necessita de auxílio para condução do veículo e embarque/desembarque, inclusive para montagem/desmontagem e acomodação da cadeira de rodas, conforme retratado nas fotografias de fl. 813.

Ademais, resta evidente a discriminação, diante do fato de que as pessoas com deficiência e/ou

com mobilidade reduzida são impedidas de utilizar a mesma passarela que interliga os prédios da recepção e o edifício sede da empresa, utilizada por todas as demais pessoas, em razão da existência de degraus nas duas extremidades da passarela. Não há como se admitir que trabalhadores com dificuldades de locomoção fiquem totalmente dependentes de um veículo para se deslocarem de um setor para outro na empresa. Cabe ao empregador realizar as adaptações necessárias no local de trabalho, para que o deficiente não se sinta diferente, mas um cidadão igual a todos os demais, a partir do princípio geral da igualdade.

O laudo dos assistentes técnicos do MPT indicou ainda irregularidades no banheiro do pavimento superior do edifício sede, nos banheiros localizados no prédio UNIA.L.L, na altura da borda superior do lavatório do refeitório (acima dos limites normativos), no acesso ao pavimento superior do prédio da UNIA.L.L (exclusivamente por escadas), no aparelho de registro de ponto (encontra-se a uma altura de 1,43 m do piso, excedendo ao limite estabelecido por norma), no balcão de auto-serviços (passa-pratos) do refeitório (apresenta altura acima do limite estabelecido pela norma e a altura das bandejas está bem acima dos limites normativos, impedindo que seja alcançadas por pessoa em cadeiras de rodas), no balcão de atendimento da recepção (apresenta altura acima do limite normativo), na escada interna do edifício sede (ausência de sinalização podo tátil de alerta), no estacionamento especial (as vagas para pessoa com deficiência não estão corretamente sinalizadas verticalmente e o número de vagas especiais não contemplam o percentual estabelecido por lei) e no elevador (não há sinalização podo tátil de alerta na porta, a cabine não apresenta dimensões mínimas e não possui registro sonoro de chamada e posição no andar) (fls. 810-811).

Também apontou que o veículo destinado ao transporte de pessoas com necessidades especiais não oferece autonomia e expõe os usuários a risco de quedas e a acidentes sobre os trilhos no pátio de manobra das locomotivas (fl. 811).

Concluíram os assistentes técnicos do MPT que (fl. 811):

“Pelo que ficou evidenciado, após a realização da perícia na A.L.L, permite concluir que mesmos com adaptações promovidas pela empresa restam a necessidade de novas adequações, ajustes e correções, além de implementação de tecnologia assistiva nas instalações e serviços.

As instalações, sistemas e serviços da empresa A.L.L não se apresentam completamente acessíveis de forma a permitir aos seus trabalhadores/usuários a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia.”

Nos termos do art. 436, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art. 769, da CLT, *“O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”*. Assim, o laudo pericial não é vinculante, mas apenas um subsídio apto a firmar o convencimento do magistrado, sendo certo que o julgamento da causa compete a este, desde que o faça de forma fundamentada. E, no caso em tela, o laudo apresentado

pelos assistentes técnicos do MPT (fls. 807-811) apresentou informações (incluindo registros fotográficos - fls. 812-815) mais robustas e convincentes que as conclusões do perito judicial.

Deste modo, merece reparos a sentença que rejeitou a pretensão do MPT de imposição à ré A.L.L de realização de obras/ melhorias que garantam a acessibilidade plena das pessoas com deficiência e/ ou com mobilidade reduzida em suas dependências.

Reformo para determinar à ré A.L.L a realização de obra/ implantação de mecanismo que possibilite às pessoas com deficiência e/ou com mobilidade reduzida o acesso à passarela que interliga os prédios da recepção e da sede do edifício localizado na Rua Emilio Bertolini, 100, Curitiba/PR. Determino ainda que sejam realizadas obras/ melhorias para correção das irregularidades apontadas pelos assistentes técnicos do MPT às fls. 810-811, de modo a adequar as instalações da ré à norma ABNT NBR 9050/2004, a fim de proporcionar total acessibilidade às pessoas com deficiência e/ou com mobilidade às suas dependências. Considerando que se trata de imóvel público, cuja autorização para adaptações ou reformas pode demandar tempo maior, fixo o prazo de 12 meses para cumprimento das obrigações impostas nesta decisão, a contar de sua publicação, sob pena de multa no importe R\$ 1.0000 (um mil reais) por dia de inexecução, a ser revertida em favor de entidade cuja atuação se destine à tutela de interesses dos trabalhadores com deficiência, a ser indicada pelo MPT na fase de execução.”

Pois bem.

Primeiramente, esclareço que o cabimento dos embargos de declaração é adstrito às hipóteses elencadas nos arts. 897-A, da CLT e 535, do CPC, este último de aplicação subsidiária no processo do trabalho, prestando-se a sanar omissão, contradição ou obscuridade e também à correção de manifesto equívoco no exame de pressupostos extrínsecos de admissibilidade de recurso. Isso implica dizer que os embargos declaratórios não se prestam a reformar decisões, como pretende a embargante.

Tal circunstância, por si só, autorizaria a rejeição imediata dos embargos de declaração, no particular.

Ademais, conforme se observa da decisão embargada, não há determinação de construção de elevador, mas sim de *“realização de obra/ implantação de mecanismo que possibilite às pessoas com deficiência e/ou com mobilidade reduzida o acesso à passarela que interliga os prédios da recepção e da sede”*.

Cabe à ré a análise das possibilidades e a escolha da melhor maneira de adaptar o local de forma a possibilitar o acesso de todas as pessoas à passarela.

Por isso, não verifico omissão, contradição ou obscuridade no acórdão, mas mero interesse em rediscutir matéria já julgada, o que não é possível por meio de embargos de declaração.

Rejeito.**AMPLA DEVOLUÇÃO DA TESE DE DEFESA - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

Requer a ré que esta E. Turma se manifeste acerca da tese apresentada na contestação, de que o CREA não tem legitimidade para elaborar o laudo ambiental apresentado como principal prova da tese do MPT. Diz que o mesmo laudo foi produzido em processo inquisitório, ao qual não teve acesso. Requer que esta E. Turma se manifeste acerca da validade da prova produzida considerando o disposto no art. 5º, LVI, da CF.

Afirma ainda que o acórdão não apresentou fundamento legal e fático que levou esta E. Turma a ter uma conclusão técnica diversa da apresentada pelo perito judicial quanto à acessibilidade adequada, aduzindo que o uso do veículo se deu em acatamento à sugestão do MPT. Diz que não houve prova de que o uso do veículo despreze as condições de segurança e autonomia dos empregados que o utilizam. Afirma que restou comprovado que a travessia sobre a linha férrea por veículo é feita por todos os empregados e visitantes, de modo que não há tratamento preconceituoso aos deficientes.

Pois bem.

Conforme constou no acórdão embargado, esta E. Turma, autorizada pela disposição contida no art. 436, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art. 769, da CLT, formou seu convencimento com base no laudo apresentado pelos assistentes técnicos do MPT (fls. 807-811), pois tal documento apresentou informações (incluindo registros fotográficos - fls. 812-815) mais robustas e convincentes que as conclusões do perito judicial.

Sendo assim, a decisão não está calcada no laudo da vistoria/ fiscalização realizada pelo CREA (fls. 82-137), sendo desnecessária a manifestação desta E. Turma acerca da (i) legitimidade do CREA para elaboração de laudo ambiental.

Cabe ressaltar que não há prova nos autos de que o veículo automotor utilizado para as pessoas com deficiência e com a mobilidade reduzida transitarem entre os prédios da ré tenha sido adotado por sugestão do MPT.

Esta E. Turma entendeu que a sede da ré não permite o acesso de pessoas com deficiência e que a alternativa utilizada (veículo automotor) é discriminatória *“diante do fato de que as pessoas com deficiência e/ou com mobilidade reduzida são impedidas de utilizar a mesma passarela que interliga os prédios da recepção e o edifício sede da empresa, utilizada por todas as demais pessoas, em razão da existência de degraus nas duas extremidades da passarela”* (destaquei). Constou na fundamentação do acórdão o entendimento deste Colegiado que *“Não há como se admitir que trabalhadores com dificuldades de locomoção fiquem totalmente dependentes de um veículo para se deslocarem de um setor para outro na empresa. Cabe ao empregador realizar as adaptações necessárias no local de trabalho, para que o deficiente não se sinta diferente, mas um cidadão igual a todos os demais, a*

partir do princípio geral da igualdade.” (fl. 4088).

Resta evidente que o uso do veículo desrespeita a autonomia daqueles que o utilizam, *“pois o usuário necessita de auxílio para condução do veículo e embarque/desembarque, inclusive para montagem/desmontagem e acomodação da cadeira de rodas, conforme retratado nas fotografias de fl. 813.”* (fl. 4088).

Assim, a controvérsia foi analisada adequadamente, de modo que a insurgência deduzida nos embargos revela mero inconformismo com a solução adotada no julgado, a que não se presta a via eleita.

Da análise das razões expendidas pela ré, verifica-se que a mesma não pretende integrar o julgado, a fim de sanar eventual omissão, contradição ou obscuridade. Pretende, isto sim, a rediscussão de matéria, segundo interpretação que entende mais adequada, desiderato incompatível com a finalidade dos embargos de declaração.

Rejeito.

ACESSIBILIDADE

Alega a A.L.L que o acórdão não indicou quais as obras que devem ser feitas, *“apenas citando laudo há muito desatualizado, vez que o Perito do Juízo já informou a execução de diversas melhorias e obras já implantadas quando da realização da perícia.”* (fl. 4105). Diz que a decisão embargada diverge do pedido inicial, pois o MPT requereu a realização de *“obras de engenharia para adequar o estacionamento, circulações interna e externa, horizontal e vertical, portas, sanitários, mobiliário interno, bebedouros e telefones, tudo nos termos da norma ABNT NBR 9050:2004.”*, mas em recurso requereu *“a reforma do julgado, com a observância do laudo do Perito Judicial, vez que reconheceu o cumprimento parcial das melhorias pretendidas”*. Requer *“seja sanada a contradição e omissão ora apontada, delimitando, conforme inicial e o Laudo do Perito, quais as obras e melhorias que devem ser executadas pela Embargante.”* (fl. 4106).

Pois bem.

Constou expressamente no acórdão que a ré deverá realizar as obras/ melhorias para correção das irregularidades apontadas pelos assistentes técnicos do MPT às fls. 810-811, pelo que ausente a omissão apontada pela ré (fl. 4090):

“Determino ainda que sejam realizadas obras/ melhorias para correção das irregularidades apontadas pelos assistentes técnicos do MPT às fls. 810-811, de modo a adequar as instalações da ré à norma ABNT NBR 9050/2004, a fim de proporcionar total acessibilidade às pessoas com deficiência e/ou com mobilidade às suas dependências.”

Se as irregularidades indicadas às fls. 810-811 já foram sanadas, basta que a ré comprove a regularização nos autos.

Não há divergência entre os pedidos contidos nos itens “a”, “b”, “c” e “d” da petição inicial (fls. 31-32) e o provimento contido na decisão embargada.

Portanto, não havendo qualquer vício sanável por meio de embargos de declaração, nada a prover.

Rejeito.

DANO MORAL COLETIVO

Alega a A.L.L que o acórdão não enfrentou a tese apresentada em contestação e nas contrarrazões, de que a “coletividade” não pode ser vítima de dano moral.

Constou no acórdão (fls. 4093-4096):

“DANOS MORAIS COLETIVOS

Pretende o MPT a condenação da ré ao pagamento de indenização pelo dano moral coletivo. Diz que a ré “causou danos não só às pessoas com deficiência que não puderam trabalhar na empresa em virtude da discriminação perpetrada, mas também a todas as pessoas com deficiência e/ou mobilidade reduzida que necessitam transitar na empresa e que têm a acessibilidade negada, bem assim causou danos à toda a coletividade, por não garantir o respeito ao direito de todas as pessoas com deficiência.” (fl. 4001). Aduz que a ausência de acessibilidade e a discriminação são condutas gravíssimas, em violação a normas formal e materialmente constitucionais consagradas em compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

Constou na sentença (fl. 454):

“REPARAÇÃO DO DANO COLETIVO

Em face do exposto, não vislumbro DANO MORAL E MATERIAL COLETIVO, posto que a reclamada está cumprindo a legislação vigente sobre acessibilidade e não praticou nenhum ato discriminatório que pudesse gerar o direito à indenização reparadora.

Indefiro.”

Analiso.

O dano moral coletivo é definido como a “Injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor) idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente

injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto (1996) apud CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 388).

A aplicação deste decorre da moderna concepção de direitos supraindividuais e da supremacia do pensamento coletivo em detrimento do individual. Neste sentido, bem expõe RAIMUNDO SIMÃO DE MELO ao lecionar que:

“Com a evolução dos tempos e a intensificação dos fenômenos de massa, principalmente a partir da Revolução Industrial, o caráter meramente individual do direito cedeu lugar a outra concepção para se buscar a proteção de outros interesses, os quais, mesmo sem titularidade identificável de plano, afetam diretamente parte ou toda uma coletividade de pessoas. Não era mais possível aceitar que a sociedade se preocupasse apenas com os direitos individuais, porque, como assevera Ada Pelegrini Grinover, outros conflitos metaindividuais existem e por sua configuração coletiva e de massa são típicos das escolhas políticas e indicam a necessidade de se adotarem novas formas de participação.

Assim é que, entre os benefícios da efetividade do direito laboral, entre outros, temos: a implementação dos princípios constitucionais (arts. 1º e 170 da Constituição Federal) da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, menor custo social com relação ao desemprego, à assistência médica, diminuição da miséria. À sociedade que, finalmente, é quem paga os encargos decorrentes das mazelas sociais, interessa sobremaneira que o Direito do Trabalho seja cumprido.” (MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 26 e 35).

Para a caracterização do dano moral coletivo, é necessário que haja a extrapolação do limite da indignação do indivíduo, afetando o grupo e causando repulsa coletiva, hipótese verificada neste caso.

A conduta perpetrada pela empresa ré, de não cumprimento do dever legal de proporcionar total acessibilidade às pessoas com deficiência e/ou com mobilidade às suas dependências (art 11, Lei 10.098/2000), bem como a discriminação na oferta de vagas de emprego às pessoas com deficiência, revela-se ofensiva e intolerável, e afronta diretamente direitos e princípios constitucionais, tais como a garantia à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à igualdade, à não-discriminação e à busca do pleno emprego (artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, caput e I, 7º, XXX e 170, VII e VIII, da CF).

Assim, a violação da ordem jurídica reiteradamente perpetrada pela ré é suficiente para caracterizar o dano moral coletivo e, por conseguinte, justificar a recomposição da coletividade mediante pagamento de indenização.

A medida é punitiva e pedagógica: funciona como forma de desestímulo à reiteração do ilícito e sanciona a empresa pela conduta antijurídica.

Noutro vértice, para a fixação do valor da indenização, tratando-se de dano moral coletivo, deve ser considerada a repercussão e a gravidade da ofensa, o dolo do ofensor e sua situação econômica, à luz do art. 944, “caput”, do Código Civil. Ainda, a indenização deve ser fixada de modo a compensar a ofensa e, principalmente, desestimular o empregador a persistir na prática abusiva, e ainda deve atentar para a atual conjuntura econômica do País, a capacidade econômica da empresa ré, e, ainda, evitar o enriquecimento sem causa.

A penalidade a ser imposta ao agente causador do dano não pode ser vil sob risco de incorrer em mera advertência e não se alcançar o aprendizado almejado.

Portanto, considerando a gravidade e a extensão da ofensa, como ainda os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, principalmente em razão da extensão do dano sofrido pela coletividade, arbitro a indenização em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a ser revertida em favor de entidade cuja atuação se destine à tutela de interesses dos trabalhadores com deficiência, a ser indicada pelo MPT na fase de execução.

Correção monetária e juros de mora na forma da Súmula n.º 439 do TST (“Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT. “).

Tendo à vista a natureza indenizatória da parcela, não haverá dedução de contribuições previdenciárias ou fiscais.

Pelo exposto, reformo para determinar o pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a ser revertida em favor de entidade cuja atuação se destine à tutela de interesses dos trabalhadores com deficiência, a ser indicada pelo MPT na fase de execução.”

Pois bem.

Cotejando as alegações da ré e a decisão atacada, observa-se que não existe omissão no julgado, pois o trecho do acórdão acima transcrito e destacado deixa claro o posicionamento desta E. Turma de que é possível a ocorrência do dano moral coletivo, ao descrevê-lo como a *“Injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. (...)”* (fls. 4093-4094) e indicar os elementos necessários para sua caracterização (extrapolação do limite da indignação do indivíduo, afetando o grupo e causando repulsa coletiva).

Verifica-se, assim, que o julgado adotou tese explícita no tocante à matéria, expondo de maneira clara as razões de decidir, de modo a atender integralmente o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Nada a prover.

CUSTAS

Alega a ré que ao reformar a sentença de improcedência, cujas custas haviam sido determinadas ao autor (MPT), o acórdão acabou por cometer omissão, ao não informar a quem caberia às custas ora fixadas. Argumenta que em razão da reforma implementada e da sua condenação, há necessidade de reversão das custas. Ressalta que o acórdão usa o termo “acrescidas” de forma imprópria, vez que as custas anteriores eram bem maiores, pois fixadas com base no valor da causa (5.000.000,00).

Com razão.

Na sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo MPT, constou (fl. 3929):

“Custas pela parte autora, no importe de R\$ 10.000,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa, de R\$ 5.000.000,00, dispensadas.”

Constou no acórdão que deu provimento parcial ao recurso do MPT (fl. 4097):

“Custas acrescidas em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), calculadas sobre o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), acrescido provisoriamente à condenação.”

As custas foram fixadas na sentença nos termos do inciso II do art. 789 da CLT, isto é, a cargo do autor, calculadas sobre o valor atribuído à causa, na medida em que o MM. Juízo do primeiro grau julgou totalmente improcedente a pretensão.

A partir da reforma daquela decisão, a ré tornou-se sucumbente, de modo que as custas foram fixadas, no acórdão, na forma do inciso I do art. 789 da CLT, ou seja, sobre o valor atribuído à condenação e não mais sobre o valor da causa.

Com a modificação da base de cálculo, as custas fixadas na sentença cederam lugar às estabelecidas no acórdão, que deverão ser recolhidas pela ré, no momento processual estabelecido no § 1º do art. 789 da CLT (§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.).

Diante do exposto, retifica-se o equívoco para que conste no dispositivo:

“Custas invertidas, pela ré, ora fixadas em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), calculadas sobre o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), atribuído provisoriamente à condenação.”

Dou provimento nestes termos.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA RÉ A.L.L** e, no mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para retificar o valor das custas processuais devidas pela ré, determinando que conste no dispositivo: *“Custas invertidas, pela ré, ora fixadas em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), calculadas sobre o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), atribuído provisoriamente à condenação.”*, nos termos da fundamentação.

Intimem-se.

Curitiba, 23 de junho de 2015.

CÁSSIO COLOMBO FILHO
RELATOR

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. CIÊNCIA DO EMPREGADOR.

Nos termos do atual posicionamento da Superior Corte Trabalhista (Súmula nº 443), presume-se discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Essa presunção, contudo, supõe que o empregador tivesse conhecimento da doença (“despedida de empregado portador do vírus HIV”), até porque, sem ele, não é possível presumir discriminação decorrente de estigma e preconceito sobre algo que nem se conhece. Com efeito, se a Ré nega ter ciência da doença, incumbe ao Autor provar o fato constitutivo do direito alegado (constitutivo, no caso, da presunção relativa de discriminação), consubstanciado no efetivo conhecimento, pelo empregador, sobre a doença de que é portador, na forma do art. 818 da CLT e 333, I, do CPC, já que a Ré não pode fazer prova de fato negativo. E, só então, partindo-se da efetiva ciência, é que incide a presunção relativa de discriminação na rescisão imotivada do contrato de trabalhador portador de HIV. No caso dos autos, contudo, a Ré negou veementemente que soubesse ser o Autor portador do vírus HIV e não veio aos autos qualquer indício de prova em sentido contrário. Recurso do Reclamante a que se nega provimento. **(Processo TRT-PR-06311-2013-020-09-00-0. Publicação em 22.08.2014. Desembargador: Ubirajara Carlos Mendes.)**

DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. IDADE. REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. INDENIZAÇÃO.

ART. 4º, II DA LEI 9.029/1995. Não demonstrada a alegação do empregador de que o fator determinante para o rompimento do contrato foi a queda de produtividade do empregado, é possível reconhecer a prática de ato discriminatório, diante da dispensa do empregado e da contratação, em seu lugar, de empregado de menor idade. Aplica-se, por analogia, a orientação contida na Súmula 443 do TST, no sentido de se presumir discriminatória a despedida, pois, assim como o empregado portador do HIV ou de outra doença grave, o idoso é objeto de preconceito na sociedade e os fundamentos que justificam a proteção especial de ambos são a dignidade da pessoa humana e o princípio da não-discriminação, consagrados nos arts. 1º, III e 3º, IV da CF. Tal raciocínio se ajusta à Constituição Federal de 1988, que introduziu no ordenamento jurídico uma série de princípios, com atenção especial àqueles chamados conformadores, sustentáculos da ordem constitucional e da própria República, como o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a proteção do emprego contra a dispensa abusiva ou sem justa causa (art. 7º, I), a valorização do trabalho humano (art. 170) e a função social da propriedade (art. 170, III). Não deve pairar dúvidas sobre o que seja prioritário quando se contrapõem a liberdade empresarial e o direito do trabalhador ao emprego que, além de prover sua subsistência, confere-lhe existência digna. No regime da Carta de 1988, a livre iniciativa não se sobrepõe ao valor social do trabalho. Além do que, o art. 7º, I da CF, veda a despedida arbitrária, que se caracteriza, entre outras hipóteses, pela ruptura contratual motivada por um fator discriminatório. A Lei 9.029/1995 proíbe a adoção de prática discriminatória por motivo

de idade para efeito de manutenção da relação de emprego (art. 1º) e faculta ao empregado, vítima do rompimento do contrato de trabalho por motivo discriminatório, optar entre a reintegração e a indenização em dobro da remuneração do período de afastamento (art. 4º, I e II). Constatada a inviabilidade da reintegração, devido o pagamento da indenização prevista no art. 4º, II da Lei 9.029/1985. Recurso ordinário do autor a que se dá provimento para majorar a indenização por danos morais e deferir o pagamento da indenização prevista no art. 4º, II da Lei 9.029/1985. **(Processo TRT-PR 34599-2010-015-09-00-5 (RO 26861/2013). Publicação em 19.08.2014. Desembargadora: Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu.)**

Sentença da 1ª Vara do Trabalho de São José dos Pinhais - PR, publicada no DEJT 01/07/2015, Juíza do Trabalho Lorena de Mello Rezende Colnago.

I - RELATÓRIO

C. S. R. ajuizou ação trabalhista em relação às empresas T. C. LTDA. (1ª Reclamada), S. C. E. I. (2ª Reclamada), T. S.A. (3ª Reclamada) e P. E. LTDA. (4ª Reclamada) alegando violações contratuais e pedindo o que consta na petição inicial (documento n. 2438716). Atribuiu à causa o importe de R\$30.000,00 e juntou documentos.

Conciliação recusada. Citada, a 2ª Reclamada, em resposta, suscita a inépcia parcial da petição inicial e a sua ilegitimidade passiva, em sede de exceção processual, a ausência de sua responsabilidade, como prejudicial de mérito, e, no mérito, nega as violações contratuais de modo que improcedem os pedidos. A 3ª Reclamada, em resposta, suscita a sua ilegitimidade passiva, em sede de exceção processual, a ausência de sua responsabilidade, como prejudicial de mérito, e, no mérito, nega as violações contratuais de modo que improcedem os pedidos. A 4ª Reclamada, em resposta, suscita a sua ilegitimidade passiva, em sede de exceção processual, a ausência de sua responsabilidade, como prejudicial de mérito, e, no mérito, nega as violações contratuais de modo que improcedem os pedidos. A 1ª Reclamada, em resposta, no mérito, nega as violações contratuais de modo que improcedem os pedidos. Juntaram documentos.

A Reclamante apresentou impugnação (documento n. 3344423) dos documentos anexados pelas Reclamadas.

Em prosseguimento (documento n. 4351352), foram ouvidas a Reclamante, uma testemunha apresentada por ela e uma pela Reclamada, encerrando-se o feito com razões finais remissivas e conciliação final prejudicada.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

(...)

3.2. Garantia provisória de emprego - gravidez

A garantia provisória de emprego, por gravidez, está elencada no art. 10, II, “b”, do ADCT, pouco importando o conhecimento do estado gravídico pela Reclamada e Reclamante, entendimento consubstanciado na Sum 244, I, do TST (o que não é o caso dos autos).

Desta forma, confirmada a situação objetiva da gravidez, a empregada tem direito ao emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Tal proteção vai ao encontro da Convenção Internacional da OIT n.º 103 (ratificada pelo Brasil sobre a proteção à maternidade)¹, 183 (aprovada em junho de 2001 e ainda não ratificada pelo Brasil, também sobre proteção à maternidade) e 111 (art. 1, que veda qualquer tipo de discriminação, ratificada pelo Brasil).

Portanto, comprovada a gravidez da trabalhadora (documento n. 2438779) e informações prestadas pela testemunha apresentada pela Reclamada, bem como o fim do contrato de trabalho, a Reclamante tem direito à reintegração, e na impossibilidade desta (diante da justa causa aplicada e animosidade entre as partes), à indenização dos salários decorrentes do período de garantia.

Desta forma, condeno a Reclamada ao pagamento dos salários e benefícios concedidos à categoria, com o recolhimento do FGTS, férias com 1/3 constitucional, 13º salário e cômputo deste período na projeção do aviso prévio, baixa na CTPS e pagamento das verbas resilitórias e seguro desemprego, desde a dispensa da Reclamante até o fim da garantia ao emprego, sendo o **pedido procedente**.

(...)

3.6. Lesão moral - revista

A 1ª Reclamada confessa, em contestação, que realizava revistas com o intuito de assegurar a proteção do seu patrimônio, em local reservado, sem contato corporal.

A revista viola a dignidade da pessoa humana e a intimidade do trabalhador (art. 1, III, da CF/88), direitos fundamentais de segunda dimensão² que, numa ponderação de valores, têm maior

1 CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lôbo. Escolhas diferentes, direitos iguais: as convenções 103 e 183 da OIT e a adoção de crianças por casais homoafetivos. In ZANOTELLI, R. A.; COLNAGO, L.M.R. (coord.) **Direito internacional do trabalho e as convenções comentadas da OIT**. São Paulo: Ltr (no prelo).

2 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571-572.

intensidade sobre os direitos de propriedade e de autonomia da vontade empresarial (art. 1º, IV, da CF/88), direitos de primeira dimensão. Além disso, a opção axiológica adotada pelo constituinte de 1988 foi a da primazia do SER sobre o TER; da pessoa sobre o patrimônio; do homem sobre a coisa. Nesse sentido, a revista é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial porque o risco da atividade econômica pertence ao empregador (art. 2º da CLT).

Como se observou, o risco da atividade econômica é do empregador e não se justifica no presente caso, porque os materiais sujeitos à revista não são ofensivos à saúde do trabalhador, como ocorreria num laboratório de fármacos, portanto, essa revista é inconstitucional, observando-se a ponderação de princípios, presumindo-se o dano ao patrimônio extrapatrimonial do trabalhador, merecendo uma indenização de caráter pedagógico por atingir um bem imaterial (art. 5, V e X, CF e art. 186, 187 e 927 CC).

Portanto, diante da violação à dignidade humana do trabalhador, entendo que há o dever de indenizar pela Reclamada.

A fixação do “quantum” deve observar a extensão do dano (art. 944 do CC), a capacidade econômica da vítima, que não pode ser um fator de dupla penalização pela parca condição econômica do Reclamante, para evitar um enriquecimento sem causa (art. 844 do CC) e a capacidade econômica do ofensor a fim de atingir o caráter pedagógico da indenização. Levando em consideração cada fator apresentado, arbitro a indenização em R\$ 10.000,00, sendo **procedente o pedido**.

3.7. Lesão moral – dispensa discriminatória

O art. 422 do CC aplicado ao contrato de trabalho (art. 8 da CLT) impõe a observância pelas partes da boa-fé e probidade contratual na execução e conclusão do contrato, que deve atender à sua função social (art. 421 do CC por força do art. 8 da CLT).

Frise-se ainda que a Lei 9029/95, art. 1º, veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa ao acesso ou manutenção do emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

A proteção aos atos discriminatórios por parte do empregador também pode ser abstraída 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 parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT).

No caso da lide, a Reclamada foi dispensada por justa causa, enquanto outra colega foi suspensa das atividades, pelo mesmo fato. Observa-se que a Reclamante estava grávida e tal situação era de conhecimento da Reclamada. Nesse sentido, entendo que houve prática discriminatória que deve

ser reparada.

A fixação do “quantum” deve observar a extensão do dano (art. 944 do CC), sua gravidade, a capacidade econômica da vítima (salário da empregada) que não pode ser um fator de dupla penalização pela parca condição econômica da Reclamante, para evitar um enriquecimento sem causa (art. 844 do CC) e a capacidade econômica do ofensor a fim de atingir o caráter pedagógico da indenização. Levando em consideração cada fator apresentado, principalmente o cunho discriminatório e a gravidez da Reclamante, arbitro a indenização em R\$ 25.000,00, sendo **procedente o pedido**.

3.8. Assédio moral

A Reclamante afirma que era perseguida pela sua supervisora, que a tratava de forma humilhante e a xingava, principalmente em relação à sua gravidez, no ônibus, durante o trajeto do local da prestação e serviço.

O assédio moral não tem previsão no ordenamento jurídico, mas a sua ilicitude pode ser extraída de vários dispositivos legais como o artigo 5º, V e X, da CF, artigos 11, 20, 21, 186, 187, 927 do CC, art. 483, alínea “b” e “e”, da CLT, além do artigo 4º da Lei 9.029/95 (em caso de discriminação) e da Convenção da OIT n. 111, ratificada pelo Brasil.

Trata-se de um conjunto de condutas abusivas e repetidas por parte do empregador, que se manifestem, precipuamente, por comportamentos, palavras, intimidações, atos, gestos, escritos unilaterais, tendo por objetivo ou por efeito o ataque à personalidade, à dignidade ou integridade física ou psíquica de um trabalhador, quando da execução de seu trabalho, ou tendo por objetivo colocar em perigo seu emprego ou, ainda, criar um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.

Observa-se que, no tocante ao assédio, pode haver também o assédio organizacional (modo de gerenciamento da empresa em que o assédio dos trabalhadores é constante) que pode ser caracterizada pela gestão por medo ou gestão por injúria. A primeira quando há repetidas ameaças de demissão e a segunda quando o supervisor organiza seu modo de trabalho com xingamentos, insultos e desqualificações dos empregados.

No caso da lide, em que pese a causa de pedir se enquadrar na gestão por injúria da supervisora da Reclamante, não houve provas robustas sobre a lesão, o que cumpria à Reclamante na forma do art. 818 da CLT c.c. art. 333 do CPC, por ser fato constitutivo do seu direito. Nesse sentido, tanto a Reclamante, quanto a testemunha apresentada por ela, nada falaram sobre o assunto. Portanto, **o pedido é improcedente**.

(...)

3.11. Demais pedidos

Indevida a multa prevista no art. 477, §8º, da CLT, pois a cobrança de diferenças não enseja a aplicação, se o empregador pagou parte significativa da verba no prazo legal.

Indevida a multa prevista no art. 467 da CLT, pois não houve verba incontroversa.

Deduza-se de modo global os valores pagos sob idêntica rubrica (art. 844 do CC c.c. art. 8, parágrafo único, da CLT).

Para as verbas de natureza salarial, a incidência de correção ocorrerá no prazo previsto no art. 459, parágrafo único, CLT e S. 381 do TST.

Para as verbas de natureza indenizatória, aplico as Súmulas 11 e 12 deste Egrégio Tribunal para determinar que o marco inicial da correção monetária será a data do arbitramento do seu valor (sentença ou acórdão) que é quando a indenização se torna exigível.

Os juros de mora de 1% são aplicáveis na forma do art. 39 da Lei 8.177/91 (Súm 200 e 381 do TST e OJ SDI-1 300 do TST), observando-se o disposto no art. 883 da CLT e devidos até a data de pagamento pelo devedor.

Os descontos fiscais devem ser procedidos de acordo com a redação do artigo 12-A da Lei 7.713/1988 em conjunto com a Instrução Normativa 1.127/2011, da RBF e OJ 400 SDI-1, ou seja, dividindo-se o montante tributável (a soma dos valores sobre os quais incide o imposto de renda) pelo número de meses a que corresponde a condenação.

Contribuições previdenciárias sobre parcelas salariais, conforme o art. 276, §4º, do Dec. 3048/99, pelas partes, conforme a cota de cada uma (Súm. 368, III, TST), devendo apresentar em 30 dias as guias da GFIP com o nome do empregado e a contribuição recolhida. O prazo para recolhimento será o previsto no art. 30, I, "b", da Lei 8212/91.

No que se refere ao índice SAT (Decreto 3048/99), o percentual passou a ser flexibilizado, para tributação individualizada, com a criação do RAT. Nesse sentido, o critério de alteração varia de acordo com o índice FAT e o enquadramento da empresa empregadora. No caso da demanda, a Reclamada não demonstrou em qual percentual estaria enquadrada, razão pela qual, em liquidação de sentença deverá apresentar o documento pertinente e realizar o recolhimento das contribuições para o SAT.

III - CONCLUSÃO/DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTES EM PARTE os pedidos da Reclamante, observados os limites expressos na fundamentação, que integra o presente dispositivo.

Defiro a gratuidade de justiça à Reclamante.

Custas de R\$1000,00 sobre o valor da causa de R\$50.000,00 (art. 789 da CLT), pela Reclamada.

Intime-se a União, nos termos do art. 1º da Portaria 582, de 11 de setembro de 2013, do Ministério da Fazenda.

Oficie-se ao Ministério Público do Trabalho quanto ao fato que ensejou a lesão moral.

Intimem-se as partes.

Adverte-se às partes, que a insistência em argumentações infundadas ou contrárias à legislação, que retardam o andamento da lide e/ou resistam à execução, com claro intuito meramente procrastinatório, atentando contra o princípio da celeridade processual, *inclusive eventual oposição de embargos declaratórios infundados e em descompasso com os termos do artigo 896-A da CLT*, são passíveis de condenação por prática de ato atentatório à dignidade da Justiça e litigância de má-fé, sujeito ao pagamento de multa de 1% (um por cento) e indenização de até 20% (vinte por cento) do valor da causa, além de indenização de até 20% do valor da execução, a ser revertido em favor da parte contrária, com fundamento nos artigos 16, 17 inc. VII, 18, 538 e 601 do CPC, de aplicação supletiva ao Processo Trabalhista.

Curitiba, 1 de julho de 2015.

Lorena de Mello Rezende Colnago
Juíza do Trabalho

**Sentença da 4ª Vara do Trabalho de Londrina, publicada no DEJT
29/08/2014, Juiz do Trabalho Everton Gonçalves Dutra.**

I- RELATÓRIO

Cuida-se de reclamação trabalhista cujo objeto envolve o recebimento das verbas elencadas na petição inicial, tudo conforme as razões articuladas nas fls. 02 a 32. Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 200.000,00.

Aditamento à inicial apresentado nas fls. 211/212.

Regularmente citada, a ré apresentou defesa arguindo prescrição parcial e rebatendo no mérito todas as pretensões da autora (fls. 218/274).

Na assentada das fls. 481/482 foi deferida a retificação na denominação da reclamada. Nesta oportunidade, foram deferidas realizações de perícias médica e de insalubridade.

Réplica da reclamante, sobre a defesa e documentos, apresentada nas fls. 507/528.

Laudo pericial médico apresentado nas fls. 538/550, com manifestação das partes às fls. 554/557 e 561.

Laudo pericial de insalubridade juntado nas fls. 562/578, com manifestação das partes (fls. 585/588 e 591).

Na assentada das fls. 594 foi tomado o depoimento da parte autora e ouvidas três testemunhas. Nesta oportunidade, foi rejeitado o pedido da parte autora de realização de uma segunda perícia médica.

Sem outras provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas pela ré e orais pela parte autora.

Rejeitada a derradeira tentativa de conciliação.

Em síntese, é o relatório.

II- FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINAR

1. Impossibilidade jurídica do pedido

Configura-se a impossibilidade jurídica do pedido quando haja uma vedação absoluta, prevista no ordenamento jurídico, obstando o acolhimento acerca de uma determinada pretensão trazida ao Estado-Juiz.

A adoção desta condição da ação na legislação processual civil brasileira encontrou inspiração nos clássicos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman. De se assinalar, contudo, que o próprio mestre inspirador dessa teoria reposicionou-se sobre a matéria, posteriormente admitindo que, em verdade, a impossibilidade jurídica do pedido não representa uma das condições da ação e como preconizou a teoria eclética da ação e mas sim matéria pertinente ao mérito da causa.

Conquanto ainda prevista no Código de Processo Civil vigente, é de todo perceptível, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, que esta condição da ação seja gradativamente relegada ao mérito. A existência de um veto impedindo o acolhimento de uma pretensão e ou mesmo a inexistência de uma previsão legal que viabilize seu acolhimento, para o âmbito do Direito Público e passam a exigir, dentro da moderna concepção jurídico-processual, em uma análise do próprio mérito.

E este é o caso dos autos. A pretensão deduzida pela autora e portadora de estabilidade e dispensa discriminatória - haverá de ser oportunamente apreciada com vistas ao seu efetivo acolhimento, ou definitiva rejeição.

Motivo pelo qual esta preliminar merece ser relegada ao oblívio.

(...)

2. Dispensa discriminatória

Segundo a autora, além de ter sido demitida no período de estabilidade, foi dispensada em razão da sua idade avançada e de seus problemas de saúde. Em razão do porte da reclamada, sustenta que a empresa poderia ter-lhe atribuído outra função condizente com sua limitação física ao invés de proceder a demissão, motivo pelo qual entende que sua demissão foi discriminatória.

Reagindo às pretensões da autora a reclamada contesta a alegação contida na peça de ingresso, dizendo que, em nenhum momento, a idade da reclamante foi utilizada como critério para rescisão contratual, não sofrendo qualquer ato discriminatório em razão da doença ou da idade.

O modelo existente no Brasil em relação ao término do contrato de trabalho consagra o direito do empregador de promover a dispensa imotivada do empregado, cuja consequência, como regra

geral, se restringe ao pagamento da indenização pecuniária legalmente cabível (lei 8.036/90 ou artigo 479 da CLT, conforme o caso). Este direito sofre determinadas restrições nos casos em que a lei assegure ao empregado o direito de permanência provisória ou definitiva no emprego, a indicar as situações jurídicas denominadas de garantia de emprego e estabilidade.

Ao lado destas restrições, há, ainda, aqueles casos em que a dispensa esteja a caracterizar um ato **discriminatório**, cuja consequência jurídica, na forma preconizada pelo artigo 4º da lei 9.029/95, será o direito do empregado em optar pela readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou percepção em dobro da remuneração do período de afastamento.

Penso que as hipóteses desenhadas na lei 9.029/95, a tipificar um tratamento discriminatório, definem um rol meramente exemplificativo, de modo que os aspectos proibitivos ali contidos não se restringem a fatores relacionados ao sexo, origem, idade, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Relembre-se que o Brasil é um dos signatários da Convenção nº 111 da OIT, introduzida por meio do Decreto 62.150, de 19/01/1968, cujo texto prevê o significado da discriminação no ambiente de trabalho:

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 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.

2. As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

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.

Correta, pois, a lição de Regina Maria Vasconcelos Dubugras ao afirmar que “a discriminação individual ocorre quando a conduta discriminatória atinge diretamente um ou mais empregados ou trabalhadores, individualmente considerados, em razão da raça, cor, religião, gênero, nacionalidade, idade ou outras bases legalmente protegidas. O traço característico deste tipo de discriminação é a intenção, ou motivação discriminatória do ato do empregador ou de seus agentes, em prejuízo de um empregado ou de grupos de empregados especificamente identificados. O ato pode ser praticado

por referências verbais, diferenças salariais, rescisão contratual, tipos de serviços, promoção, etc” (LTr 66-11/1334 - grifei).

No caso em exame, considerando as patologias diagnosticadas na perícia médica, aplica-se a súmula 443, do TST, presumindo-se discriminatória a despedida da empregada portadora de doença grave, competindo ao empregador a prova em contrário.

Sobre esta questão, assim se pronunciou a prova testemunhal:

Testemunha M. D. F. C.: “1. que laborou para a ré entre outubro/2006 a julho/2011 sempre como costureira; 2. que durante todo este período laborou junto com a autora; 3. que o turno da depoente era das 07:30 às 17:20 horas; 4. que não utilizava o mesmo ônibus da reclamante, pois moravam em bairros separados; 5. que afirma que “ultimamente” a reclamante se queixava de dificuldades na visão; 6. que a depoente esclarece que quase não conversava com a autora; 7. que nunca houve reunião na época da depoente a respeito da dificuldade de visão da autora; 8. que em uma ocasião a depoente ajudou a autora na colocação de linha em uma agulha, sendo chamada pela supervisora C. até a sala dela, sendo que lá chegando a supervisora afirmou que a depoente não deveria parar para ajudar a autora pois havia gente para isto; 9. que a depoente já viu outras colegas de serviço ajudando a autora a colocar linha na agulha; 10. que a depoente afirma que pediu demissão porque levou esta bronca da supervisora; 11. que a autora comentava com a depoente que iria pedir para mudar de setor, mas a depoente nunca presenciou isto ocorrendo; 12. que como a reclamada é uma grande empresa autora poderia ir para outro setor; 13. que até a data que a depoente esteve na empresa considerava a autora uma boa costureira; 14. que afirma que a autora trabalhava no conserto de peças de roupa, sendo este serviço mais difícil do que a confecção de peças porque envolvia linhas com cores muito variáveis; 15. que a depoente já trabalhou no conserto de peças; 16. que a depoente usava um ônibus com o emblema da empresa Til; 17. que em frente a reclamada passa ônibus de transporte público, havendo um ponto que fica duas ruas abaixo” (grifei).

Testemunha R. A. G. F.: “1. que laborou para a ré por 15 meses entre 2012 a 2013, não se recordando os meses de admissão e saída; 2. que sempre ocupou o cargo de costureira; 3. que a depoente usava um ônibus fornecido pela ré, sendo que o veículo nem sempre era o mesmo e alguns tinham o timbre da empresa Til; 4. que nunca pegou o mesmo ônibus da autora porque moravam em bairros separados; 5. que em frente a reclamada existia um ponto relativo a transporte público; 6. que a depoente laborava no turno das 07:30 às 17:20 horas; 7. que já aconteceu da depoente perder o ônibus fornecido pela ré e ter que pegar transporte público; 8. que nunca foi embora usando transporte público; 9. que seria possível usar transporte público para ir embora; 10. que caso perdesse o ônibus da reclamada pelo fato de ter passado mais adiantado a depoente pegaria transporte público e chegaria na empresa por volta das 07:20 horas; 11. que muitas vezes a autora pediu para a depoente ajudá-la a ver cor de linha ou passar linha na agulha porque ela tinha problemas de visão; 12. que nunca viu a supervisora C. ajudando a autora na colocação de linha na agulha ou verificação de cores; 13. que houve uma reunião na qual C. disse que não era para

ajudar a autora pois isto prejudicaria a produção da equipe; 14. que a autora também estava nesta reunião e chorou bastante; 15. que várias vezes presenciou a autora pedindo para a supervisora troca-la de setor; 16. que haveria como fazer tal troca pois a ré é uma grande empresa; 17. que ao ver da depoente a autora foi dispensada porque não estava mais produzindo e também em razão de sua idade; 18. que logo após a reunião mencionada no item 13 a autora foi demitida; 19. que isto ocorreu em menos de 01 mês após a reunião; 20. que desde a admissão da depoente a autora já apresentava problemas na visão, esclarecendo que quando a depoente foi admitida a autora estava em tratamento; 21. que a autora nunca comentou que queria sair do emprego.” (grifei).

Testemunha A. P. S. D. R.: **“1. que trabalha para a ré desde 2005, ocupando o cargo ora mencionado desde 2007; 2. que fazia o mesmo turno da autora; 3. que a depoente nunca usou o mesmo ônibus da autora para ida ou retorno do trabalho; 4. que não teve conhecimento se a autora pediu para mudar de setor; 5. que ninguém ajudava a autora no desempenho do seu trabalho; 6. que não havia qualquer ordem expressa neste sentido mas o normal é que cada um cuide do seu trabalho; 7. que em razão do cargo ocupado a depoente passava pelo setor da autora várias vezes por dia; 8. que a autora nunca apresentou queda na sua produção; 9. que a depoente sempre residiu no bairro Santa Joana, afirmando que é possível usar transporte público ao invés do ônibus fornecido pela ré para ida e volta do trabalho; 10. que os horários disponíveis são compatíveis com seu turno; 11. que nunca notou se a autora apresentava algum problema de visão”.**

Como se pode observar da prova oral assim destacada, a reclamada não se desincumbiu de seu ônus de provar que a dispensa não foi discriminatória.

Ao contrário, as testemunhas M. D F. C. e R. A. G. F. confirmaram que a reclamante estava com dificuldades no trabalho em razão do problema com sua visão (itens 5, 8 e 9 de M. e itens 11, 12, 13, 15 e 20 de R.). Importante aqui registrar a informação prestada por quando disse que a autora trabalhava no setor de conserto de peças de roupa, sendo que este serviço era mais difícil que aquele prestado no setor de confecção de peças, porque exigia o manuseio de linhas com cores muito variáveis (item 14) a exigir troca constate de linha. Em razão do problema com sua visão, a reclamante tinha dificuldades para executar o trabalho, principalmente para passar a linha na agulha, motivo pelo qual solicitava ajuda das companheiras de trabalho.

Diante dessa dificuldade, a autora solicitou mudança de setor (item 11 de M. e item 15 de R.), mas a empresa ignorou tal pedido.

É bem verdade que a testemunha A. P. S. D. R. informou que ninguém ajudava a autora no trabalho, que não havia qualquer orientação nesse sentido, que não houve queda na produção da reclamante e que nunca notou que ela apresentava problemas de visão (itens 4, 5, 6, 8 e 11). Contudo, tenho que as informações prestadas pelas testemunhas M. e R. devem prevalecer sobre aquelas prestadas por A. P., uma vez que aquelas trabalharam junto com a autora, enquanto que A. P., apesar de trabalhar no mesmo turno, não laborava no mesmo setor da reclamante (informação

esta extraída do item 7 de seu depoimento, no qual informou que passava pelo setor da autora várias vezes por dia).

Não bastasse a dificuldade da autora em realizar o trabalho e a atitude da ré em não transferi-la de setor, as provas orais confirmam que em uma reunião a supervisora C. disse que não era mais para as companheiras ajudarem a reclamante, pois estava prejudicando a produção da equipe (itens 13 e 14 do testemunho de R.). Não é difícil imaginar a situação que se instaurou após esta reunião. E menos de um mês após aquela reunião, a autora foi demitida (itens 18 e 19 de R.).

Diante do todo o exposto, concluo que a autora sofreu discriminação no trabalho em razão da sua doença que dificultava a execução do serviço na reclamada, o que levou a sua demissão.

O artigo 4º da Lei nº 9.029/1995 estabelece que, em caso de rompimento contratual em razão de ato discriminatório, facultará ao empregado a readmissão com o ressarcimento integral da remuneração do período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento.

No caso dos autos, a autora postulou o pagamento em dobro do período de afastamento, o que é ora acolhido. Desta forma, condeno a reclamada a pagar à reclamante, em dobro, os salários (em sentido estrito) compreendidos entre a data seguinte à demissão até a data da prolação desta sentença, ou seja, do período de 18/12/2012 a 29/08/2014, ficando rejeitada a pretensão da defesa em sentido contrário. Também rejeito o pedido da ré de compensação de outros valores recebidos pela autora em outras empresas nesse período, pois a verba ora deferida tem natureza indenizatória, sendo, portanto, irrelevante a existência de trabalho remunerado prestado junto a terceiros.

Acolho nestes termos.

(...)

3.5. Conclusão

Declarada a invalidade do Banco de horas e do regime de compensação semanal, tem-se que são devidas horas extras em prol da autora, pois incontroverso que o pagamento não seguia este critério.

Assim, condeno a ré ao pagamento das horas extras, cuja apuração dar-se-á em observância aos seguintes parâmetros:

(a)- deverá ser considerada a frequência e horários de trabalho constantes nos cartões de ponto;

(b)- deverá ser aplicada a regra contida no artigo 58, § 1º, da CLT, respeitado o entendimento encartado na Súmula 366 do TST;

(c)- serão consideradas como extras as horas excedentes da 8ª diária, bem como aquelas que

importem em excesso à 44ª semanal (não cumulativas);

(d)- divisor 220;

(e)- adicional de 50% para dias normais e de 100% para feriados;

(f)- base de cálculo composta por todas as verbas de natureza salarial (súmula 264 do TST);

(g)- reflexos nos repousos semanais remunerados, nos termos da OJ 394 da SBDI-1 do TST.

(h)- repercussão em férias acrescidas de 1/3, 13º salários, aviso prévio indenizado e FGTS (11,2%).

(i)- compensação de todos os valores pagos sob o mesmo título, sem qualquer limitação quanto ao mês trabalhado.

Acolho os pedidos, nestes termos.

(...)

8. Danos morais

O dano moral representa todo sofrimento humano decorrente de lesão a direitos não patrimoniais, e que atinge, portanto, direitos inerentes à personalidade, tais como a honra, a privacidade, a imagem, a liberdade, a vida, o decoro, a integridade física, o sentimento, a integridade, dentre outros insuscetíveis de mensuração econômica.

Sua reparação inclui-se entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, conforme o comando normativo previsto no seu artigo 5º, inciso X:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A reparação de qualquer espécie de dano decorrente da relação de emprego - quer se trate de danos patrimoniais, quer morais -, somente ocorrerá quando demonstrada a existência de dolo ou culpa do empregador para com a ocorrência do evento.

Conseqüentemente, a responsabilidade do empregador, frente ao dano sofrido pelo empregado em decorrência do contrato de trabalho, haverá de ser calcada na teoria da responsabilidade subjetiva, também denominada aquiliana, cuja configuração exige três elementos: o DANO, a CULPA (em sentido amplo, envolvendo também o dolo, ambos apurados em decorrência de uma conduta omissiva ou comissiva do empregador ou preposto) e o NEXO DE CAUSALIDADE entre a conduta e o dano.

No caso em exame, a autora persegue uma reparação pecuniária em razão da doença laboral,

assédio moral e dispensa discriminatória.

Não há que se falar em indenização por danos morais decorrentes da alegada doença profissional, uma vez que as patologias que acometem a reclamante não são decorrentes da prestação de serviços na reclamada, como exposto, motivo pelo qual ausente nexo de causalidade.

Diante dos fatos verificados quando da análise da dispensa discriminatória, tenho como crível que a autora se sentiu constrangida ao ter que solicitar ajuda de suas companheiras todas as vezes que era necessário trocar de linha, constrangimento este causado pela empregadora que, mesmo tendo ciência dos problemas de visão da autora, não alterou sua função ou propiciou a ela uma condição adequada de trabalho, conduta esta que era perfeitamente possível, já que possuiu mais de 500 empregados (6º parágrafo da fl. 257), donde ser intuitivo que detinha várias funções dentro do quadro funcional. Além disso, para agravar a situação, realizou uma reunião proibindo as demais funcionárias de prestar assistência a reclamante e logo após a demitiu, ato este considerando discriminatório, como já analisado alhures.

Verifico, assim, que efetivamente houve pela ré a realização de conduta ilícita, aqui representada pelo constrangimento desnecessário e pela dispensa discriminatória.

É curial ressaltar que, neste caso, o dano alegado se opera pelo simples fato da existência destas condutas ilícitas (*danum in re ipsa*) da empregadora, pois o ato ilícito indicado toca diretamente em direitos fundamentais.

Com efeito, o dever indenizatório é medida que merece ser aplicada, inclusive como forma de prevenir novos abusos da mesma natureza.

À mingua de fonte normativa específica delineando com exatidão numérica o *quantum* indenizatório devido, aplico, por analogia, a regra prevista no artigo 953, § único, do vigente CCB. Assim, considerando a intensidade do dano sofrido (grande, diante da dor e frustração sofridas pela autora), a gravidade, a natureza, a repercussão da ofensa, a posição social da autora bem como grau de culpa e a situação econômica da ré (trata-se de empresa de médio porte), arbitro o valor indenizatório total em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de juros e correção monetária na forma da súmula 439 do TST.

Acolho nestes termos.

(...)

III- DISPOSITIVO

Ante o exposto, na forma e limites da fundamentação, decido **acolher parcialmente** as pretensões deduzidas na presente ação ajuizada por E. M. T. em face de N C. Ltda., a fim de:

(a)- Declarar a prescrição das lesões exigíveis anteriormente a 01/07/2008;

(b)- Condenar a reclamada ao adimplemento das seguintes obrigações:

(b.1)- indenização pela dispensa discriminatória;

(b.2)- horas extras e repercussões;

(b.3)- intervalos;

(b.4)- devolução de descontos indevidos;

(b.5)- indenização por dano moral;

(b.6)- multas convencionais.

Liquidação por cálculos, com atualização monetária na forma da súmula 381 do TST e resolução 08/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, aplicando-se juros de mora conforme a Lei Federal 8.177/91.

Custas, pela ré, no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), calculadas sobre o valor provisório da condenação ora arbitrado em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeitas a complementação.

Considerando a complexidade, diligência, grau de zelo profissional, tempo de tramitação processual e exigência de equipamentos especiais para a realização dos trabalhos apresentados, arbitro honorários periciais em benefício dos Peritos subscritores dos laudos juntados nas fls. 538/550 e 562/578, no valor de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos) para cada perícia, os quais deverão ser suportados pela União, na forma do artigo 4º do Provimento PRESIDENCIA/CORREGEDORIA nº 001/2011 do TRT da 9ª Região.

Cientes as partes.

Cumpra-se após o trânsito em julgado.

Prestação jurisdicional entregue.

Nada mais.

EVERTON GONÇALVES DUTRA
JUIZ DO TRABALHO

1 in Comentários à CLT, 7ª Edição. 2003. Ed. São Paulo, Atlas, página 545.

2 TRTSC - Acórdão 4716/2006 - Juiz Geraldo José Balbinot - DJ/SC em 26-04-2006 - pag. 300.

3 TRTSC - Acórdão 4403/2001 - Juiz J.L. Moreira Cacciari - DJ/SC em 11-05-2001 - pag. 249.

Sentença da Vara do Trabalho de Palmas, publicada no DEJT 08/05/2015,
Juiz do Trabalho José Vinicius de Sousa Rocha.

1. RELATÓRIO:

O reclamante ajuizou RECLAMAÇÃO TRABALHISTA em face da reclamada, deduzindo os argumentos de fato e de direito e formulando os pedidos constantes da inicial, que veio aos autos acompanhada de documentos. Valor da causa informado nesta peça. A parte reclamada deixou de comparecer à audiência UNA designada. Tomou-se o interrogatório da demandante e deu-se por encerrada a instrução processual. Formularam-se razões finais e as tentativas de conciliação restaram prejudicadas em virtude da ausência da reclamada à audiência em que seriam formuladas.

2. FUNDAMENTAÇÃO:

(...)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Aduz a reclamante que no dia 06.10.2014 apresentou à reclamada atestado médico recomendando 120 (cento e vinte) dias de afastamento, tendo sido despedida sem justa causa nessa ocasião. Requer a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais em razão de sua dispensa enquanto estava doente, em valor não inferior a 100 vezes o valor de seu último salário recebido. Ao exame. Sendo revel, a reclamada deixou de estabelecer controvérsia aos fatos narrados pela reclamante em sua exordial, razão pela qual consideram-se os mesmos verdadeiros. Apesar de no ordenamento jurídico pátrio ser vigente a regra da *denúncia vazia do contrato de trabalho*, segundo a qual não é necessária ao empregador expor os motivos que o levaram a rescindir o contrato de trabalho mantido com o obreiro, há casos em que a despedida se reveste de ilegalidade, gerando para o empregado direito à reparação pelos danos sofridos. No presente caso, sendo a reclamada revel e confessa quanto às alegações contidas na exordial e diante do contido no documento de f. 11, reconhece-se como verídica a alegação de que a autora sofreu discriminação no trabalho por ser portadora de doença psiquiátrica. Tal discriminação, como a de qualquer outro tipo gera, sem dúvida agressão ao patrimônio emocional da pessoa, pois fere sua dignidade. Esse entendimento já foi sufragado pelo E. TRT da 9ª Região, como se observa dos arestos abaixo colacionados: *¿DISCRIMINAÇÃO. DISPENSA EM RAZÃO DE DOENÇA GRAVE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL. 1.*

Em casos em que se alega conduta discriminatória da empregadora, é certo que a produção de prova pelo trabalhador é muito difícil e, por vezes, impossível, sendo necessária a inversão do ônus probatório, cabendo à empregadora demonstrar a regularidade de seus procedimentos. 2. Tendo a reclamante demonstrado que era portadora de doença psicológica grave - transtorno doloroso somatoforte persistente -, e que foi dispensada logo depois de retornar do tempo de afastamento para recebimento de auxílio-doença, cabia à reclamada demonstrar que a demissão teria ocorrido por outro motivo que não o alegado, o que não ocorreu. Com isso, reconhecido o ato ilícito da reclamada, sendo devida indenização por dano moral. Recurso da reclamante provido, nestes termos.¿ (TRT-PR-03922-2009-965-09-00-5-ACO-10991-2013 - 4A. TURMA. Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO. Publicado no DEJT em 02-04-2013). ¿DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Presumindo-se discriminatória a dispensa do empregado portador de doença estigmatizante, nos termos da Súmula 443 do C. TST, incumbe ao empregador demonstrar a existência de motivo legítimo para a despedida do empregado. Tendo o reclamante sofrido prejuízos e tendo sua honra aviltada em face da dispensa discriminatória praticada pela reclamada, fica caracterizado o dano moral, o qual merece reparação. Recurso do reclamante conhecido e provido.¿ (TRT-PR-18317-2012-002-09-00-8-ACO-10953-2014 - 2A. TURMA. Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO. Publicado no DEJT em 11-04-2014). Desta forma, concluindo-se que a autora sofreu discriminação no trabalho em virtude de seu estado de saúde, DEFERE-SE seu pedido de condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral, que se fixa no valor de R\$ 15.000,00. Não se defere a quantia pretendida pela autora, tendo em vista que o ato discriminatório, segundo a exordial, consistiu apenas na extinção contratual, sem qualquer outro agravo ou desrespeito. Ademais, deve-se levar em conta que, conforme o ordenamento jurídico vigente, é permitida a denúncia vazia do contrato de emprego, não havendo necessidade de motivação.

(...)

3. CONCLUSÃO:

Isto posto, e diante de tudo o mais que consta dos autos, decide-se julgar PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na reclamação para condenar a parte reclamada S. E. B. C. LTDA., a cumprir em favor da reclamante J. A. L. com as seguintes obrigações:

- I - pagar, em 48 horas após a regular liquidação da sentença, as seguintes parcelas:
- a) diferenças salariais e reflexos;
 - b) horas extras com incidências reflexas;
 - c) aviso prévio;
 - d) 13º salário proporcional;
 - e) férias proporcionais acrescidas do terço constitucional;
 - f) indenização equivalente à remuneração do período de afastamento;
 - g) quebra de caixa;

- h) quantia equivalente ao FGTS e multa de 40%;
- i) multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT;
- j) indenização por danos morais.

II - proceder às anotações devidas na CTPS da demandante, em prazo a ser oportunamente assinalado, sob pena de pagamento de multa no importe de R\$ 100,00, por dia, até o cabal cumprimento, no período máximo de trinta dias, após os quais deverá a Secretaria da Vara se subrogar na obrigação, inserindo o total das multas na conta geral de liquidação;

III - promover a entrega direta à reclamante das guias CD para habilitação junto ao programa de seguro-desemprego ou do Requerimento de Seguro Desemprego/Comunicação de Dispensa impresso pelo Empregador Web no Portal Mais Emprego, no prazo de 5 (cinco) dias após o trânsito em julgado da sentença, sob pena de pagamento de indenização em quantia equivalente, a ser incluída na conta de liquidação.

Concedem-se à parte autora os benefícios da justiça gratuita.

Quantificação a ser apurada em regular liquidação de sentença, pelo método que se mostrar compatível. Acresçam-se correção monetária e juros.

Custas processuais, a cargo da reclamada, no importe de R\$ 600,00, calculadas sobre R\$ 30.000,00, valor atribuído à condenação, provisoriamente.

Contribuições previdenciárias incidentes sobre as horas extras com incidências reflexas, diferenças salariais e reflexos, 13º salário proporcional e aviso prévio. A fim de que os recolhimentos devidos figurem nas respectivas competências e seja possível sua correta utilização para fins de análise previdenciária, a parte reclamada deverá apresentar uma guia de recolhimento do FGTS (GFIP) para cada competência, e uma guia de previdência social (GPS) para cada GFIP. O descumprimento da determinação acima implicará em expedição de ofício à Receita Federal do Brasil, visando à aplicação da multa prevista no art. 32-A da Lei 8.212/1991 (Recomendação 1/2014 Pres./Correg. TRT 9ª). Recolham-se as incidências fiscais, se houver.

Tudo com base na fundamentação supra que passa a integrar esta conclusão como se aqui transcrita.

Ciente a parte reclamante (Súmula nº 197 do C. TST).

Intime-se a parte reclamada.

Palmas/PR, 08.05.2015, 17h03min.

JOSÉ VINICIUS DE SOUSA ROCHA
JUIZ DO TRABALHO

SÚMULA Nº 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.

ERR 36600-18.2000.5.15.0021 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires
DEJT 14.11.2008/J-06.11.2008 - Decisão unânime

NUMERAÇÃO ANTIGA: E-RR - 366/2000-021-15-00

A C Ó R D ã O

SBDI-1

GMHSP/me/smf

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. A e. Turma negou provimento ao recurso da reclamada, ao fundamento de que (...) a reintegração do reclamante foi deferida em razão do ato discriminatório praticado pelo empregador, uma vez que restou incontroverso que ele era portador do vírus da aids .

Nesse contexto, comprovada a atitude discriminatória da empresa, não se vislumbra malferimento aos dispositivos da Constituição Federal denunciados, mas a correta observância do que dispõem os princípios constitucionais que proíbem a discriminação e que valorizam o trabalho e protegem a dignidade da pessoa. Recurso de embargos não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-366/2000-021-15-00.6 , em que é Embargante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO e Embargado SÉRGIO DE PAULA ANDRADE.

A e. 5ª Turma do c. Tribunal Superior do Trabalho, por meio do v. acórdão às fls. 322-331, negou provimento ao recurso de revista da reclamada, no tocante à reintegração, por entender que a dispensa do autor, portador do vírus HIV, fora discriminatória.

A empresa interpõe recurso de embargos (fls. 337-343). Sustenta que a discriminação somente se configura se houver nexos de causalidade imediato entre o conhecimento da doença pelo

empregador e a rescisão contratual, não tendo sido constatada tal ocorrência in casu . Denuncia ofensa a dispositivos de lei e da Constituição Federal e divergência com os arestos que traz a cotejo.

Não foi apresentada impugnação (certidão à fl. 347), sendo dispensada a remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os requisitos gerais referentes à tempestividade (fls. 332 e 337), representação (fl. 335) e preparo (fls. 187, 188, 309 e 344), passo à análise dos específicos do apelo.

1 - CONHECIMENTO

1.1 - PORTADOR DO VIRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - REINTEGRAÇÃO

A e. Turma assim decidiu:

Toda argumentação trazida pela recorrente, pretendendo a reforma do julgado, será analisada conjuntamente, já que, sob o manto das violações que aponta, questiona a possibilidade de ser deferida a reintegração no emprego de trabalhador acometido pelo vírus HIV, muito embora, segundo entende, não haja prova da discriminação e lei que ampare a pretensão inicial.

Restou delimitado no julgado que as duas testemunhas arroladas pelo autor esclarecem que o encarregado da loja informou aos funcionários sobre o fato de ser o reclamante portador do vírus da AIDS, recomendando para que evitassem contato com ele (fls. 35/36) .

Consta do julgado, ainda, que a segunda testemunha ouvida afirmou que chegou a ouvir encarregados referirem-se ao reclamante como uma coisa e que não viam a hora de se verem livres (fl. 275).

Concluiu-se, então, que a prova oral produzida pelo autor não deixa dúvida de que existiu a discriminação no ambiente de trabalho, em razão da doença e de sua divulgação aos demais empregados, sendo esta a causa ensejadora da rescisão contratual por iniciativa do empregador (fls. 275).

A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o empregado soropositivo, em razão das garantias constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego, desde que caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória.

Nesse sentido:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (E-RR 439.041/1998, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 23.05.2003, decisão unânime).

EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS) Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos.- (E-RR 217.791/1995, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 02.06.2000).

PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no art. 8º da CLT, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 76089/2003-900-02-00, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ 17/06/2005).

De fato, a Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais, simultaneamente, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (artigo 1º, IV).

Em verdade, o trabalho é ao mesmo tempo um direito e uma obrigação de cada indivíduo, mesmo porque, para viver, o homem precisa trabalhar. Não é menos verdade que, como reflexo da liberdade humana, a liberdade de iniciativa no campo econômico também foi acolhida pela Constituição. A interpretação dos princípios constitucionais deve respeitar a unicidade da Constituição da República, de modo a garantir a máxima efetividade desses princípios.

Em uma análise abstrata, não há que se falar em colisão entre os princípios que tratam

dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. De um modo geral, ambos podem ser exigidos integralmente, sem qualquer redução. Entretanto, no caso concreto, a valorização do trabalho desenvolvido pelo reclamante encontrou obstáculo na livre iniciativa patronal, que não relutou em rescindir o contrato de trabalho, utilizando-se da possibilidade de indenizar o empregado nos moldes da legislação vigente.

Ocorre que, conforme delimitado, a reintegração do reclamante foi deferida em razão do ato discriminatório praticado pelo empregador, uma vez que restou incontroverso que ele era portador do vírus da aids.

Até mesmo o fato de o reclamante ter problemas de relacionamento com colegas de serviço, está atrelado à sua condição de soropositivo, pois a discriminação também partiu dos próprios colegas de trabalho.

De tal forma, a inexistência de texto de lei prevendo a estabilidade do trabalhador infectado pelo vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço, já que comprovado que a rescisão foi motivada por atos de discriminação, em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (artigos 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, caput e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal).

Por fim, a alusão feita pela recorrente de que a testemunha era suspeita não merece ser acolhida. O fato dela, testemunha, e o reclamante residirem na mesma rua não a impede de prestar depoimento sob o compromisso de dizer a verdade.

Repita-se que a eventual discrepância detectada na qualificação da testemunha - especificamente quanto ao seu endereço - não invalida o seu testemunho.

Quanto à alegada inexistência da discriminação, a pretensão da recorrente encontra óbice no que consagra a Súmula nº 126 deste Tribunal Superior do Trabalho, na medida em que uma avaliação diversa daquela constante do julgado dependeria exclusivamente do reexame da prova produzida.

Restam, assim, afastadas as violações alegadas pela recorrente.

Nestes termos, nego provimento ao recurso de revista (fls. 328-330).

Alega a reclamada que a discriminação somente se configura se houver vínculo de causalidade direto entre o conhecimento da doença, pela empresa, e a dispensa do reclamante. Diz que os fatos reconhecidos pelas instâncias ordinárias afastam esse nexos e que a dispensa do autor ocorreu de forma regular, dentro dos limites do seu direito potestativo.

Assevera que o reclamante foi dispensado após mais de dois anos da comunicação de sua condição de soropositivo e que durante esse período, a empresa manteve o empregado em seus quadros, porporcionando-lhe acompanhamento psicológico e assistencial.

Argumenta que, salvo na hipótese de dispensa discriminatória, que sustenta não ter ficado demonstrada, in casu, não há respaldo em lei para se reconhecer estabilidade do empregado portador do vírus HIV.

Denuncia malferimento aos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, 7º, I, 170 e 193 da CF; 10 do ADCT; 477 e parágrafos da CLT e divergência com os arestos às fls. 342-343.

Sem razão.

O primeiro aresto à fl. 342, proferido pela mesma e. Turma prolatora do v. acórdão recorrido é inservível ao fim pretendido, na medida em que o artigo 894 da CLT prevê o cabimento dos embargos contra as decisões de Turmas que divergirem entre si.

O segundo aresto à mesma folha é inespecífico, porquanto expressa entendimento de ausência de discriminação na hipótese em que a dispensa ocorreu antes da constatação da doença.

A alegação da reclamada de que a dispensa ocorreu mais de dois anos após o conhecimento da doença, para sustentar que não houve prática discriminatória, é aspecto fático que não foi disponibilizado nos vv.

acórdãos proferidos pelo e. Tribunal Regional e pela Turma do c. TST.

Assim, a análise do argumento esbarra no óbice da Súmula 126/TST.

Nesse contexto, comprovada a atitude discriminatória da empresa, não se vislumbram malferimento aos dispositivos denunciados.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de embargos.

Brasília, 06 de novembro de 2008.

HORÁCIO SENNA PIRES
MINISTRO RELATOR

EEDRR 7608900-33.2003.5.02.0900 - Min. Rosa Maria Weber

Candiota da Rosa

DJ 30.11.2007/J-06.08.2007 - Decisão por maioria

NUMERAÇÃO ANTIGA: E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00

PUBLICAÇÃO: DJ - 30/11/2007

A C Ó R D ã O

SDI-I

RMW/rlc

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa.

Recurso de embargos não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos em recurso de revista nº TST-E-ED-RR-76.089/2003-900-02-00.9 , em que é embargante CRYOVAC BRASIL LTDA. e embargada ANA LÚCIA ANTÔNIO CAROLINA GUITTI.

Ao julgamento de recurso de revista interposto contra decisão do TRT da 2ª Região, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão da lavra do Exmo. Ministro Lelio Bentes Corrêa, conheceu do apelo por divergência jurisprudencial e, no mérito, deu-lhe provimento para determinar a reintegração da reclamante no emprego, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e consectários legais (fls. 318-22).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 340-1).

Inconformada, a ré interpõe recurso de embargos (fls. 346-9).

Não há impugnação.

Autos não remetidos ao Ministério Público do Trabalho (art. 82 do RI/TST).

É o relatório.

VOTO

I CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos embargos, considerados a representação regular (fls. 208-9 e 351), a tempestividade do recurso (fls. 342 e 346), o depósito recursal (fl. 350) e o recolhimento de custas processuais (fl. 258), passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO

Ao entendimento de que a ciência, pelo empregador, da circunstância de ser soropositivo o empregado faz presumir a existência de discriminação no ato da dispensa, tornando-a ilícita, a egrégia Primeira Turma conheceu do recurso de revista obreiro por divergência jurisprudencial e, no mérito, deu-lhe provimento para determinar a reintegração da reclamante no emprego, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e consectários legais. Eis o teor do acórdão embargado, às fls. 319-22, verbis :

EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso ordinário da reclamante pelos fundamentos de fato e de direito registrados às fls. 295-296 dos autos: O relato da petição inicial, quanto à suposta conduta discriminatória da reclamada, em função da descoberta de que a reclamante era portadora do vírus HIV, não se confirmou com as provas produzidas. Ficou claro que, ao contrário do relatado pela autora, recebeu ela atenção especial da recorrida em face de tal situação, a qual custeou exames especiais não cobertos pelo convênio médico e remédios sabidamente caros (documentos 10/113 do volume próprio). Quanto ao fato de não ter a reclamante assumido as anteriores funções que desempenhava, não há que se falar em ato discriminatório. Era natural que a reclamada colocasse outra pessoa em seu lugar, diante do longo período de afastamento da empregada (mais de 1 ano). Não existiu o alegado isolamento determinado pela empresa, tendo sido esclarecido, através da prova testemunhal, que havia a

reclamada passado por reestruturação (...).

As alterações de funções constatadas não ocorreram por motivo de discriminação. Da mesma forma se pode concluir quanto ao desligamento da reclamante. Não pode a reclamada, após ter assistido a autora financeiramente durante o afastamento do trabalho, ser acusada de tal conduta, sem que exista prova a tal respeito. O direito de rescindir o contrato existia, uma vez que não estava a autora gozando de estabilidade, ainda que provisória.

(...) A estabilidade é fato excepcional dentro do sistema jurídico pátrio, só ocorrendo quando expressamente previsto por lei. Não há preceito legal vigente que estenda ao portador do vírus HIV qualquer modalidade de estabilidade. Apenas no caso da doença já manifestada é que se pode considerar ilegal a dispensa, pois representaria ato obstativo a que o empregado obtivesse a licença devida pelo órgão previdenciário. Não era este o caso da reclamante, a qual já vinha há vários meses laborando normalmente, não apresentando sintomas da doença. Existia o direito potestativo da empresa quanto ao seu desligamento e não agiu ela, como já referido, de forma preconceituosa ou discriminatória.

O precedente jurisprudencial transcrito à fl. 302, prolatado pela SBDI-1 deste Tribunal, revela entendimento diametralmente oposto, no sentido de que, ciente o empregador de que o empregado é soropositivo, o exercício do direito potestativo da dispensa, por si só, configura afronta ao princípio isonômico insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido e considerando viável a reintegração do profissional, enquanto apto a trabalhar, foi proferido o julgado cuja ementa se transcreve à fl. 303, proveniente do TRT da 15ª Região, a teor do qual a dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV se presume discriminatória.

Conheço do recurso por divergência.

II - MÉRITO

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA SE PRESUME DISCRIMINATÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Com efeito, a motivação do acórdão do Regional delinea claramente que o empregador tinha ciência do estado de saúde da reclamante, haja vista tê-la ajudado a custear seu tratamento. Inequívoco, ainda, que a profissional ainda apresentava disposição para o trabalho, quando dispensada sem qualquer razão objetiva.

Ora, nessas circunstâncias, a rescisão contratual imotivada sem sombra de dúvidas faz presumir discriminação e arbitrariedade. O fato de que o sistema jurídico pátrio não contempla, ainda, a estabilidade no emprego para o portador do vírus da AIDS não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito.

Notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária.

A jurisprudência predominante no âmbito desta Corte respalda tal entendimento:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece (TST-E-RR-439041/1998, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ. 23.05.2003).

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração ou indenização correspondente. Recurso não conhecido (TST-RR-654.496/2000, 2ª Turma, Relator Juiz Convocado Horácio Sena Pires, DJ. 11.02.2005).

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura

ao aidético o direito a permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida (TST-RR-205359/95, 2ª Turma, Relator Ministro Luciano de Castilho Pereira, DJ. 19/12/1997).

Ante todo o exposto, dou provimento ao recurso para, julgando procedente a reclamatória, determinar a reintegração da reclamante no emprego, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e consectários legais.

Nas razões dos embargos, a reclamada se insurge contra o conhecimento do recurso de revista da reclamante por divergência jurisprudencial, ao argumento de que esta não logrou demonstrar a existência de dissenso pretoriano válido e específico. Alega não terem sido impugnados os fundamentos da decisão recorrida, bem como que os arestos trazidos a cotejo nas razões recursais não enfrentam a mesma premissa fática contida no acórdão regional, qual seja, a inexistência de tratamento discriminatório, motivo pelo qual a decisão recorrida incorreu, ainda, em reexame de fatos e provas. Indica ofensa ao art. 896 da CLT, na medida em que, ao conhecer da revista obreira, a Turma teria contrariado as diretrizes das Súmulas 23, 126 e 422 do TST. No mérito, sustenta não haver respaldo legal para que a autora goze de estabilidade no emprego. Assevera que o exercício do direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho somente encontra limitação nas hipóteses de ato discriminatório ou fraudulento, nenhuma das quais configuradas nos autos, e que não se presume ato ilícito. Aponta violação dos arts. 5º, II, e 7º, I, da Constituição da República (fls. 347-9).

Inicialmente, destaco o não-cabimento do recurso com o escopo de rediscutir a inespecificidade dos paradigmas impulsionadores da revista, a teor do item II da Súmula 296/TST. Assim, porque afastando a possibilidade de ofensa ao art. 896 da CLT, culmina por vedar o reexame, em embargos à SDI, do conhecimento ou não da revista por conflito de teses. Eis o teor do referido verbete sumular:

SÚMULA 296. RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ESPECIFICIDADE. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 37 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.05 (...) II - Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso. (ex-OJ nº 37 - Inserida em 01.02.1995) .

A se entender, ainda, que o consagrado na Súmula 296, II, desta Corte Superior não obsta o exame, em sede de embargos à SDI, da correta aplicação da Súmula 23/TST quando da análise dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade da revista, tampouco procede a alegação de que o recurso obreiro esbarrava no óbice inserido nesse verbete, segundo o qual não se conhece de

recurso de revista ou de embargos, se a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos e a jurisprudência transcrita não abranger a todos.

Isso porque a situação que ora se apresenta é bem distinta daquela descrita no precedente desta SDI-I cotejado à fl. 347 das razões dos embargos (TST-E-RR-127.228/1994.2, Rel. Ministro Milton de Moura França, DJ 05.9.1997), a assentar que o entendimento hoje fixado no item II da Súmula 296/TST não constitui óbice ao conhecimento de recurso de embargos, por má aplicação da Súmula 23/TST, quando o Tribunal a quo resolve determinada controvérsia com base em mais de um fundamento, cada um deles suficiente, de per si, para o acolhimento ou rejeição do pedido, e a divergência ensejadora do conhecimento do recurso de revista ataca somente um deles.

Compulsando o acórdão que negou provimento ao recurso ordinário da reclamante (fls. 295-7), verifico que o Colegiado Regional julgou que a prova dos autos não conduzia à ilação de que a dispensa tivesse sido discriminatória, embora ciente o empregador do estado de saúde da reclamante. Não ser discriminatória a dispensa foi a conclusão da Corte a quo a partir do exame de fatos que estão declinados no acórdão regional.

Quais seriam os fatos que ensejaram essa conclusão? Ter a empresa, de fato, facultado, auxiliado, a reclamante na compra de medicamentos, extremamente caros, para o combate ao vírus HIV, não cobertos pelo plano de saúde de que ela gozava. Destes fatos se extraiu a conclusão de que a despedida não foi discriminatória, ainda que não apontada causa alguma, motivo algum que justificasse a despedida. De outra parte, apegou-se à inexistência de norma jurídica conferindo estabilidade ao empregado portador de HIV. Portanto, reputou presente, de um lado, o direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o pacto laboral, e ausente, de outro, procedimento discriminatório.

A Primeira Turma do TST entendeu caracterizado o conflito pretoriano em relação a dois dos arestos transcritos nas razões do apelo revisional. O primeiro dos julgados propulsionadores da revista, TST-E-RR-205.359/1995, Rel. Ministro Leonardo Silva, SDI-I, DJ 14.5.1999, colacionado à fl. 302, emana tese no sentido de que o ordenamento jurídico garante, sim, a permanência no emprego, do portador do vírus da AIDS, quando ciente o empregador dessa condição, resultando na limitação do direito potestativo do empregador, por se tratar de despedida discriminatória. Já o paradigma reproduzido à fl. 303, oriundo do TRT da 15ª Região (RO-004205/1999, DOE 15.8.2000), consagra a presunção do dolo discriminatório no ato da dispensa, quando o empregador tem conhecimento do fato de ser soropositivo o empregado e abraça a tese da garantia de permanência no emprego do empregado, nessas condições.

Observa-se, assim, que cada um dos arestos oportunistas do conhecimento do recurso de revista enfrenta, sozinho, ambos os fundamentos do decisum recorrido - a ausência de discriminação

e a inexistência de tutela jurídica -, razão pela qual não há como se vislumbrar contrariedade à Súmula 23/TST.

Conhecida, pois, a revista em face da indicação de dissenso pretoriano, tido, pela Turma, como hábil a ensejar o conhecimento do apelo, foi atendida a exigência do art. 896, alínea a, da CLT, pelo que também não se cogita de contrariedade à Súmula 422 do TST.

Igualmente não prospera a alegação da embargante no sentido de que o acórdão embargado teria desconsiderado a vedação do reexame de fatos e provas nesta instância extraordinária. In casu, em momento algum a decisão embargada assume fatos não consignados no acórdão regional, limitando-se a aplicar o direito, consoante o entendimento prevalente nesta Corte Superior sobre a matéria, à espécie descrita pelo Tribunal de origem, que delineia claramente que o empregador tinha ciência do estado de saúde da reclamante, haja vista tê-la ajudado a custear seu tratamento (fl. 320, grifamos), e, assim, firmar sua convicção no sentido de que nessas circunstâncias, a rescisão contratual imotivada sem sombra de dúvidas faz presumir discriminação e arbitrariedade (fl. 321). Esgotou-se, pois, a apreciação da revista, na demonstração dos fundamentos de direito a justificar a reforma da decisão, não havendo falar em revisão de fatos e provas e, conseqüentemente, em contrariedade à Súmula 126/TST.

Incólume, pois, o artigo 896 da CLT.

Passo ao exame da matéria de fundo.

Discute-se a licitude do ato consubstanciado na dispensa da reclamante, ciente, o empregador, da sua condição de portadora do vírus da AIDS.

Consabido que o sistema jurídico pátrio contempla, como prerrogativa do empregador, a despedida sem justa causa do empregado, isto é, sem causa juridicamente relevante para a extinção do pacto laboral. Não decorre daí, todavia, que a dispensa dita também imotivada seja ato sem causa.

Assim, conquanto imotivada, a denúncia vazia do contrato de trabalho é sempre determinada por uma causa, seja de ordem econômico-financeira, como a necessidade de redução de custos, seja de ordem operacional, como a reestruturação da empresa, com a extinção de um setor ou mudança de domicílio, seja de ordem disciplinar, e assim por diante.

Nesse sentido, diz-se que há despedida com justa causa quando fundada com ato faltoso praticado pelo obreiro e despedida sem justa causa quando o ato de vontade do empregador é informado por qualquer causa outra, sem relevância do ponto-de-vista jurídico.

O sentimento discriminatório, contudo, não é tratado pelo Direito como causa irrelevante, no que se refere à denúncia do contrato de trabalho pelo empregador. Ao contrário, constitui fator repudiado com veemência pela ordem jurídica e cuja presença na voluntas que precede o ato da

dispensa implica a sua ilicitude. Trata-se, na verdade, de despedida sem justa causa ao feitiço legal, mas na verdade determinada por motivo torpe, que vicia o ato, ensejando a sua nulidade. E, entendo, a despedida dita sem justa causa no sentido jurídico do empregado soropositivo, na verdade, se presume discriminatória, se presume abusiva.

Quando das primeiras decisões em que esta Casa julgou discriminatória a despedida do portador do HIV, argumentou-se que se assim o fosse, também no caso de câncer, de leucemia e de outras doenças graves, ter-se-ia que determinar a reintegração do empregado dispensado sem justa causa. A situação, todavia, não se confunde porque, como bem destacou, ao proferir seu voto o Exmo. Ministro Vantuil Abdala, no tocante à AIDS, há um certo temor, uma prevenção, uma preocupação quanto ao risco de se trabalhar ao lado de um portador, sendo essa a circunstância especial, ainda que fruto da ignorância, que leva à discriminação.

A alegação da embargante, no sentido de que o direito positivo vigente não ampara a proteção do empregado soropositivo contra despedida discriminatória, não resiste a uma análise percuciente e cuidadosa da legislação, a começar pelo art. 3º, IV, da Carta Magna, que situa entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o combate a todas as formas de discriminação.

Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral.

O art. 1º da Lei 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante o dispositivo enumerar certas modalidades de práticas discriminatórias, quais sejam, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, esse rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo interprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação, impossíveis de serem antevistas pelo legislador.

Conforme constatado no segundo Relatório Global sobre discriminação, de seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, divulgado este ano, a discriminação é um fenômeno velado e em mutação que por vezes é difícil quantificar e, por conseguinte, responder de forma eficaz.

Urge observar, ainda, que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, emergidas das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores do HIV, pessoas com predisposição genética para desenvolver determinadas moléstias, homossexuais e, até mesmo,

indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado injusto começam a ser identificadas, à medida em que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção.

Como já enfatizado, e bem colocou a própria embargante, o exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra, pois, limites em hipóteses tais como as de ato discriminatório ou fraudulento, assim também em função do princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 170, III, da Lei Maior.

Nesse contexto, não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho foram erigidos como pilares da República Federativa do Brasil, como expressam, respectivamente, os incisos III e IV do art. 1º da Carta Política, sendo, a prática da dispensa por motivo discriminatório, incompatível com a prevalência e a realização desses princípios.

Ademais, ao adotar a Convenção 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, aprovada em 24.11.64 pelo Decreto Legislativo 104/64, ratificada em 1695 e promulgada pelo Decreto 62.150/68, o Estado Brasileiro se comprometeu perante a comunidade internacional a promover medidas adequadas à promoção da igualdade de oportunidade em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de erradicar todas as formas de tratamento discriminatório nas relações de trabalho. E, quando um Estado se compromete internacionalmente, a diretriz insculpida no tratado há de orientar a atuação de todos os Poderes que o constituem.

Também a Convenção 117 da OIT, sobre os objetivos e normas básicas da política social, ratificada pelo Brasil em 24.3.69 e promulgada pelo Decreto 66.496/70, estabelece, no art. 14, que os Estados Membros devem construir uma política social que tenha por finalidade a supressão de todas as formas de discriminação, especialmente em matéria de legislação e contratos de trabalho e admissão a empregos públicos ou privados e condições de contratação e de trabalho.

Mais recentemente, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, ao reconhecer a necessidade de se respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos nas relações de trabalho, que são fundamentais para os trabalhadores, novamente entroniza o princípio da não-discriminação em matéria de emprego ou ocupação, reafirmando, assim, o compromisso e a disposição das nações participantes dessa organização.

A jurisprudência desta Corte Superior a respeito da possibilidade de reintegração do empregado portador do HIV, em face de dispensa discriminatória, evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é soropositivo. In casu, restou consignado na decisão da Primeira Turma que a motivação do acórdão do Regional delineia claramente que o empregador tinha ciência do estado de saúde da reclamante, haja vista

tê-la ajudado a custear seu tratamento (fl. 320, grifamos).

Quanto à presunção do dolo segregativo, em casos como o dos autos, são oportunas as palavras da Exma. Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, no julgamento do TST-RR-381/2004-061-03-40.7, em que também discutida a nulidade da dispensa de empregado soropositivo, verbis:

o art. 335, do CPC, se refere expressamente à presunção, nela estabelecendo o meio pelo qual o julgador, partindo de um fato conhecido, no caso a ciência do empregador da doença do empregado, conclui pela existência de outro fato, qual seja, a dispensa discriminatória.

Essa linha de raciocínio preserva estrita consonância com a lição do professor Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 3ª ed., pg. 121), no tocante ao instituto jurídico da presunção:

São presunções judiciais (hominis) as ilações que o juiz extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, com eficácia restrita a cada caso em julgamento. Essas ilações são fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriormente fixadas em casos precedentes pelos tribunais, com a constância suficiente para caracterizar determinadas linhas jurisprudenciais.

Quando se presume, parte-se de um fato conhecido que está firmado no acórdão regional, a ciência do empregador por isso declinado o auxílio na aquisição de medicamentos de que a empregada era aidética. A despedida, depois de algum tempo, enfim, presume-se feita por um ato discriminatório. O fato de auxiliar com medicamentos não significa que depois não se despeça em discriminação justamente em razão de ser portador do HIV.

Obviamente não se trata, na hipótese vertente, de presunção *juris et de jure*, e sim de presunção *juris tantum*, relativa, passível de ser elidida por prova em contrário. Há uma verdadeira inversão do encargo probatório. O empregador, pois, é que há de demonstrar que a dispensa foi orientada por outro motivo que não a circunstância de ser o empregado portador do vírus do HIV, o que não ocorreu. O acórdão turmário deixa claro que a profissional ainda apresentava disposição para o trabalho, quando dispensada sem qualquer razão objetiva (fl. 320, grifamos), o que denota que ou a reclamada não logrou comprovar o motivo da dispensa, ou não se esforçou nesse sentido.

Esse entendimento encontra ressonância na jurisprudência reiterada desta Casa, consoante mostram os seguintes precedentes:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1.

Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (TST-E-RR-439.041/1998.5, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, SDI-I, DJ 23.5.2003)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. I- Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório o exercício do direito potestativo de dispensa. Ademais, ainda que inexista norma legal específica que determine a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. II - Agravo a que se nega provimento.

(TST-AIRR-206/2001-261-02-40.9, Rel. Ministro Barros Levenhagen, 4ª Turma, DJ 11.5.2007)
RECURSO DE REVISTA REINTEGRAÇÃO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatória a dispensa. Ainda que inexista norma legal específica determinando a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. Precedentes desta Corte. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-906/2004-006-04-00.2, Rel. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ 10.11.2006)

Diante do exposto, não verifico afronta direta e literal ao art. 7º, I, da CF, que trata da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, hipóteses distintas da despedida discriminatória.

Ressalto, ainda, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal (Súmula 636/STF), que a ofensa ao princípio da legalidade, albergado no art. 5º, II, da Constituição da República, em caso como o dos autos, somente se mostra passível de caracterização pela via reflexa, o que desatende as disposições do art. 896 da CLT.

A seu turno, inviável a aferição da especificidade do paradigma transcrito à fl. 349, na medida em que, ao não conhecer de recurso de revista, o aresto colacionado nem sequer apresenta tese de mérito a ser confrontada com a decisão ora embargada, sendo certo que o juízo ali consignado acerca da incidência, ou não, do óbice da Súmula 126/TST se prende à materialidade do caso concreto. Não

evidenciada, pois, a adoção de tese diversa na interpretação de um mesmo dispositivo legal, esbarra no óbice da Súmula 296, I, do TST.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de embargos, vencido o Exmo. Ministro Milton de Moura França.

Brasília, 06 de agosto de 2007.

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA
MINISTRA RELATORA

ERR 439041-20.1998.5.02.5555 - Min. João Oreste Dalazen

DJ 23.05.2003/J-05.05.2003 - Decisão unânime

PROC. Nº TST-E-RR-439.041/98.5

A C Ó R D ã O

SBDI1

JOD/jvf/fv

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-

E-RR-439.041/98.5, em que é Embargante SÃO PAULO TRANSPORTE S.A. e Embargado GILMAR RAMOS DA SILVA.

Mediante o v. acórdão de fls. 140/143, a Eg. Terceira Turma do TST, examinando o tema reintegração portador do vírus HIV, conheceu do recurso de revista interposto pelo Reclamante, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento para determinar a reintegração do obreiro, com pagamento dos salários vencidos e vincendos e todas as vantagens que auferiria se estivesse trabalhando, ou, na impossibilidade concreta da reintegração, o pagamento destas vantagens até a data efetiva em que o Recorrente começar a receber os benefícios da Previdência Social (fl. 143).

Interpostos embargos declaratórios pela Reclamada (fls. 146/148), a Eg. Terceira Turma do TST deu-lhes provimento para sanar as omissões constantes do v. acórdão turmário. De um lado, tal como assentado na r. sentença, determinou a compensação da quantia já paga ao Reclamante, bem como, de outro lado, em atendimento ao que determina o inciso II, item c, da Instrução Normativa nº 03/93 do TST, rearbitrou o valor originário da condenação (fls. 155/158).

Insiste agora a Reclamada, mediante os embargos de fls. 160/169, na reforma do v. acórdão turmário no que toca aos seguintes temas:

preliminar nulidade do acórdão turmário negativa de prestação jurisdicional; conhecimento do recurso de revista da parte contrária divergência jurisprudencial inespecífica inobservância das Súmulas nºs 23 e 296 do TST; e reintegração empregado portador do vírus HIV dispensa arbitrária.

No que toca à preliminar de nulidade, fundamenta o apelo em violação aos artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da Constituição Federal, sustentando, quanto ao mérito, ofensa aos artigos 896 da CLT, e 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal. Indica, também, divergência jurisprudencial.

O Reclamante não apresentou impugnação aos embargos interpostos, conforme atesta a certidão de fl. 173.

É o relatório.

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os requisitos comuns de admissibilidade, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos dos embargos.

1.1. PRELIMINAR. NULIDADE DO ACÓRDÃO TURMÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Suscita a Reclamada, ora Embargante, no arrazoado de fls. 161/162, nulidade do v. acórdão turmário, por negativa de prestação jurisdicional.

Argumenta que, conquanto instada via embargos de declaração, a Eg. Terceira Turma não teria explicitado o fundamento legal de que se utilizou para deferir ao Autor, empregado portador do vírus HIV, a reintegração postulada. Alega que, naquela oportunidade, requereu expresse pronunciamento acerca da matéria versada no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, porquanto, segundo entende, o respeito ao Estado de Direito e a da dignidade da pessoa humana não é fundamento legal/constitucional para conceder estabilidade no emprego de portador do vírus HIV, considerado o fato de que as estabilidades trabalhistas estão devidamente previstas na Constituição Federal, ADCT e legislação ordinária, sem contemplar a situação dos autos (fls. 161/162).

A fim de propiciar o conhecimento dos embargos pela preliminar em destaque, indigita a Reclamada ofensa aos artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Razão, contudo, não assiste à ora Embargante.

Com efeito, a Eg. Terceira Turma do TST, já no v. acórdão primitivo de fls. 140/143, deixou consignado que o deferimento ao Autor da reintegração postulada encontrava assento no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. Mesmo admitindo a ausência de norma legal ou convencional garantidora do direito em tela, ressaltou que o respeito à dignidade da pessoa humana fundamento basilar do Estado Democrático de Direito sobrepunha-se à eventual omissão legislativa.

Como se vê, a Eg. Turma não deixou de fundamentar a decisão proferida, conforme aduz a Embargante. Muito pelo contrário. Ao prolatá-la, calcou seu entendimento no artigo 1º da Constituição Federal, porquanto entendeu que a singularidade da matéria posta em debate impunha, antes de tudo, o respeito aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, sobretudo no que se referia à dignidade da pessoa humana.

Ademais, não prospera a alegação da ora Embargante no sentido de que teria ficado sem exame nos autos a matéria constante do artigo 5º, inciso II, do Texto Constitucional. Isso porque a própria Eg. Turma do TST admitiu, no v. acórdão de fl. 142, a falta de normas legais ou convencionais

na época da dispensa do Recorrente que garantiriam a reintegração de trabalhador afetado pelo vírus HIV (...), decidindo, assim, a questão à luz do princípio fundamental insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

Conquanto não estivesse obrigada a tanto, a Eg. Turma ainda repisou tais fundamentos quando do julgamento dos embargos de declaração interpostos, avultando, assim, manifestamente infundada a negativa de prestação jurisdicional ora suscitada.

Incólumes, portanto, os artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Não conheço dos embargos.

1.2. CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA DA PARTE CONTRÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA. INOBSERVÂNCIA DAS SÚMULAS NºS 23 E 296 DO TST.

Ultrapassada a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a Reclamada, nos embargos em exame, defende a suposta inespecificidade do aresto ensejador do conhecimento do recurso de revista interposto pela parte contrária. No particular, indigita ofensa ao artigo 896 da CLT.

Nesse tópico, todavia, os embargos em exame não comportam conhecimento, ante o óbice da Súmula nº 333 do TST.

Com efeito, à luz da jurisprudência dominante neste Eg. Tribunal Superior do Trabalho, não afronta o artigo 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas em torno da especificidade dos arestos cotejados, conclui pelo conhecimento ou não-conhecimento do recurso de revista interposto. Nesse sentido sinaliza a Orientação Jurisprudencial nº 37 da Eg. SBDI1: EMBARGOS. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. NÃO OFENDE O ART. 896, DA CLT, DECISÃO DE TURMA QUE, EXAMINANDO PREMISSAS CONCRETAS DE ESPECIFICIDADE DA DIVERGÊNCIA COLACIONADA NO APELO REVISIONAL, CONCLUI PELO CONHECIMENTO OU DESCONHECIMENTO DO RECURSO.

Repise-se que, na hipótese dos autos, a Embargante intenta apenas demonstrar a suposta inespecificidade do julgado que ensejou o conhecimento do recurso de revista da parte contrária, pretensão que, a toda evidência, esbarra na jurisprudência remansosa do Tribunal Superior do Trabalho.

Não conheço, pois, dos embargos.

1.3. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA ARBITRÁRIA.

Versam os autos sobre ação trabalhista ajuizada por ex-empregado da São Paulo Transporte S/A, atual denominação social da Companhia Nacional de Transportes Coletivos, que, não obstante tivesse conhecimento do estado de saúde do Reclamante, portador do vírus HIV, ainda assim procedeu à sua dispensa de forma injusta e arbitrária.

A então MM. Junta de origem, mediante a r. sentença de fls. 72/74, acolheu o pedido de reintegração formulado pelo Autor, com o conseqüente pagamento dos consectários legais, assentando que as provas documentais e testemunhal produzidas demonstraram que, ainda na vigência do contrato de trabalho do reclamante, a empresa-reclamada era sabedora de que o mesmo já apresentava sintomas da Síndrome de Imuno-Deficiência Adquirida (fl.73).

O Eg. Tribunal Regional, por sua vez, reformou a r. sentença recorrida para afastar da condenação a reintegração deferida. Embora admitindo que a Ré tivesse ciência do estado de saúde do Autor, asseverou que, à época da dispensa, inexistia no ordenamento jurídico dispositivo de lei que assegurasse ao empregado portador do vírus HIV o direito à garantia no emprego. Concluiu, assim, que ao Reclamante apenas seria assegurado o direito ao recebimento do auxílio-doença, à aposentadoria pela Previdência Social e ao levantamento dos depósitos de FGTS.

A Eg. Terceira Turma do TST, entretanto, ao apreciar o recurso de revista interposto pelo Reclamante, deu-lhe provimento para determinar a reintegração do obreiro, com pagamento dos salários vencidos e vincendos e todas as vantagens que auferiria se estivesse trabalhando, ou, na impossibilidade concreta da reintegração, o pagamento destas vantagens até a data efetiva em que o Recorrente começar a receber os benefícios da Previdência Social (fl. 143).

Naquela oportunidade, a Eg. Turma do TST, conquanto admitisse a ausência de norma legal ou convencional garantidora da reintegração postulada, ressaltou que o respeito à dignidade da pessoa humana fundamento basilar do Estado Democrático de Direito sobrepunha-se à eventual omissão legislativa. Decidiu com espeque no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

Mais adiante, asseverou que, até também por solidariedade, a empresa deve, de todas as formas, procurar manter o vínculo empregatício do empregado soropositivo ou aidético, e até mesmo ajudá-lo para que receba os benefícios da Previdência Social, ainda que o motivo da dispensa do empregado não tenha sido a contaminação ou a doença, caso dos autos (fl.142).

Irresignada, a Reclamada interpõe recurso de embargos (fls. 160/169), mediante o qual infirma a garantia de emprego que fora reconhecida ao Autor, visto que inexistente dispositivo de lei ou da Constituição Federal assecuratório do direito postulado. Aduz que a previsão contida na CF, do Estado Democrático de Direito e do respeito à Dignidade Humana, é por demais genérica para sustentar reintegração no emprego sem que a doença contraída pelo reclamante inclua-se no rol das doenças profissionais ou de acidente de trabalho (fl. 162). Até mesmo porque, segundo entende, assim como a AIDS, outras enfermidades de idêntico impacto social existem sem que a seus portadores seja garantido o direito à reintegração no emprego, exatamente por se tratarem de doenças não albergadas pela estabilidade legal.

No particular, indigita a ora Embargante afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal, bem como transcreve aresto para demonstração de divergência jurisprudencial (fls. 163/168).

Os embargos, contudo, não comportam conhecimento.

Como visto, na hipótese vertente, discute-se se a inexistência de dispositivo legal assegurando estabilidade no emprego ao trabalhador portador do vírus HIV retiraria do Autor, ora Embargado, o direito à reintegração postulada. A sutileza da matéria em debate requer um exame complexo de todos os princípios que regem o ordenamento jurídico vigente, expressamente previstos no artigo 1º da Constituição Federal, e não apenas a análise estrita das hipóteses de estabilidade previstas em lei, conforme pretende a ora Embargante.

Segundo bem asseverou a Eg. Terceira Turma do TST, o respeito à dignidade da pessoa humana constitui princípio basilar da República Federativa do Brasil, cuja observância impõe-se obrigatória sob pena de se negar validade ao próprio texto constitucional.

Nesse sentido é a lição de ALEXANDRE DE MORAES, que, em seus comentários à Constituição Federal de 1988, define a dignidade da pessoa humana como um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (sem destaque no original) (in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 2ª ed., 2003, pp. 128-129). Referido princípio consubstancia-se, no dizer do ilustre

jurista, como verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes (apud).

Odiosa, a meu ver, e repugnante à dignidade da pessoa humana é o ato de Empresa que, a despeito da ciência da doença do Autor, procede à sua dispensa, alegando, para tanto, suposta motivação de ordem técnica caso dos autos (acórdão regional fl. 110).

Não se pretende, é claro, a pretexto da gravidade da doença, dar margem a chicanas por parte do empregado, que, tendo, a seu favor o direito à garantia no emprego, dela se utilizaria para agir dentro da Empresa conforme seu livre arbítrio, ainda que por meio de condutas sabidamente reprováveis.

Todavia, segundo atestam as instâncias ordinárias, sequer inexistiu, na hipótese vertente, justa causa que fundamentasse a dispensa do Autor.

Muito pelo contrário. Visando a respaldar o ato patronal, a Eg. Corte Regional assentou apenas que a dispensa teria ocorrido por motivos técnicos (acórdão regional fl. 110).

Sucedem que, em tais casos, a identificação do caráter discriminatório da dispensa efetivada exige um altíssimo grau de sensibilidade do Poder Judiciário, visto que o empregador, por óbvio, jamais irá admitir que assim procedeu em face da contaminação do empregado pelo vírus da AIDS.

Na Constituição Federal vigente, a vedação de prática discriminatória encontra-se assentada em diversos dispositivos, figurando, inclusive, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme se depreende do artigo 3º, inciso IV, ao proibir quaisquer outras formas de discriminação.

O próprio princípio da isonomia previsto no artigo 5º, caput, da Carta Magna, robustece a proibição de discriminação, ao dispor que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...) (sem destaque no original). Esse princípio alcança não só o legislador e o intérprete da lei, mas também o próprio particular, que não poderá, assim, adotar condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Referida preocupação vem, inclusive, ganhando foro internacional, por meio da assinatura de vários tratados e convenções que mereceram também o endosso do Brasil.

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, por exemplo, preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades

e de tratamento. Referida ideologia também mereceu destaque na Convenção nº 117, assinada em 1962.

Mais recentemente, em 1998, foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, na qual se reafirmou o compromisso dos Estados Membros, e da comunidade internacional em geral, de respeitar, promover e aplicar de boa-fé os princípios fundamentais e direitos no trabalho referentes, dentre outros, à eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação .

Diante desse cenário, em que se denota a preocupação mundial em erradicar práticas discriminatórias, não sobra espaço para que o Poder Judiciário possa deixar ao desamparo o empregado portador do vírus HIV, apenas em face da ausência de previsão legal.

Nesse sentido, destaque-se importante trecho do acórdão proferido nos autos do Processo nº TST-E-RR-217.791/95, da lavra do Exmo. Sr. Min. Vantuil Abdala, em comentários ao artigo publicado na Revista de Direito do Trabalho 83, do ilustre professor OSCAR ERMIDA URIARTE:

O ilustre professor de Direito de Trabalho Oscar Ermida Uriarte, em artigo publicado na Revista de Direito de Trabalho 83, pág. 48, traçou importantes considerações sobre as repercussões da AIDS no Direito do Trabalho. Ressaltou que, apesar do pequeno número de normas internacionais dispondo sobre essa doença, alguns convênios e recomendações da Organização Internacional do Trabalho se reportam à matéria e merecem aplicação. Dentre as normas internacionais citadas, destaca-se a Declaração Conjunta OMS/OIT, resultante da Reunião Consultiva sobre a SIDA, realizada em Genebra nos dias 27 e 28.06.88, que estabeleceu vários princípios de proteção à dignidade dos portadores do vírus HIV. (E-RR-217.791/95, SBDI1, DJ 02.06.2000, Red. Des. Min. Vantuil Abdala)

Nessas circunstâncias, entendo que o v. acórdão da Terceira Turma, ao deferir ao Reclamante a reintegração postulada, não acarretou afronta ao artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal. Isso porque a hipótese dos autos escapa da incidência do aludido preceito constitucional, por não se tratar de dispensa meramente arbitrária, mas, acima de tudo, discriminatória, considerando-se que o empregador, à época, tinha plena ciência do estado de saúde em que se encontrava o Autor.

Igualmente não diviso vulneração ao princípio da legalidade inscrito no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No caso, o direito à reintegração no emprego deriva da nulidade da despedida. Ora, nulo o

ato, não há produção de efeito, nos termos do artigo 158 do Código Civil de 1916, então vigente.

Não se trata, pois, de criar uma espécie de estabilidade ao portador de doença grave, como se verifica com a SIDA Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, mas, apenas, em consonância com o cenário mundial, repreender condutas discriminatórias que, iniludivelmente, contrastam com os próprios princípios e objetivos fundamentais em que encontra assento a República Federativa do Brasil.

Nesse sentido vem se posicionando a jurisprudência dominante deste Eg. TST (Precedentes: E-RR-217.791/95; E-RR-205.359/95), até mesmo porque, em determinados casos, a doença sequer apresenta, de plano, uma inabilitação do empregado para o desempenho de suas atividades laborais, circunstância que agiganta o aspecto discriminatório da dispensa efetivada.

Incólumes, portanto, os artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal.

Por fim, os julgados transcritos nas fls. 163/168 desservem à demonstração de divergência jurisprudencial, porquanto inespecíficos ao fim colimado. Com efeito, nenhum deles aborda a principal premissa fática constante do v. acórdão turmário, relativa à efetiva ciência da Empresa-demandada acerca da doença ostentada pelo Autor. Pertinência da Súmula nº 296 do TST. Não conheço dos embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente dos embargos.

Brasília, 05 de maio de 2003.

JOÃO ORESTE DALAZEN
MINISTRO RELATOR

ERR 217791-22.1995.5.09.5555 - Red. Min. Vantuil Abdala

DJ 02.06.2000/J-07.02.2000 - Decisão por maioria

A C Ó R D ã O

SBDI1

VA/cg/act

EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS) Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração.

Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-ERR-217.791/95.3, em que é Embargante CARREFOUR - COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A e Embargado JOSÉ PEDRO DOS SANTOS.

A Egrégia Segunda Turma deu provimento ao recurso de revista do reclamante para determinar sua reintegração na empresa e condenar o reclamado ao pagamento dos salários vencidos a partir da data do ajuizamento da ação até a efetiva reintegração e implantação em folha de pagamento, conforme se apurar em execução. A decisão restou assim ementada:

“REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.” (fls. 309)

O demandado opôs dois embargos declaratórios, que foram acolhidos para acrescentar os fundamentos de fls. 336/343 e 351/353.

Inconformado, interpõe o Carrefour recurso de embargos, pelas razões de fls. 355/383, suscitando, preliminarmente, a nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, e

insurgindo-se contra a determinação de reintegração do demandante, ao argumento, em síntese, de inexistência de previsão legal que a tanto possa obrigá-lo, haja vista a ausência de amparo legal ao reconhecimento de possível estabilidade do empregado portador do vírus HIV. Aponta violação legal, contrariedade a enunciados desta Corte e transcreve jurisprudência do TST em abono de sua tese.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 387, tendo decorrido, in albis, o prazo para apresentação de contra-razões.

É o relatório na forma regimental.

VOTO

I - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

a) Conhecimento

Sustenta o reclamado a prefacial em epígrafe, no argumento de que não restaram analisadas pela Turma as violações legais suscitadas em seus embargos declaratórios. Não prospera a argüição de nulidade sob esse fundamento porque, de fato, tendo sido o recurso de revista interposto pelo reclamante, limitou-se o Colegiado a analisar as razões e ofensas legais lá delineadas, entregando, portanto, a jurisdição na medida da provocação recursal. O inconformismo do reclamado, tal como posto em seus sucessivos declaratórios, não encontra guarida nos estreitos limites dos embargos de declaração, que se destinam simplesmente a sanar omissão, obscuridade ou contradição.

Como se vê, não se presta a medida intentada à reforma do julgado, objetivo que deve ser buscado pelo meio processual adequado. Ilesos, por conseguinte, os arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, e 832 da CLT, não sendo demais destacar a orientação da Suprema Corte a respeito:

“O que a Constituição exige, no artigo 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não que a fundamentação seja correta na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional.” (RTJ 150/269, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Não se conhece dos embargos pelo ângulo da preliminar.

II - VIOLAÇÃO DO ART. 896, A, DA CLT E CONTRARIEDADE AOS ENUNCIADOS Nºs 23, 126, 296 E 337, II, DO C. TST

Aponta o Carrefour a violação do art. 896, letra “a”, da CLT e contrariedade aos Enunciados nºs 23, 296 e 337, II, do Colendo TST, ao fundamento da inespecificidade da divergência que ensejou o conhecimento da revista. Aduz, ainda, que a r. decisão embargada assentou seu posicionamento

em premissa fática não inscrita no v. acórdão regional, qual seja a de que a dispensa do autor era discriminatória, contrariando os termos do Verbete Sumular nº 126 do Colendo TST.

Ora, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas da especificidade da divergência colacionada, conclui pelo conhecimento ou não do recurso. Nesse sentido encontramos os seguintes precedentes da Seção Especializada em Dissídios Individuais:

“EMBARGOS. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. NÃO OFENDE O ART. 896, DA CLT, DECISÃO DE TURMA QUE, EXAMINANDO PREMISSAS CONCRETAS DE ESPECIFICIDADE DA DIVERGÊNCIA COLACIONADA NO APELO REVISIONAL, CONCLUI PELO CONHECIMENTO OU DESCONHECIMENTO DO RECURSO. E-RR-88.559/93 - Ac. 2.009/96 - Min. Ronaldo Leal - DJ 18/10/96; E-RR-13.762/90 - Ac. 1.929/95 - Min. Vantuil Abdala - DJ 30/6/95; E-RR-31.921/91 - Ac. 1.702/95 - Min. Ney Doyle - DJ 23/6/95; AG-E-RR-120.635/94 - Ac. 1.036/95 - Min. Ermes P. Pedrassani - DJ 12/5/95. No tocante à contrariedade ao Enunciado nº 126 do Colendo TST, melhor sorte não acolhe ao embargante. Ocorre que o v. acórdão proferido pelo Egrégio Regional, ao afirmar que a condição de portador do vírus da AIDS não assegura a reintegração do obreiro, contrapondo-se à tese adotada em primeiro grau, deixa claro que a motivação do ato de dispensa foi, justamente, o estado do reclamante. Em sede de embargos declaratórios, a tese relativa à despedida discriminatória foi explicitamente afastada pela Corte de origem, ao acrescentar que:

“...esta Turma deixou claro que o princípio da isonomia, inserto no caput do artigo 5º da Carta Magna, não tem o condão de afastar o direito potestativo do empregador de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho de empregado não estável, mesmo o portador do vírus HIV.” (fl. 251) llesos, portanto, o dispositivo consolidado e os verbetes indicados.

III - REINTEGRAÇÃO DO EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS) DISPENSADO SEM JUSTA CAUSA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 2º, 5º “CAPUT” e II, 7º, I, 22, I, IV, 37, “CAPUT”, 44 E 48, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 10, II, DO ADCT, 2º E 5º DA LICC, 126 DO CPC E 35, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79. Trata-se de reclamatória ajuizada por ex-empregado do Carrefour, pleiteando sua reintegração no emprego e consectários, ao argumento de que sua dispensa, por ser portador do vírus HIV, revelou-se arbitrária e discriminatória. A tese da inicial foi acolhida pela Junta de Conciliação e Julgamento, que determinou a reintegração do autor com pagamento dos salários vencidos a partir da data do ajuizamento da ação e salários vincendos até a efetiva reintegração. O Regional, contudo, reformou a sentença para julgar improcedente a reclamatória. O recurso de revista interposto pelo reclamante foi provido pela Segunda Turma, restabelecendo a decisão de primeiro grau.

Os fundamentos adotados pelo julgado recorrido podem ser sintetizados em sua ementa:

“REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado

portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida. (fls. 309)

Nas razões de embargos o reclamado aponta violação dos artigos 2º, 5º, caput e inciso II, 7º, inciso I, 22, incisos I e IV, 37, caput, 44 e 48, inciso XIII, da Constituição Federal, 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 2º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, 126 do Código de Processo Civil e 35, inciso I, da Lei Complementar nº 35/79, além de divergência jurisprudencial. Sustenta que o reconhecimento de estabilidade ao obreiro portador do vírus HIV não encontra guarida no ordenamento jurídico, na medida em que o art. 7º, inciso I, da Magna Carta carece de regulamentação, não havendo, ainda, quense falar em aplicação analógica da Lei nº 9.029/95. Invoca o direito de propriedade, de administração e de condução dos negócios, além de apontar interferência no Poder Legislativo. Por fim, aduz não serem aplicáveis as Convenções 111 e 158 da Organização Internacional do Trabalho, seja por terem sido revogadas, seja por não garantirem a pretendida estabilidade.

A questão em debate mostra-se de difícil solução e requer uma análise complexa de todo o ordenamento jurídico.

À primeira vista e analisando apenas a frieza da legislação que cerca o tema, poder-se-ia chegar a uma rápida solução pela aplicação literal de alguns dos preceitos invocados pela parte recorrente. No entanto, o caso em apreço desafia um exame complexo dos princípios que regem o ordenamento jurídico vigente, e que constam expressamente na nossa Carta Política, e não apenas a superficial análise dos casos de estabilidade expressamente previstos em lei, como quer o embargante.

Não se trata, o presente caso, apenas de dispensa arbitrária, mas de flagrante discriminação, devendo ser repudiada pelo ordenamento jurídico e pelo intérprete da lei.

De acordo com o art. 165 da CLT, dispensa arbitrária é aquela que não está fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Por motivo disciplinar, entende-se a dispensa por justa causa. Já o motivo técnico está ligado à organização da atividade da empresa, como, por exemplo, o fechamento de uma seção ou filial. Finalmente, o econômico ou financeiro concerne à insolvência da empresa. Em todos esses casos, a demissão encontra amparo na legislação, estando inserida no poder potestativo do empregador, que é livre para dirigir o seu empreendimento.

No entanto, quando a dispensa do empregado foge das hipóteses acima citadas, tem-se a despedida arbitrária que, de certa forma, encontra resistência na Carta Magna, que prevê indenização

compensatória. Nesse sentido, encontra-se a redação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

Uma primeira e superficial análise do referido dispositivo constitucional leva o intérprete, de forma prematura, a concluir que a dispensa, fundada em doença grave, seria arbitrária e, portanto, inexistente previsão legal para a reintegração do obreiro.

De fato, não se discute que a dispensa em questão é arbitrária, mas não se pode fechar os olhos para o cunho discriminatório do ato empresarial, cabendo perquirir se, nesse caso, o autor estaria desprotegido legalmente.

E a resposta, evidentemente, só poderia ser negativa.

Observa-se, portanto, que não se trata de uma dispensa arbitrária comum, mas uma verdadeira discriminação do ser humano submetido a uma provação maior, que é o convívio com a síndrome da imunodeficiência adquirida - SIDA, razão pela qual a hipótese em destaque escapa das previsões do art. 7º, inciso I, da Carta Magna.

O ordenamento jurídico pátrio, há muito, repudia o tratamento discriminatório, seja por motivo de sexo, raça, cor, religião, etc. Na Constituição de 1934 e 1946 já havia disposição contrária à diferenciação de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. Na Constituição de 1967 ficou vedada, também, a discriminação para fins de admissão no emprego.

Na atual Constituição Federal, a proibição de discriminação encontra-se assentada em diversos dispositivos, sendo essa, inclusive, uma das metas da República Federativa do Brasil, conforme se depreende do art. 3º, em seu inciso IV:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O próprio princípio da igualdade consagrado no art. 5º, caput, da Carta Magna veda as discriminações absurdas, ao dispôr que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza,...”, ou seja, todos os cidadãos têm o direito a tratamento idêntico. Esse princípio alcança não só o legislador e o intérprete da lei, mas também o particular, que não poderá adotar condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas.

Já o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Também no capítulo dos direitos sociais o art. 7º, inciso XXXI repudia a discriminação, vedando a “proibição de qualquer discriminação no tocante à salário e a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Como se vê, é grande a resistência a atitudes discriminatórias como a perpetrada pela empresa-demandada, ganhando status de princípio constitucional, ao qual deve sempre pautar-se o intérprete da lei. Não se pretende uma aplicação cega desse princípio, na medida em que as diferenciações são admitidas, quando justificadas e providas de finalidade relevante. O que não se concebe é a discriminação odiosa e arbitrária como a ocorrida nos autos.

A preocupação com as práticas discriminatórias extrapola os limites da sociedade brasileira, merecendo atenção mundial.

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, de 1958, ratificada pelo Brasil, proíbe “qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha como efeito anular a igualdade de oportunidades ou de trato em emprego ou ocupação”.

‘Também a Convenção nº 117, de 1962, ratificada pelo Brasil, em sua parte V, estabelece como meta a supressão de toda discriminação contra os trabalhadores que tiver por objetivo motivos de raça, cor, sexo, crença, filiação a uma tribo ou a um sindicato, no que diz respeito ao empregado e a condições de trabalho, inclusive no concernente à remuneração.

O ilustre professor de Direito de Trabalho Oscar Ermida Uriarte, em artigo publicado na Revista de Direito de Trabalho - 83, pág. 48, traçou importantes considerações sobre as repercussões da AIDS no Direito do Trabalho. Ressaltou que, apesar do pequeno número de normas internacionais dispendo sobre essa doença, alguns convênios e recomendações da Organização Internacional do Trabalho se reportam à matéria e merecem aplicação. Dentre as normas internacionais citadas, destaca-se a Declaração Conjunta OMS/OIT, resultante da Reunião Consultiva sobre a SIDA, realizada em Genebra nos dias 27 e 28.06.88, que estabeleceu vários princípios de proteção à dignidade dos portadores do vírus HIV. De acordo com essa declaração, ficou pactuado que os Estados membros deveriam, entre outros princípios, observar:

“1) a que fomentem un espíritu de comprensión y compación para con las personas infectadas por el

VIH y las personas con el SIDA...

2) a que protejan los derechos humanos y la dignidade de las personas infectadas por el VIH y de las personas con el SIDA... y a que eviten toda medida discriminatoria o de estigmatización contra esas personas en la provisión de servicios, el empleo y los viajes;

3) a que garaticen la índole confidencial de las pruebas de VIH y fomenten la disponibilidad del asesoramiento confidencial y otros servicios de apoyo..."

A mencionada Declaração Conjunta fixou, ainda, políticas, tanto no plano nacional, como no âmbito das próprias empresas, valendo salientar as seguintes:

"4. Protección del empleado: A las personas afectadas por el VIH/SIDA o sospechosas de estarlo, hay que protegerlas em el lugar de trabajo de toda estimatización o discriminación por parte de compañeros trabajadores, sindicatos, empleadores o clientes. La información y la educación son esenciales para mantener el clima de confianza mutua que es indispensable para lograr esa protección.

7. Camblos razonables de condiciones de trabajo: La infección por el VIH no entraña por sí misma limitación alguna de la aptitud para el trabajo.

Si ésta se encuentra menoscabada por una enfermedad relacionada com el VIH, se deberán tornar medidas para efectuar un cambio razonable de condiciones de trabajo.

8. Mantenimiento de la relación laboral: La infección por el VIH no es motivo para cesar la relación laboral. Al igual que con otras muchas enfermedades, las personas que tengan enfermedades relacionadas con el VIH deben seguir en condiciones de trabajar mientras estén médicamente en condiciones de desempeñar un empleo apropiado."

Por outro lado, algumas normas infraconstitucionais tratam da mesma matéria, e com o mesmo objetivo de repudiar as discriminações, valendo citar as disposições da Lei nº 9.029/95, que em seu art. 1º dispõe que:

"Art. 1º Fica proibida a 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."

O referido diploma legal, além de tipificar como crime as práticas discriminatórias, impõe multa administrativa e, em seu art. 4º, faculta ao empregado optar entre a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, ou a percepção, em dobro, da remuneração desse mesmo período.

Nota-se, portanto, que, no caso dos autos, onde a discriminação contra o trabalhador é flagrante e repudiável, o Poder Judiciário não pode deixar ao desamparo o empregado portador do vírus da AIDS, na medida em que os princípios de nosso ordenamento jurídico não admitem tal procedimento, e toda a sociedade mundial reclama um combate efetivo a essa prática.

A reintegração determinada pela Colenda Turma não importa em violação do art. 7º, inciso I, da Carta Magna, pois, como já se disse, o caso dos autos escapa da hipótese inscrita no aludido preceito constitucional, por não se tratar apenas de dispensa arbitrária, mas, sobretudo, discriminatória.

Nesse sentido, tem perfeita aplicação a norma inscrita no art. 8º da CLT, que autoriza a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, a decidir com base na jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios gerais de direito e, também, de acordo com os usos e costumes e o direito comparado, fazendo, sempre, prevalecer o interesse público sobre o particular.

Os demais dispositivos constitucionais e legais invocados pela embargante não lhe socorrem, em face das razões acima expostas, que se sobrepõem aos argumentos expendidos. Saliente-se que nenhum dos preceitos citados nos embargos do reclamado acoberta a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, o que também afasta a ocorrência da hipótese da alínea “c” do art. 896 da CLT.

É de se ressaltar que não se está criando nenhum tipo de estabilidade ao portador de doença grave, pois, aí sim, estaria o Poder Judiciário invadindo a seara do Poder Legislativo e se distanciando das prescrições legais, que são claras no sentido de assegurar esse benefício apenas em algumas circunstâncias, como, por exemplo, a do cipeiro, da gestante, do dirigente sindical, entre outras.

A reintegração do obreiro tem por finalidade dar cumprimento às diversas disposições legais e constitucionais acima citadas, que vedam, veementemente, a prática discriminatória, não só contra o trabalhador, mas aquela dirigida a qualquer ser humano. Assim, sempre que o empregador despedir o empregado por discriminação, seja por motivo de doença, raça, religião, convicção política, entre outros, a solução do litígio culminará, inevitavelmente, com a reintegração do funcionário.

Nesse sentido, inclusive, já se posicionou esta Corte Superior nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº RO-MS-208.556/95.2, em que foi Relator o Exmº Sr. Ministro Valdir Righetto, DJ-29.11.96. Nesse julgamento, o Colendo TST manteve a decisão proferida no Mandado de Segurança impetrado contra ato do Juiz Presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de São José - SC, que havia determinado a reintegração de empregado, cuja despedida foi discriminatória, ou seja, por motivos raciais.

Não se pode esquecer que o art. 9º da CLT estabelece que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. No caso, o ato discriminatório, levado a efeito pela demandada, pode ser enquadrado como nulo, pois fere princípios de todo o ordenamento jurídico trabalhista e, como conseqüência, não merece a benevolência deste Judiciário.

Também devem ser respeitadas as normas internacionais e recomendações de organizações internacionais de que o Brasil participa e que repreendem a discriminação.

Todos os fundamentos acima expendidos demonstram o direito do trabalhador ao pleito da reintegração, sem levar em conta o caráter humanitário da decisão, mas atendo-se, basicamente, aos princípios e disposições constitucionais e legais de nosso ordenamento jurídico e àquelas disposições internacionais, as quais o julgador deve observar.

Além dos aspectos jurídicos acima expostos, existem outras questões que merecem destaque. Não se pode, nos dias atuais, acolher a idéia de que o papel social dos empresários se restrinja apenas à obtenção de lucros para suas empresas. Ao contrário, a atividade empresarial é indispensável na busca pela justiça social, na distribuição de riquezas, no bem estar das comunidades, pois gera empregos, produz as mais variadas gamas de produtos e alimenta os cofres públicos com os seus impostos. O dirigente de uma entidade privada, dessa forma, não pode ter em mente apenas o seu objetivo pessoal, mas uma maior percepção da realidade, e se preparar para cumprir a sua função dentro da sociedade.

Nesse diapasão, a conduta discriminatória de demitir empregado pelo simples fato de ser portador de HIV também merece repugnância do ponto de vista social e humanitário. Sabe-se, há muito, que a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA se transmite através de contato sexual ou pelo sangue, não havendo riscos de contágio pelo trato normal entre empregados de uma determinada empresa.

Até porque, conforme consta daquela Declaração Conjunta OMS/OIT “No hay ninguna prueba de que el VIH se transmita (...) por el hecho de compartir vajilla, cubiertos, teléfonos o ropa de protección. Nada demuestra que el VIH pueda transmitirse mediante contactos casuales de persona em un sitio cualquiera.”

O que não se pode admitir é que o trabalhador seja descartado apenas por ser portador de doença grave, sem que se busque uma solução digna para o problema. A questão ganha relevo quando a doença não apresenta, de plano, uma inabilitação imediata do empregado, podendo permanecer anos sem se manifestar no organismo da pessoa infectada pelo vírus e sem prejudicar o desempenho no serviço. Exemplos nesse sentido são vários, sendo expoente o de conhecido esportista americano que, embora portador do vírus, continuou exercendo a sua atividade profissional de jogador de basquete.

Também é relevante, no caso dos autos, o grande porte da empresa demandada, fato que favorece a perfeita integração do empregado no ambiente de trabalho, havendo a possibilidade, inclusive, de recolocação do funcionário em várias atividades compatíveis com a sua condição.

Se, no entanto, os efeitos da doença estão impedindo o empregado de trabalhar, este deve ser encaminhado à Previdência Social, para fins de concessão de qualquer dos benefícios previdenciários estendidos pela Lei nº 7.670/88 aos portadores do vírus da AIDS.

Oportuno ressaltar que a jurisprudência desta Corte Superior vem se orientando nesse mesmo sentido, conforme demonstra o seguinte julgamento proferido pela Colenda SDI:

“REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. Não obstante inexistir no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV. Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no ‘caput’ do artigo 5º da Constituição Federal. Embargos não conhecidos.” (E-RR-205.359/95.6, Rel. Ministro Leonaldo Silva, SDI)

Por fim, os arestos trazidos a confronto nas razões de embargos não socorrem o reclamado, ante a sua inespecificidade. Ocorre que nenhum dos paradigmas cotejados trata do fundamento central da r. decisão embargada, qual seja a caracterização de dispensa por motivo de discriminação, limitando-se a dispor sobre a eficácia do art. 7º, inciso I, da Carta Magna. Incide, assim, o óbice do Enunciado nº 296 do Colendo TST.

Não configuradas as hipóteses do art. 894 da CLT.

Não conheço.

É o meu voto.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos quanto aos tópicos Preliminar de Nulidade do Acórdão Recorrido por Negativa de Prestação Jurisdicional e Violação do Art. 896 da CLT - Contrariedade aos Enunciados nºs 23, 126, 296 e 337, II, do TST e, pelo voto prevalente do Exmo. Sr. Ministro Presidente deles também não conhecer no tocante ao tema Reintegração - Empregado Portador do Vírus da AIDS, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Antônio de Barros Levenhagem, relator,

Brasília, 07 de fevereiro de 2000

JOSÉ LUIZ VASCONCELLOS E RIDER NOGUEIRA DE BRITO.
MINISTRO RELATOR

RR 119500-97.2002.5.09.0007, 1ªT - Min. Lelio Bentes Corrêa

DEJT 23.03.2012/J-03.08.2011 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

(1ª Turma)

GMLBC/ff

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA BRASIL TELECOM S.A - TELEPAR.

NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não se reconhece violação dos artigos 93, IX, da Constituição da República e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho em face de julgado cujas razões de decidir são fundamentadamente reveladas, abarcando a totalidade dos temas controvertidos. Uma vez consubstanciada a entrega completa da prestação jurisdicional, afasta-se a arguição de nulidade. Recurso de revista de que não se conhece.

TERMO DE RESCISÃO CONTRATUAL. QUITAÇÃO. ALCANCE. SÚMULA N.º 330 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.º 297, I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A ausência de pronunciamento, por parte da Corte de origem, acerca de elemento essencial à tese veiculada no apelo torna inviável o seu exame, à míngua do indispensável prequestionamento. Hipótese de incidência do entendimento cristalizado na Súmula n.º 297, I, desta Corte superior. Recurso de revista não conhecido.

NULIDADE DO ATO DEMISSSIONAL. EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE - NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA. 1. Não se reconhece ofensa aos artigos 7º, I, da Constituição da República e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face de decisão por meio da qual se determinou a reintegração no emprego de empregado portador de doença grave - neoplasia nodular epitelióide, porquanto tais normas não outorgam permissão ao empregador para proceder a dispensa discriminatória e arbitrária de empregado portador de doença grave. Ao contrário, o legislador constituinte assegurou o direito à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária. A dispensa imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir prova da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu no caso em exame. 2. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego em tais hipóteses não impede o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e a não discriminação, insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida nos artigos

5º, cabeça e 7º, I, da Lei Magna, que vedam a despedida arbitrária. 3. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968). 4. Frise-se, ademais, que a jurisprudência predominante no âmbito deste Tribunal Superior respalda tal entendimento, ao presumir arbitrária e discriminatória a demissão de empregado portador de moléstia grave (HIV/AIDS). 5. Recurso de revista de que não se conhece.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMPREGO. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. Esta Corte superior tem se posicionado no sentido de que a aposentadoria por invalidez, apenas suspende o contrato de emprego. O reclamante continua a ser empregado da reclamada, tendo jus à manutenção do plano de saúde nas mesmas condições de quando estava em atividade. Precedentes desta Corte uniformizadora. Recurso de revista de que não se conhece.

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. DESPEDIDA ARBITRÁRIA E DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. A condenação ao pagamento de indenização por danos morais resultante da conduta da empregadora consistente na dispensa arbitrária e discriminatória do empregado portador de doença grave constitui ato ilícito capaz de ensejar o pagamento de indenização por danos morais. Hipótese em que não se reconhece a alegada ofensa aos artigos 186, cabeça, e 188, I, do Código Civil, 5º, X, da Constituição da República. Recurso de revista de que não se conhece.

DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. Não cuidando a parte de dar a seu inconformismo o devido enquadramento legal, mediante a alegação de afronta a dispositivos de lei ou da Constituição da República ou de contrariedade a súmula deste Tribunal Superior ou, ainda, transcrevendo paradigmas específicos à hipótese dos autos, resulta manifesta a impossibilidade de conhecimento do recurso de revista por ausência de fundamentação. Recurso de revista não conhecido.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL. RESERVA DE POUPANÇA. RESTITUIÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Tratando-se de pleito de restituição de valores descontados pela ex-empregadora do reclamante, em benefício da instituição de previdência privada Fundação Sistel de Seguridade Social, a título de reserva de poupança, questão vinculada diretamente à complementação da aposentadoria, resulta clara a vinculação da matéria ao pacto laboral, conduzindo, portanto, ao reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para dirimir a controvérsia. Precedentes desta Corte superior. Recurso de revista de que não se conhece.

RESERVA DE POUPANÇA. FONTE DE CUSTEIO. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELA PATROCINADORA. REQUERIMENTO NÃO FORMULADO PELA FUNDAÇÃO RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ARTIGO 514, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Os argumentos aduzidos nas razões do recurso de revista devem se contrapor aos fundamentos norteadores da decisão que se

tenciona reformar. Do contrário, resulta desatendido o requisito erigido no artigo 514, II, do Código de Processo Civil, reputando-se carente de fundamentação o recurso. Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista n.º TST-RR-119500-97.2002.5.09.0007, em que são Recorrentes BRASIL TELECOM S.A. - TELEPAR e FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL e é Recorrido LUIZ FERNANDO ANTUNES LINO.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por meio dos acórdãos prolatados às fls. 624/640, complementado em sede de embargos de declaração às fls. 672, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela primeira reclamada - Brasil Telecom -, mantendo a sentença mediante a qual se deferira o pedido de reintegração do reclamante no emprego, bem como a manutenção do convênio médico do empregado durante a suspensão do contrato de emprego, e deu provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda reclamada - Fundação Sistel de Seguridade Social - para determinar a devolução, pelo autor, do valor recebido a título de reserva de poupança, bem como para condenar o reclamante a recolher as contribuições mensais devidas à Fundação recorrente, no período em que deixou de efetuar-las. Deu, ainda, provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para condenar a primeira reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$15.000,00.

Ainda inconformadas, interpõem as reclamadas os presentes recursos de revista. A segunda reclamada - FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL -, mediante as razões aduzidas às fls. 674/686, busca a reforma do julgado quanto aos temas “incompetência da Justiça do Trabalho”, “fonte de custeio da reserva de poupança”, esgrimindo com ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República, além de indicar arestos para o cotejo de teses.

A primeira reclamada - BRASIL TELECOM S.A. -, por meio das razões aduzidas às fls. 688/703, pugna, preliminarmente, pela decretação da nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Sucessivamente, requer a reforma do julgado quanto aos temas “quitação”, “reintegração do reclamante no emprego”, “manutenção do convênio médico no período de suspensão do contrato de emprego” “indenização por danos morais e quantum arbitrado”, esgrimindo com violação de dispositivos de lei e da Constituição da República, e transcrevendo arestos para o cotejo de teses.

Os recursos de revista foram admitidos por meio da decisão proferida à fl. 721. Foram oferecidas contrarrazões pelo reclamante às fls. 723/729 e 736/746, e pela Fundação Sistel às fls. 730/732.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

VOTO

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA BRASIL TELECOM S.A. - TELEPAR.

CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 19/11/2004, conforme certidão lavrada à fl. 673, e razões recursais protocolizadas em 26/11/2004, à fl. 674). O depósito recursal foi efetuado no valor legal (fl. 704) e as custas, recolhidas à fl. 586. A reclamada está regularmente representada nos autos, consoante procuração acosta às fls. 705/706 e substabelecimento à fl. 707.

2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscita a recorrente, preliminarmente, a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Argumenta que o Tribunal Regional, mesmo instado por meio de embargos de declaração, não se pronunciou sobre as seguintes questões:

1) inexistência de ressalva específica no termo de rescisão contratual quanto ao suposto direito do autor à reintegração no emprego por ser portador de neoplasia;

2) se a determinação contida na sentença e mantida pela Corte regional acerca da condenação da reclamada ao pagamento da diferença entre paga pela TCSPREV e o que o reclamante está recebendo a título de aposentadoria por invalidez, até o restabelecimento do plano de benefícios, não violação o disposto no artigo 5º, II, da Constituição da República, uma vez que ao aposentado por invalidez somente é devido o valor fixado na legislação própria;

3) em havendo manutenção da estabilidade no emprego, não seria devido o abatimento das parcelas recebidas pelo autor na rescisão contratual, como juros e correção monetária;

4) se a reclamada tinha conhecimento do quadro clínico do reclamante quando rescindiu o contrato de emprego, se não era do autor o ônus da prova de que levou ao conhecimento da reclamada o diagnóstico da enfermidade durante o pacto laboral, conforme atesta o documento à fl. 191, devendo ser enfrentada a questão ante o disposto nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil.

Esgrime com ofensa aos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição da República, 832 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Cumprе ressaltar, inicialmente, que, na esteira da Orientação Jurisprudencial n.º 115 da SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, a alegação de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional apenas encontra fundamento válido nos artigos 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 458 do Código de Processo Civil e 93, IX, da Constituição da República. Assim, não cabe a prefacial em tela com supedâneo em outros dispositivos.

A fim de pontuar o exame do recurso, considerando as várias questões em relação às quais aponta a reclamada vício de procedimento, faz-se necessário enumerar cada tópico sob exame.

1) inexistência de ressalva específica no termo de rescisão contratual quanto ao suposto direito do autor à reintegração no emprego por ser portador de neoplasia.

O Tribunal Regional, por meio do acórdão prolatado às fls. 626/628, examinando a questão alusiva à eficácia da quitação passada pelo reclamante à primeira reclamada, valeu-se das seguintes razões de decidir:

ENUNCIADO 330 DO C. TST

A reclamada sustenta que se encontra quitado o contrato de trabalho do autor, em face da homologação sindical no termo de rescisão contratual, pretendendo a aplicação do Enunciado n.º 330 do C. TST.

Sem razão.

O referido Enunciado, como jurisprudência que é, constitui mera argumentação orientadora e não vincula o julgador na sua aplicabilidade.

Assim, o art. 8º da CLT consagra a jurisprudência como fonte de direito, uma vez que promove a adequação da lei à evolução dos fatos. Quando idênticas decisões sobre o assunto se sucedem nos Tribunais, cristaliza-se o entendimento padronizado em súmulas, o que, contudo, não vincula as decisões a seguir proferidas, em face do princípio da livre convicção motivada.

Observe-se que o entendimento sumular faz expressa remissão aos parágrafos do art. 477 da CLT - O § 2º do mencionado artigo dispõe que a validade da quitação se restringe apenas às parcelas constantes do instrumento de rescisão, com a discriminação do respectivo valor. A eficácia liberatória a que alude o Enunciado em comentário, opera, portanto, apenas e tão-somente em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo e jamais à virtual integralidade dos títulos ali estampados, razão pela qual subsiste, em qualquer circunstância, e independentemente de ressalva, o direito do empregado de reclamar em juízo as diferenças que, reconhecidamente, resultaram sonegadas na quitação.

Relevante observar, ainda, que o E. TST, sensível à rejeição da aplicação do Enunciado n.º 330 do C. TST pelas demais instâncias trabalhistas, editou a Resolução n.º 108/2001, revisando o posicionamento jurisprudencial:

.....

Assim, a quitação deverá ser mantida apenas com relação às parcelas pagas em seus valores quantitativos.

Não obstante a Corte de origem tenha recusado o exame da questão suscitada pela ora recorrente por meio dos embargos de declaração interpostos ao acórdão prolatado à época do julgamento do recurso ordinário, tal silêncio não caracteriza negativa de prestação jurisdicional. Com efeito, a recorrente inovou, nos embargos de declaração, as razões de recurso ordinário apresentadas às fls. 513/514, uma vez que nelas a primeira reclamada nada aludiu acerca da aplicação da Súmula n.º 330 desta Corte superior pela circunstância de não ter havido ressalva específica no termo de rescisão contratual quanto ao suposto direito do autor à reintegração no emprego por ser portador de neoplasia. Não se verifica, assim, a alegada prestação jurisdicional imperfeita, no particular.

2) se a determinação contida na sentença e mantida pela Corte regional acerca da condenação da reclamada ao pagamento da diferença entre paga pela TCSPREV e o que o reclamante está recebendo a título de aposentadoria por invalidez, até o restabelecimento do plano de benefícios, não violação o disposto no artigo 5º, II, da Constituição da República, uma vez que ao aposentado por invalidez somente é devido o valor fixado na legislação própria.

A questão em apreço revela conteúdo meramente jurídicos. Assim, conquanto o Tribunal Regional tenha deixado de se pronunciar acerca de aspectos jurídicos relativos aos temas articulados nos embargos de declaração interpostos pela reclamada, tal silêncio não acarreta a decretação de nulidade do julgado, ante o que dispõe a Súmula n.º 297, II e III, desta Corte superior.

Em razão da orientação contida no item III da Súmula n.º 297, a omissão sobre questões meramente jurídicas, como no caso em apreço, não enseja o pronunciamento da nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional quando a parte interpõe embargos de declaração instando o juízo a manifestar-se a respeito do tema. Na hipótese, tem-se por fictamente prequestionada a matéria sobre a qual o Tribunal Regional não se pronunciou, viabilizando-se o prosseguimento da discussão na esfera recursal extraordinária. Eis o teor do verbete sumular referido:

III - Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

Assim, uma vez prequestionada, ainda que fictamente, a questão jurídica em epígrafe suscitada nos embargos de declaração, não há cogitar em nulidade do julgado por negativa de

prestação jurisdicional.

3) em havendo manutenção da estabilidade no emprego, não seria devido o abatimento das parcelas recebidas pelo autor na rescisão contratual, como juros e correção monetária.

O silêncio da Corte de origem acerca do exame da questão em epígrafe não caracteriza negativa de prestação jurisdicional, porquanto houve, nesse aspecto, inovação pela reclamada, nos embargos de declaração, dos argumentos veiculados nas razões do recurso ordinário. Não há falar, portanto, em prestação jurisdicional imperfeita, no particular.

4) se a reclamada tinha conhecimento do quadro clínico do reclamante quando rescindiu o contrato de emprego, se não era do autor o ônus da prova de que levou ao conhecimento da reclamada o diagnóstico da enfermidade durante o pacto laboral, conforme atesta o documento à fl. 191, devendo ser enfrentada a questão ante o disposto nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil.

O Tribunal Regional, examinando o recurso ordinário interposto pela reclamada, erigiu, às fls. 632/633, os seguintes fundamentos:

Primeiramente, a ré não alega em recurso desconhecer a grave doença que acometia o autor por ocasião da dispensa, ocorrida em 25.09.2001. Restringe seu apelo no sentido de que não há previsão legal ou jurídica que ampare a reintegração.

Somente para fins de esclarecimento, os atestados juntados pelo autor na exordial, mais precisamente o de fl. 77, datado de 05.09.2001, demonstram a existência de doença grave, qual seja, “neoplasia nodular epitelíóide comprometendo partes moles/tecido conjuntivo”. Muito embora conste ao final do laudo a necessidade de estudo mais preciso, esse todavia, destinava-se apenas a apurar a “tipagem histológica” e o “grau de proliferação celular”.

Conclui-se, portanto, que ao tempo da dispensa, a primeira ré, através de seu setor médico, já tinha conhecimento do quadro clínico do autor, mostrando-se omissa por ocasião do exame demissional (fl. 63).

.....

Da instrução probatória deduz-se que a reclamada dispensou o autor após mais de 28 anos de trabalho, mesmo conhecedora de que ele era portador de grave doença e que, quando desligado, deixaria de usufruir dos benefícios concedidos pela segunda ré (SISTEL), tais como o plano de saúde e a complementação de auxílio-doença ou da aposentadoria.

Julgados os embargos de declaração interpostos pela reclamada, a Corte de origem negou-

lhes provimentos, nos termos das razões de decidir consignadas às fls. 670/671:

Danos morais

A embargante insiste que não tinha conhecimento do quadro clínico do autor por ocasião da sua dispensa, conforme documento de fl. 191, firmado pela sua médica do trabalho. Desta forma, tenta justificar que não havia impedimento legal para a dispensa do reclamante.

Como bem frisado no bojo do v. acórdão embargado, “os atestados juntados pelo autor na exordial, mais precisamente o de fls. 77, datado de 05.09.200, demonstram a existência de doença grave, qual seja ‘neoplasia nodular epitelióide comprometendo partes moles/tecido conjuntivo’. Muito embora conste ao final do laudo a necessidade de estudo mais preciso, esse todavia, destinava-se apenas a apurar a ‘tipagem histológica’ e o ‘grau de proliferação celular’. Conclui-se, portanto, que ao tempo da dispensa, a primeira ré, através de seu setor médico, já tinha conhecimento do quadro clínico do autor, mostrando-se omissa por ocasião do exame demissional(fl. 63)”.

É fato que o autor já tinha diagnóstico de neoplasia antes da dispensa, conforme atestado de fl. 74. Através de tal documento, constata-se que o reclamante foi submetido a um procedimento cirúrgico em 21.08.2001, tendo necessitado de repouso neste dia. No recibo de pagamento do referido mês não se constata nenhum desconto por falta ao trabalho (fl. 269), presumindo-se que tal atestado foi entregue à reclamada para justificar a ausência neste dia. Isso também comprova o conhecimento pela reclamada da doença que acometia o autor.

Verificas-se, dos excertos reproduzidos, que a Corte de origem reconheceu, com base no exame da prova carreada aos autos, que a reclamada, quando dispensou o reclamante, tinha conhecimento da enfermidade que acometeu o reclamante.

A prestação jurisdicional foi outorgada, revelando-se a motivação respectiva em termos claros e suficientes, de molde a permitir o prosseguimento da discussão na via recursal extraordinária. Incólume, portanto, os artigos 93, IX, da Constituição da República e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, visto que houve efetiva entrega da prestação jurisdicional, ainda que de maneira contrária aos interesses da recorrente.

Com esses fundamentos, não conheço do recurso de revista.

TERMO DE RESCISÃO CONTRATUAL. HOMOLOGAÇÃO. QUITAÇÃO. ALCANCE. SÚMULA N.º 330 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, confirmando a sentença no tocante à ausência dos efeitos da quitação geral, consignando as razões de decidir alhures reproduzidas.

Pugna a reclamada, por meio das razões do recurso de revista apresentadas às fls. 691/692, pelo reconhecimento da eficácia liberatória geral da quitação conferida pelo reclamante. Afirma que no termo de rescisão contratual não houve ressalva específica quanto ao seu direito à reintegração no emprego. Esgrime com afronta aos artigos 646 da Consolidação das Leis do Trabalho e 4º da Lei n.º 7.701/88. Aponta contrariedade à Súmula n.º 330 deste Tribunal Superior, além de transcrever arestos para confronto de teses.

Não lhe assiste razão.

O Tribunal Regional não emitiu pronunciamento acerca da eficácia do termo de rescisão contratual com base nas alegações da recorrente no sentido de que não houve ressalva específica quanto ao seu direito à reintegração no emprego, notadamente porque tratava-se de questão inovatória. Logo, não há na decisão recorrida fundamentos que possam ser confrontados com as razões do recurso de revista. Hipótese de incidência da Súmula n.º 297, I, desta Corte superior.

De outro lado, a Súmula n.º 330 desta Corte uniformizadora consagra entendimento no sentido de que “A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem do recibo”.

Ora, se a quitação não alcança direitos não relacionados no termo de rescisão contratual, não há falar em aplicação da súmula em comento ao caso em exame pela mera circunstância de não ter o reclamante ressalvado o seu direito à reintegração no emprego.

Por qualquer aspecto que se examine a controvérsia, não há cogitar em ofensa aos dispositivos de lei invocados, contrariedade à sumula desta Corte superior ou divergência jurisprudencial em face da incidência do disposto no artigo 896, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

NULIDADE DO ATO DEMISSSIONAL. EMPREGADO PORTADOR DE NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA.

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, confirmando a sentença no tocante à determinação de reintegração do autor no emprego, valendo-se das razões de decidir expressas às fls. 631/637:

RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA DA REINTEGRAÇÃO - NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - ARTS. 5º, 11 E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - ART. 9º DA CLT - ARTS. 128, 458 E 460 DO CPC

Alega a ré que, com exceção do art. 273, caput e § 1º, do CPC, nenhum outro artigo de lei foi

citado para respaldar a decisão de fls. 117/118 que deferiu, via liminar, a reintegração do reclamante no emprego, com suspensão do contrato de trabalho. Aduz, portanto, que inexistiu fundamentação legal ou jurídica para o deferimento da reintegração, razão pela qual configurou-se afronta aos artigos 5º, II, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988; 9º da CLT; 128, 458 e 460 do CPC. Requer seja declarada nula tal decisão e, conseqüentemente, que se afaste a condenação “pelos valores que o autor deixou de receber, desde a despedida, a título de complementação de auxílio doença e após 26.09.02, a título de aposentadoria por invalidez, observado o valor pago pela previdência social e a complementação que seria paga pela TCSPREV, até o restabelecimento deste no referido plano de benefícios”.

Sem razão.

Primeiramente, a ré não alega em recurso desconhecer a grave doença que acometia o autor por ocasião da dispensa, ocorrida em 25.09.2001. Restringe seu apelo no sentido de que não há previsão legal ou jurídica que ampare a reintegração.

Somente para fins de esclarecimento, os atestados juntados pelo autor na exordial, mais precisamente o de fl. 77, datado de 05.09.2001, demonstram a existência de doença grave, qual seja, “neoplasia nodular epitelíóide comprometendo partes moles/tecido conjuntivo”. Muito embora conste ao final do laudo a necessidade de estudo mais preciso, esse todavia, destinava-se apenas a apurar a “tipagem histológica” e o “grau de proliferação celular”. Conclui-se, portanto, que ao tempo da dispensa, a primeira ré, através de seu setor médico, já tinha conhecimento do quadro clínico do autor, mostrando-se omissa por ocasião do exame demissional (fl. 63).

Quanto aos fundamentos para se determinar a reintegração ao emprego, se não se encontram explícitos no ordenamento jurídico, como a questão envolve confronto entre o direito potestativo do empregador e seus limites ante a dignidade da pessoa humana, adequada a prestação jurisdicional que busca solução nos princípios gerais de direito conforme entendimento consagrado no art. 8º, da CLT, e fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito, encartados no Texto Constitucional.

No presente caso, discute-se a dispensa imotivada do empregado acometido de doença grave, a oportunidade do exercício deste ato unilateral e sua repercussão na esfera dos direitos fundamentais.

Da instrução probatória deduz-se que a reclamada dispensou o autor após mais de 28 anos de trabalho, mesmo conhecedora de que ele era portador de grave doença e que, quando desligado, deixaria de usufruir dos benefícios concedidos pela segunda ré (SISTEL), tais como o plano de saúde e a complementação de auxílio-doença ou da aposentadoria.

A circunstância do caso concreto demonstra que a aplicação do critério lógico-formal com vistas em uma concepção materialista do fenômeno laboral em que a relação trabalhista é dominada

pelo espírito econômico, resultaria em resposta judicial desumana, afastando-se de uma solução sedimentada nos ideais de justiça social.

No cerne de nosso sistema constitucional encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, como valor orientador da juridicidade ética, enunciado no artigo primeiro da Carta Magna.

A propósito do tema, Ricardo José Engel (O Jus variandi no Contrato Individual do Trabalho, São Paulo: Ltr, 2003, p. 34,) esclarece que:

.....

No caso em tela, resta evidente o desvio de direito cometido pelo empregador ao dispensar o empregado ao tempo da doença grave que o acometia, exatamente no momento em que mais necessitava de apoio moral e material, malferindo, no visualizar desta Corte, valores inerentes à dignidade da pessoa humana.

O E. TST já manifestou entendimento no mesmo sentido:

RECURSO DE REVISTA - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE - NULIDADE - ABUSO DE DIREITO - REINTEGRAÇÃO - Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do “poder potestativo”, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei n.º 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo V. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no caput do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração

ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema. (TST - RR 462888 - 5a T. Rel. Juiz Conv. André Luís Moraes de Oliveira - DJU 26.09.2003).

Certamente, o poder diretivo não é absoluto, comportando limitações. O núcleo basilar dos princípios gerais do direito aplicáveis ao ramo justralhista inicia-se com o multicitado princípio da dignidade humana. Relembre-se que o desvio de direito nada tem a ver com o descumprimento direto da lei, mas com o exercício de um direito sem afinidade com a sua função social.

Não é demais acrescentar que o princípio da razoabilidade, segundo doutrina, é garantia constitucional implícita, atuando como limite aos atos decorrentes da prerrogativa patronal de despedir.

Na lição de Chaim Perelman (Ética e Direito, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 429) “toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada”.

Ante o exposto, mantém-se a reintegração determinada que tem como fundamento jurídico a proteção da dignidade da pessoa humana, estabelecida no art. 1º, III, da Constituição Federal, razão pela qual não há que se falar em afronta aos dispositivos indicados pela recorrente.

Mantenho.

Julgados os embargos de declaração interpostos pela reclamada, a Corte de origem negou-lhes provimentos, nos termos das razões de decidir consignadas às fls. 668/670:

Da reintegração

Requer a embargante seja analisado o entendimento de que o autor tem direito à reintegração com fundamento na dignidade da pessoa humana, por ser portador de neoplasia, à luz do art. 5º, II, 7º, I e 93, IX, da Constituição Federal, 9º da CLT, 128, 458 e 460 do CPC.

Primeiramente, cabe asseverar que a parte não alega omissão, contradição ou obscuridade no julgado, apenas questiona alguns pontos da decisão.

A reintegração foi determinada ante o entendimento de que houve desrespeito pela reclamada ao princípio que protege a dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal. Não se vislumbra afronta aos arts. 5º, II, e 7º, I, da mesma carta. Outrossim, a r. decisão encontra-se devidamente fundamentada e observou os limites da lide, não havendo, portanto, desrespeito ao art. 93, IX, da Constituição Federal, e aos artigos 128, 458 e 460 da CLT.

Acrescente-se que o autor foi dispensado em 25.09.2001 e aposentado por invalidez em 26.09.2002. Quanto ao exame juntado à fl. 77, foi emitido por centro de exames de caráter privado, e não pelo setor médico da reclamada, entretanto, conforme constou no v. acórdão, o diagnóstico de “neoplasia”, foi realizado antes da dispensa do autor, tendo sido omissa o setor médico da embargante por ocasião do exame demissional. Cabe ressaltar que, por ocasião da dispensa, o autor não estava em gozo de benefício previdenciário, nem recebeu anteriormente auxílio doença acidentário.

Na alínea “c” dos embargos, a embargante requer seja declarado que ela somente teve conhecimento da doença do autor após a sua dispensa, enquanto que no v. acórdão consta, explicitamente à fl. 632, exatamente o contrário, razão pela qual nada há para ser acrescentado.

Sustenta a reclamada, por meio das razões do recurso de revista apresentadas às fls. 692/697, que a Corte de origem, ao manter a sentença no tocante à determinação de reintegração do autor no emprego violou o disposto nos artigos 5º, II, 7º, I, e 93, IX, da Constituição da República, 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, 128, 458 e 460 do Código de Processo Civil. Afirma que não existe no ordenamento jurídico nenhuma lei que ampare o pedido de reintegração no emprego do empregado portador de neoplasia. Transcreve, ainda, aresto ao cotejo de teses.

Não prospera o inconformismo da recorrente.

No caso em exame, não há falar em julgamento fora dos limites da lide, porquanto houve pedido expresso pelo reclamante, na petição inicial, de reintegração no emprego, não havendo cogitar em ofensa aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Não se cogita, ainda, em ofensa aos artigos 7º, I, da Constituição da República e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porquanto tais normas não outorgam permissão ao empregador para proceder a dispensa discriminatória e arbitrária de empregado portador de doença grave. Ao contrário, o legislador constituinte assegurou o direito à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária.

A despedida imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir prova da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu na hipótese em exame.

Verifica-se, ainda, que a circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego em tais hipóteses não impede o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e a não discriminação, insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida nos artigos 5º, cabeça

e 7º, I, da Lei Magna, que vedam a despedida arbitrária.

A jurisprudência predominante no âmbito desta Corte uniformizadora respalda tal entendimento, ao erigir tese no sentido de que, não obstante a ausência de legislação que assegure a garantia provisória no emprego do empregado portador do vírus HIV, é inequívoco o seu direito à reintegração quando demitido sem justa causa, porquanto se presume discriminatória tal dispensa, recaindo sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: E-RR-36600-18.2000.5.15.0021, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJU de 14/11/2008; E-ED-RR-76.089/2003-900-02-00.9, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU de 30/11/2007; TST-E-RR-439.041/1998, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU de 23/5/2003; RR - 112900-36.2005.5.02.0432, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT de 06/05/2011, RR-721340-83.2006.5.12.0035, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT de 22/10/2010, AIRR-195740-92.2008.5.02.0434, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 03/09/2010, e RR - 9951200-06.2006.5.09.0025, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT de 19/03/2010.

Importante observar que esse entendimento revela-se consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968).

A Convenção n.º 111 (incorporada ao ordenamento jurídico desde 1965 e revestida de plena eficácia legal), estabelece a obrigatoriedade, para os Estados Membros que a tenham ratificado, de “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 2.º), incumbindo-lhes, entre outras medidas, “revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política” (artigo 3.º, c).

A Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, órgão incumbido do monitoramento da implementação da normativa internacional trabalhista (juntamente com a Comissão de Normas da Conferência da OIT e o Comitê de Liberdade Sindical) - chama a atenção para o fato de que certas práticas administrativas e regras processuais podem constituir sério entrave à correta implementação dessa Política Nacional e, por consequência, ao combate à discriminação. Dentre esses entraves, destaca a Comissão de Peritos, em seu Estudo Geral sobre a Convenção n. 111, de 1988, a questão relativa à distribuição do encargo probatório, salientando a necessidade de se tratar temas relativos à violação de direitos humanos com flexibilidade no tocante à produção de provas. Assevera a Comissão de Peritos (os grifos foram acrescentados):

Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata, por ejemplo, de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter discriminatorio es manifiesto), lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Por consiguiente, en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante. El Gobierno de Canadá ha señalado que los tribunales y otras autoridades competentes deben dar muestras de flexibilidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ha indicado que, en materia de derechos humanos, cuando los indicios sean más bien favorables al demandante, es decir si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación. En ciertos países la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etc. Si tal cosa se demuestra, la carga de la prueba será de la incumbencia del empleador, que habrá de demostrar que había un motivo legítimo, no discriminatorio. Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado.¹

Em conclusão, assinala a Comissão de Peritos:

La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo.²

Enfrentando especificamente o tema relativo à efetividade da proteção contra a discriminação e a possibilidade de rescisão do contrato de emprego, ressaltou a Comissão de Peritos, no Estudo Geral de 1996:

En lo que atañe a la eficacia de las sanciones que pueden adoptar los órganos cuasijurisdiccionales, debería hacerse beneficiar a la persona que sea víctima de una discriminación de una compensación adecuada y, al mismo tiempo, que tenga un efecto disuasorio para las personas que pudieran sentir la tentación de discriminar. Conviene tener presente que, al recurrir a ese tipo de procedimiento, un trabajador se enfrenta a riesgos tanto materiales como morales. Así por

ejemplo, una legislación que contenga disposiciones protectoras pero que en la práctica permita al empleador poner fin al contrato de un trabajador pagándole una simple indemnización no confiere una protección adecuada. A efectos de la eficacia de una vía de recurso en caso de discriminación, también resulta importante que la causa se resuelva rápidamente para evitar que la situación ilegal se prolongue inútilmente, lo cual acarrearía asimismo consecuencias negativas para la determinación de los hechos.³

O princípio erigido no artigo 5º, II, da Constituição da República tem caráter genérico, o que não permite, em regra, o reconhecimento de sua violação direta e literal, conforme pretendido pela recorrente. Nesse sentido o entendimento do STF (Precedentes: STF, AGRAG-148570/RS, Min. Moreira Alves - 1ª Turma, DJU de 18.08.95; STF, AG-AI 146.611-2- RJ, Rel. Min. Moreira Alves - Ac. 1ª Turma).

Inviável, daí, o processamento do recurso de revista pelo permissivo da alínea c do artigo 896 consolidado com arrimo na violação do aludido preceito.

Os artigos 93, IX, da Constituição da República e 458 do Código de Processo Civil, por seu turno, concernem, respectivamente, a exigência de publicidade e de fundamentação das decisões judiciais e aos requisitos das decisões judiciais, não guardando nenhuma pertinência com a questão em exame, alusiva ao direito à reintegração no emprego do empregado portador de doença grave.

O aresto transcrito à fl. 694, por fim, não viabiliza o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial, porquanto encerra tese genérica no sentido de que o empregado portador de câncer terminal pode ser despedido sem justa causa, por não ser portador de nenhuma estabilidade. Não enfrenta, contudo, o exame da matéria à luz da existência de despedida discriminatória e do desrespeito pela reclamada ao princípio que protege a dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, III, da Constituição da República. Hipótese de incidência da Súmula n.º 296, I, desta Corte superior.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE.

O Tribunal Regional, por meio do acórdão prolatado à fl. 669, em sede de embargos de declaração, asseverou que “A suspensão do contrato de trabalho em virtude de aposentadoria por invalidez não afasta a manutenção do convênio médico. Cabe ressaltar que as partes não alegaram eventual vedação neste sentido pelo regulamento da Sistel”.

Sustenta a reclamada, por meio das razões do recurso de revista apresentadas às fls. 697/699, ser inadmissível a manutenção do convênio médico, em razão da suspensão do contrato de emprego decorrente de aposentadoria do reclamante por invalidez. Argui ofensa ao artigo 475 consolidado e

transcreve aresto para confronto de teses.

Sem razão a reclamada.

Esta Corte superior tem decidido de forma reiterada que a aposentadoria por invalidez apenas suspende o contrato laboral e os efeitos principais do vínculo, como a contagem por tempo de serviço, o pagamento de salários e a prestação de serviços. Os efeitos do pacto laboral não vinculados diretamente à prestação de serviços, como o direito ao plano de saúde, permanecem inalterados. Não há falar, portanto, em ofensa ao artigo 475 consolidado.

Nesse sentido, observem-se os seguintes precedentes da SBDI-I desta Corte uniformizadora:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PLANO DE SAÚDE. MANUTENÇÃO. Cinge-se a controvérsia em definir se a aposentadoria por invalidez constitui-se causa para a suspensão do plano de saúde, fornecido pelo empregador aos seus empregados e dependentes no curso do contrato de trabalho, até eventual retorno do obreiro à ativa. A suspensão do contrato de trabalho, seja por aposentadoria por invalidez ou concessão de auxílio-doença, apenas importa em suspensão das obrigações principais do contrato de trabalho - como a prestação dos serviços e o pagamento de salário. Nessa linha, o direito ao acesso ao plano de saúde - por decorrer diretamente do contrato de emprego e não depender da prestação de serviços para a sua manutenção - deve ser resguardado enquanto durar a concessão do benefício previdenciário. Precedentes. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-RR-156100-81.2005.5.05.0021, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, publicado no DEJT de 6/8/2010)

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. A aposentadoria por invalidez não é causa de extinção do contrato de trabalho, mas de suspensão, que paralisa apenas os efeitos principais do vínculo de emprego, conforme estabelece o art. 475 da CLT. Assim, essa suspensão não atinge o direito de o reclamante continuar usufruindo do plano de saúde, haja vista tratar-se de benefício que decorre diretamente do contrato de trabalho. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (E-RR - 87900-83.2005.5.05.0033, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, publicado no DEJT de 23/4/2010)

RECURSO DE REVISTA. PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA MANTIDO DURANTE AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO OBREIRO. SUBSEQUENTE SUPRESSÃO DA VANTAGEM APÓS APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DO TRABALHADOR. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO.- CONTINUIDADE DAS CONDIÇÕES DE USUFRUTO DO PLANO MÉDICO. Muito embora a suspensão constitua a suspensão plena e absoluta de todas as cláusulas expressas e implícitas do contrato, há hipóteses em que persistem obrigações do pacto empregatício, como por exemplo, cláusulas que dizem respeito a condutas omissivas das partes, como as relacionadas à integridade física e moral do empregado, a teor do que dispõe o art. 483, -e- e -f-, da CLT. Imprópria, pois, a exclusão do

empregado do plano de saúde implementado espontaneamente pelo empregador com equivocado esteio na jubilação por invalidez. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-RR-89000-68.2006.5.04.0291, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, publicado no DEJT de 30/3/2010)

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. SUPRESSÃO DO PLANO DE SAÚDE. 1. A aposentadoria por invalidez não extingue o contrato de trabalho. O art. 475, caput, da CLT prevê a suspensão do pacto enquanto durar a custódia previdenciária. Assegura o § 1º do mesmo dispositivo o retorno à função que ocupava, quando recuperada a capacidade laborativa ou cancelada a aposentadoria; 2. No caso, restou incontroverso que foi a aposentadoria por invalidez usada como razão do cancelamento da assistência médica, benefício assegurado pela empresa aos seus empregados, por força do Plano de Cargos e Salários; 3. Considerando que a vantagem aderira ao contrato de trabalho do reclamante - contrato, repita-se, ainda em vigor após a jubilação provisória -, a supressão do direito ao plano assistencial lesiona o princípio protetivo do art. 468 consolidado. 4. No mais, - o Direito não pode abdicar de seu substrato ético e o Direito do Trabalho em particular encontra-se vinculado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria República (art. 1º, III), da valorização do trabalho como alicerce da ordem econômica (art. 170), de uma ordem social baseada no primado do trabalho, tendo por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Toda essa principiologia leva à consideração da pessoa do trabalhador, que não pode ser descartado como qualquer engrenagem inútil quando, doente ou acidentado no trabalho, vem a ser aposentado por invalidez, período em que se mantém hígido, embora hibernado, o contrato de emprego - 5. Eis porque merece provimento o recurso para assegurar, ao reclamante-recorrente, o benefício do plano de saúde, enquanto comprovadamente enfermo, nos termos do pedido deduzido na alínea B da inicial. (...) (E-ED-RR-495400-18.2002.5.03.0900, Redator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, publicado no DEJT de 27/11/2009).

Com efeito, a decisão recorrida revela em consonância com a jurisprudência uniforme desta Corte superior, o que inviabiliza o conhecimento do recurso de revista por eventual divergência jurisprudencial, em razão do óbice contido no artigo 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.

A Corte de origem deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para condenar a primeira reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$15.000,00. Valeu-se, às fls. 639/640, das seguintes razões de decidir:

Devido ao indiscutível drama pessoal ao qual foi submetido o obreiro, em face da atitude da primeira ré, requer o pagamento de indenização pelo dano moral sofrido.

Com razão.

O exercício normal da prática do ato de dispensa do empregado pelo empregador, a princípio, não acarreta dano moral ao empregado, exceto quando utilizado o expediente de modo abusivo.

Considerando que o desvio do direito foi reconhecido tanto em primeiro grau quanto por ocasião do exame do recurso da primeira ré, por certo remanesce o direito do autor a perceber indenização pelo sofrimento decorrido por ocasião da dispensa.

É fato que a ré sabia do quadro clínico do autor quando resolveu rescindir o contrato de trabalho. Cabe ressaltar que o diagnóstico da doença, foi obtido em 02.09.2001 e, em menos de 30 dias, a primeira ré, sem considerar o fato de que o autor ficaria sem o plano de saúde e sem complementação de auxílio doença ou de aposentadoria, preferiu dispensá-lo a encaminhá-lo ao INSS para tratamento.

Tal procedimento, indene de dúvida, causou um dano ao autor, ocasionando sofrimento e angústia. Frise-se que o nexos causal, nesse caso, independe de prova, pois é nítido o prejuízo moral sofrido pelo autor.

Assim sendo, condeno a primeira ré ao pagamento de indenização pelo dano moral que causou ao autor, a qual fixo em R\$15.000,00. Esclareço, desde logo, que o montante foi fixado considerando todos os elementos do caso concreto.

Julgados os embargos de declaração interpostos pela reclamada, a Corte de origem negou-lhes provimentos, nos termos das razões de decidir consignadas às fls. 670/671:

Danos morais

A embargante insiste que não tinha conhecimento do quadro clínico do autor por ocasião da sua dispensa, conforme documento de fl. 191, firmado pela sua médica do trabalho. Desta forma, tenta justificar que não havia impedimento legal para a dispensa do reclamante.

Como bem frisado no bojo do v. acórdão embargado, “os atestados juntados pelo autor na exordial, mais precisamente o de fls. 77, datado de 05.09.200, demonstram a existência de doença grave, qual seja ‘neoplasia nodular epitelíode comprometendo partes moles/tecido conjuntivo’. Muito embora conste ao final do laudo a necessidade de estudo mais preciso, esse todavia, destinava-se apenas a apurar a ‘tipagem histológica’ e o ‘grau de proliferação celular’. Conclui-se, portanto, que ao tempo da dispensa, a primeira ré, através de seu setor médico, já tinha conhecimento do quadro clínico do autor, mostrando-se omissa por ocasião do exame demissional(fl. 63)”.

É fato que o autor já tinha diagnóstico de neoplasia antes da dispensa, conforme atestado de

fl. 74. Através de tal documento, constata-se que o reclamante foi submetido a um procedimento cirúrgico em 21.08.2001, tendo necessitado de repouso neste dia. No recibo de pagamento do referido mês não se constata nenhum desconto por falta ao trabalho (fl. 269), presumindo-se que tal atestado foi entregue à reclamada para justificar a ausência neste dia. Isso também comprova o conhecimento pela reclamada da doença que acometia o autor.

Quanto à alegação de que não existia impedimento legal à dispensa do autor, razão pela qual não se poderia falar em dano moral, o v. acórdão já se manifestou a respeito às fls. 632/633. Em sendo nula a dispensa e tendo ela provocado dano moral ao obreiro, cabível indenização, exatamente nos termos estabelecidos no art. 186 do novo código civil, invocado pela reclamada.

Alega a reclamada, por meio das razões do recurso de revista apresentadas às fls. 699/703, que a dispensa do reclamante não se deu em razão de sua doença, conquanto incontroversa a existência da enfermidade ao tempo da despedida. Afirma, nesse contexto, ser indevida a indenização por danos morais. Frisa, por fim, que não há prova do dano sofrido pelo reclamante em razão de sua dispensa. Argui afronta aos artigos 160, I, 186, cabeça, e 188, I, do Código Civil, 5º, II, X e XXIX, da Constituição da República, 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I, do Código de Processo Civil. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Não assiste razão à recorrente.

Com efeito, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais resultante da conduta da empregadora consistente na dispensa arbitrária e discriminatória do empregado portador de doença grave constitui ato ilícito capaz de ensejar o pagamento de indenização por danos morais. Nesse contexto, não se reconhece a alegada ofensa aos artigos 186, cabeça, e 188, I, do Código Civil, 5º, X, da Constituição da República.

Não se infere, ainda, a invocada afronta aos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I, do Código de Processo Civil, em face da arguição da reclamada no sentido de que não há prova do dano sofrido pelo reclamante em razão de sua dispensa.

O dano moral, nas judiciosas palavras do professor Pablo Stolze Gagliano, “consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagens, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 55).

Extrai-se, do conceito, que em virtude de o dano moral estar intimamente ligado à personalidade jurídica da vítima, a lesão decorrente da conduta (omissiva ou comissiva) nem sempre é facilmente detectada pelo julgador. O exame da ofensa, nesse sentido, não pode ficar restrito às

marcas físicas ocasionadas pelo ilícito praticado pelo agressor, o que causa certa dificuldade de sua comprovação material em juízo.

Cabe trazer à colação, mais uma vez, as lições do Juiz Pablo Stolze Gagliano no que tange à caracterização do dano moral (ob. cit.). Nesse sentido, o seguinte excerto (os grifos não são do original):

Contudo, podem ocorrer, de fato, algumas circunstâncias em que fique difícil para o magistrado descobrir a verdadeira existência do “dano moral”, mas isso se configura mais como uma simples dificuldade de ordem probatória do que um impedimento à ressarcibilidade do dano.

Nestes casos, é plenamente razoável que se exija do magistrado um pronunciamento exposto se o fato alegado, do ponto de vista da razoabilidade humana, pode ser considerado ensejador de uma lesão efetiva ao patrimônio moral, negando terminantemente a pretendida “reparação” quando o considerar alegado dano mero fruto de uma sensibilidade exacerbada, não compatível com os sentimentos do homem mediano.

Não depende de comprovação, portanto, que o abalo psicológico sofrido pelo reclamante afetou direitos inerentes à própria personalidade, no caso, a sua integridade psíquica, o que enseja a reparação por danos morais.

A professora Maria Helena Diniz, ao citar Zannoni, ressalta que “os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço pela dor que sentem ou sentiram, mas, tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofrida” (in Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 93).

Frise-se, ainda, que o artigo 160 do Código Civil não possui o inciso I, mas somente a cabeça do artigo e o parágrafo único, que, ademais, não tratam da questão aqui versada.

O princípio erigido no artigo 5º, II, da Constituição da República tem caráter genérico, o que não permite, em regra, o reconhecimento de sua violação direta e literal, conforme pretendido pela recorrente. Nesse sentido o entendimento do STF (Precedentes: STF, AGRAG-148570/RS, Min. Moreira Alves - 1ª Turma, DJU de 18.08.95; STF, AG-AI 146.611-2- RJ, Rel. Min. Moreira Alves - Ac. 1ª Turma).

Inviável, daí, o processamento do recurso de revista pelo permissivo da alínea c do artigo 896 consolidado com arrimo na violação do aludido preceito.

A arguição de afronta ao artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República, por seu turno, não viabiliza igualmente o enquadramento do recurso de revista no permissivo do artigo 896, c, da Consolidação das Leis do Trabalho. Referido dispositivo consagra o princípio da anterioridade da

norma penal, questão afeta ao Direito Penal, que não guarda pertinência com a matéria controvertida nos presentes autos.

Os arestos transcritos à fl. 703, por fim, não se prestam ao fim colimado pela parte. O primeiro julgado é inespecífico, porquanto consagra tese genérica no sentido de que é indevida a reparação por danos morais quando não há prova de que o dano sofrido pelo empregado decorreu de ato omissivo ou comissivo praticado pelo empregador. Ora, no caso em exame, o dano sofrido pelo empregado decorreu incontroversamente de ato comissivo praticado pelo empregador - a dispensa discriminatória e arbitrária do empregado portador de doença grave. No segundo paradigma afirma-se tese no sentido de que o mero exercício do poder disciplinar do empregado não configura dano à moral do empregado. De maneira que, no particular, não atendido o requisito da especificidade, na forma do disposto na Súmula n.º 296, I, desta Corte superior.

Nessas circunstâncias, não conheço do recurso de revista.

DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, para condenar o reclamado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$15.000,00, consoante as razões de decidir alhures reproduzidas.

Sustenta a reclamada, por meio das razões do recurso de revista aduzidas à fl. 702, que o valor da indenização por danos morais fixada pela Corte de origem é exorbitante.

O recurso de revista carece da necessária fundamentação, no particular. As razões respectivas não indicam dispositivo de lei ou da Constituição da República que se tenha por afrontado nem contrariedade a súmula desta Corte superior ou mesmo aresto específico para fins de caracterização de divergência jurisprudencial. O apelo não se enquadra, desse modo, em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço do recurso de revista interposto pela reclamada Brasil Telecom S.A.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL

CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 19/11/2004, conforme certidão lavrada à fl. 673, e razões recursais protocolizadas em 28/11/2004, à fl. 674). O depósito recursal foi efetuado no valor legal (fl. 687) e as custas, recolhidas à fl. 586. A reclamada está regularmente representada nos

autos, consoante mandato tácito consignado na ata de audiência carreada à fl. 485.

2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

A Corte de origem rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho arguida pela segunda reclamada, valendo-se das razões de decidir expressas às fls. 629/631:

INCOMPETÊNCIA MATERIAL - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

Alega a segunda ré que esta Justiça Especializada é incompetente para apreciar pedido de complementação de aposentadoria.

Sem razão.

Indene de dúvidas que esta Justiça laboral é competente para examinar e julgar matéria que trate de complementação de benefícios previdenciários relacionados ao contrato de trabalho, nos exatos termos do artigo 114 da vigente Constituição Federal, *ipsis literis*:

.....A complementação de aposentadoria está intimamente vinculada ao contrato de trabalho vez que depende do tempo de serviço e contribuição efetuada pelo participante.

Nessa esteira, o E. TST, através de orientações jurisprudenciais, tem reconhecido a competência da Justiça do Trabalho para analisar a matéria concernente à complementação de aposentadoria, sufragando o entendimento exarado acima, ou seja, que na realidade, as entidades previdenciárias privadas vinculadas a determinadas empresas, são por estas controladas, conforme multiplicidade de arestos a seguir:

.....Portanto, firmada a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar o feito.

Sustenta a segunda reclamada, por meio das razões do recurso de revista apresentadas às fls. 675/681, que a Justiça do Trabalho não é competente para processar e julgar pleito de complementação de aposentaria, tendo em vista a criação da vantagem por instituição de previdência privada. Esgrime com violação dos artigos 114 da Constituição da República e transcreve arestos para confronto de teses.

Sem razão a recorrente.

Embora se trate, no caso, de verba de natureza previdenciária, paga por empresa com personalidade jurídica diversa daquela onde trabalhou o empregado, verifica-se que o direito que deu origem à obrigação foi estabelecido tão somente em razão da existência do contrato de emprego.

Postulando o reclamante a restituição de valores descontados pela recorrente, sua ex-empregadora, em benefício da instituição de previdência privada Fundação Sistel de Seguridade Social, a título de reserva de poupança, questão vinculada diretamente à complementação da aposentadoria, resulta clara a vinculação da matéria ao pacto laboral, conduzindo, portanto, ao reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para dirimir a controvérsia. Não se cogita, portanto, na alegada violação do artigo 114 da Constituição da República.

Observem-se, nesse sentido, os seguintes precedentes desta colenda Corte uniformizadora:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Sendo certo que o direito postulado, referente à complementação de aposentadoria devida por entidade de previdência fechada instituída pela Empregadora, está jungido ao contrato de trabalho, é competente esta Justiça Especializada para conhecer da ação e julgá-la, nos termos do art. 114, I, da Carta Magna (TST-E-RR-588.321/1999, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, SBDI-I, DJU de 9/5/2008)

EMBARGOS. RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES AO PLANO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Estando a relação com a Previ condicionada à existência de liame empregatício entre as partes por se tratar de entidade fechada de previdência privada impõe-se o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho. Inteligência do artigo 114 da Constituição da República. Embargos conhecidos e providos. (TST-E-RR-387270/1997, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, SBDI-I, DJU de 11/4/2008)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ENTIDADE PRIVADA. A jurisprudência pacífica da Corte orienta que, sendo a entidade de previdência privada e a norma garantidora foram criadas pelo empregador, a complementação de aposentadoria decorre da relação de emprego, independentemente de haver-se transferido a responsabilidade pela complementação dos proventos para entidade diversa (TST-E-RR-1.378/2003-001-04-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SBDI-I, DJU de 9/11/2007)

EMBARGOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA MATERIAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - A Justiça do Trabalho é competente para dirimir a controvérsia, porque a causa remota do pedido de pagamento de complementação de aposentadoria é o contrato de trabalho. Ainda que se trate de obrigação de natureza previdenciária, formalmente devida por entidade de previdência privada, não se pode deixar de reconhecer que o ex-empregador se obrigou mediante o contrato de trabalho a complementar, por interposta pessoa, os proventos de aposentadoria. Recurso de Embargos não conhecido (TST-E-RR-474.477/1998, Rel. Min. Carlos

Alberto Reis de Paula, SBDI-I, DJU de 27/2/2004)

RECURSO DE REVISTA. 1. RESTITUIÇÃO DAS RESERVAS DE POUPANÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A SBDI-1 desta Corte tem posicionamento reiterado de que, quando a fonte da obrigação instituidora da complementação de aposentadoria decorre do contrato de trabalho, a competência é da Justiça Trabalhista para conhecer e julgar a matéria. Cabe registrar que a restituição das reservas de poupança é tema vinculado diretamente à complementação da aposentadoria. Violação do art. 114 da Constituição Federal não configurada. Recurso de revista não conhecido. (TST-RR-102/1998-481-01-00, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DJU de 22/5/2009)

INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INSTITUIÇÃO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. RESTITUIÇÃO DE RESERVA DE POUPANÇA. 1 Nos termos do art. 87 do CPC, as alterações de competência em razão da matéria incidem sobre os processos já em curso. 2 Dispõe o art. 114, I, da Constituição ser da competência desta Justiça especializada processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. 3 O pleito dos autos insere-se na competência da Justiça do Trabalho na medida em que, se não houvesse relação de trabalho entre o Reclamante e a RFFSA, não poderia aquele ter jus aos benefícios concedidos pela REFER. (TST-RR-650.691/2000.9, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, 3ª Turma, DJU de 17/3/2006)

RECURSO DE REVISTA. RESTITUIÇÃO DAS RESERVAS DE POUPANÇA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O fato de a matéria ter tratamento em ramo diverso do Direito não altera a competência desta Especializada, haja vista que a reserva de poupança junto à entidade de previdência privada tem como pano de fundo o contrato de trabalho com a mantenedora. Verifica-se que a matéria não assume feição previdenciária mas trabalhista, porque decorre da relação de emprego. Cabe registrar que a restituição das reservas de poupança é tema vinculado diretamente à complementação da aposentadoria. (TST-RR-619.888/2000.9, Rel. Juiz Convocado Luiz Ronan Neves Koury, 3ª Turma, DJU de 5/5/2006)

Revelando a decisão recorrida consonância com a iterativa e notória jurisprudência desta Corte superior, não se habilita a conhecimento recurso de revista interposto com fundamento em dissenso jurisprudencial, ante o óbice consagrado no artigo 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho e na Súmula n.º 333 desta Corte superior.

Com esses fundamentos, não conheço do recurso de revista.

RESERVA DE POUPANÇA. FONTE DE CUSTEIO. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELA PATROCINADORA. REQUERIMENTO NÃO FORMULADO PELA FUNDAÇÃO RECLAMADA.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda reclamada - Fundação Sistel de Seguridade Social - para determinar a devolução, pelo autor, do valor recebido a título de reserva de poupança, bem como para condenar o reclamante a recolher as contribuições

mensais devidas à Fundação recorrente, no período em que deixou de efetuá-las. Concluiu, ainda, que a Fundação reclamada não requereu o recolhimento, pela patrocinadora Brasil Telecom S.A., das contribuições mensais devidas. Valeu-se, às fls. 637/639, dos seguintes fundamentos:

RECURSO DA SEGUNDA RECLAMADA RESTABELECIMENTO DO AUTOR AO PLANO DE BENEFÍCIOS TCSPREV SEM A RECOMPOSIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES RESGATADAS - SUCESSIVAMENTE - RECOMPOSIÇÃO DA RESERVA DE POUPANÇA E DAS CONTRIBUIÇÕES MENSAIS DESDE A ÉPOCA DO SEU DESLIGAMENTO.

Requer a segunda ré que, caso mantida a determinação de restabelecimento do autor ao plano de benefícios TCSPREV, seja determinada a recomposição da reserva através da devolução dos valores sacados à época da rescisão contratual, bem como o pagamento das contribuições mensais devidas desde o desligamento.

Com razão.

O D. Juízo rejeitou o pedido por entender que a restituição dos valores sacados pelo autor e as contribuições mensais não recolhidas, deveriam ser objeto de reconvenção.

É fato que a segunda ré, em defesa, mais precisamente às fls. 336/337, requereu que, caso restabelecida a condição do autor de participante do PCSPREV, deveria haver a devolução dos valores levantados a título de reserva de poupança, bem como, o restabelecimento das contribuições desde o desligamento.

Data vênia, entendo que a devolução dos valores sacados por ocasião do desligamento da ré e as respectivas contribuições do período, são consequências do pedido do autor de reintegração ao quadro de empregados da primeira ré, e da condição de participante do PCSPREV. Procedimento contrário, por certo gerará enriquecimento sem causa do autor.

Por óbvio que o saque da reserva de poupança somente pode ocorrer na hipótese de o empregado deixar de ser participante do plano de previdência privada.

No caso, muito embora essa condição tenha sido observada por algum tempo, o suficiente para o autor levantar tal valor, o fato é que, declarada nula a dispensa e determinada a reintegração, tudo deve retomar ao status quo ante.

Ressalte-se, ainda, que não merece guarida a intenção do autor em imputar à primeira ré a obrigação de indenizar a segunda pelos prejuízos causados, pois pelos seus atos a empregadora já foi responsabilizada.

Da mesma forma, sem razão as alegações do autor de que não são devidas contribuições à

segunda ré durante o afastamento por auxílio doença, pois, ao contrário do que aduz, o documento de fls. 356, na página 11, informa que, caso o empregado esteja afastado por invalidez ou auxílio-doença, “é necessário continuar contribuindo”.

Diante do exposto, determino a devolução, pelo autor, do valor recebido a título de reserva de poupança, devidamente corrigido, bem como, condená-lo a recolher as contribuições mensais devidas à segunda ré, no período em que deixou de realizá-las.

Julgados os embargos de declaração interpostos pela segunda reclamada, a Corte de origem negou-lhes provimentos, nos termos das razões de decidir consignadas às fls. 667/668:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA SISTEL

Alega a embargante que o v. Acórdão deixou de determinar o recolhimento, pela patrocinadora Brasil Telecom S/A, das contribuições mensais devidas, conforme estabelece o art. 47, II, do Plano de Benefícios TCSPREV.

Sem razão. Em suas razões de recurso, não obstante ter transcrito o disposto no art. 47, II, do Plano de Benefícios - TCSPREV, no qual consta como fonte de custeio do plano as contribuições dos participantes e da patrocinadora, ao final (fl. 584), requereu apenas a devolução da reserva de poupança restituída ao autor, bem como, as contribuições mensais devidas pelo autor desde a época do desligamento, nada se referindo em relação às contribuições devidas pela patrocinadora. Desta forma, deverá pleitear tais contribuições através de ação autônoma.

Nada a reformar.

Sustenta a recorrente, por meio das razões do recurso de revista apresentadas às fls. 681/686, que a ora recorrente, desde sua peça de defesa, na sinalizava que as contribuições devidas tanto pelo reclamante quanto pela Brasil Telecom S.A. eram essenciais para forma a reserva de poupança para viabilizar a complementação de aposentadoria dos beneficiários da vantagem. Afirma que não há suplementação de aposentadoria sem a correspondente fonte de custeio. Esgrime com ofensa aos artigos 1º da Lei Complementar n.º 109/2001, 195, § 5º, da Constituição da República, e 34 e 35 da Lei n.º 6.435/77, e transcreve arestos para o cotejo de teses.

Não assiste razão à recorrente.

Persegue a recorrente, mediante o presente recurso, a reforma da decisão proferida pelo Tribunal Regional. Ocorre que, em vez de alinhar argumentos que se oponham à decisão e demonstrem o seu desacerto, limita-se a recorrente a alegar que desde a sua defesa já sinalizava com a necessidade de contribuição da patrocinadora da complementação de aposentadoria do reclamante para a reserva de poupança necessária à concessão da vantagem e que não há suplementação de

aposentadoria sem a correspondente fonte de custeio. Não ataca, portanto, de forma objetiva, os fundamentos adotados pela Corte regional, no sentido de que a Fundação reclamada não requereu o recolhimento, pela patrocinadora Brasil Telecom S.A., das contribuições mensais devidas, e de que deverá a ora recorrente pleitear tais contribuições por meio de ação autônoma.

Os argumentos aduzidos nas razões do recurso de revista devem contrapor-se aos fundamentos norteadores da decisão que se tenciona reformar. Do contrário, resulta desatendido o requisito erigido no artigo 514, II, do Código de Processo Civil, reputando-se carente de fundamentação o recurso. Nesse sentido pacificou-se a jurisprudência desta Corte uniformizadora, por meio da Súmula n.º 422, de seguinte teor:

RECURSO. APELO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO-CONHECIMENTO. ART. 514, II, DO CPC. Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista interposto pela Fundação Sistel de Seguridade Social.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos recursos de revista interpostos pelas reclamadas.

Brasília, 03 de agosto de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

LELIO BENTES CORRÊA
MINISTRO RELATOR

1 <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>, Estudo Geral de 1988, sobre Igualdade no Emprego e Ocupação, Informe III, Parte 4 B, Parágrafo 224, 75ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

2 Idem

3 <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>, Estudo Geral de 1996, sobre Igualdade no Emprego e Ocupação, Informe III, Parte 4 B, Parágrafo 233, 83ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

RR 61600-92.2005.5.04.0201, 1ªT - Min. Lelio Bentes Corrêa

DEJT 01.07.2011/J-22.06.2011 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

(1ª Turma)

GMLBC/jms/iz/l

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968) e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista n.º TST-RR-61600-92.2005.5.04.0201, em que é Recorrente EDSON OSÓRIO LEITES e Recorrido SOGAL - SOCIEDADE DE ÔNIBUS GAUCHA LTDA.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do acórdão prolatado às fls. 376/381, rejeitou a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo autor para conceder-lhe os benefícios da justiça gratuita. Manteve a sentença no tocante ao indeferimento da pretensão à reintegração no emprego e ao pagamento de horas extras.

Inconformado, interpõe o reclamante o presente recurso de revista, mediante as razões que aduz às fls. 383/386. Busca a reforma do julgado quanto ao pedido de reintegração no emprego, em razão da nulidade da dispensa imotivada, ao fundamento de que se deve presumir discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Esgrime com afronta ao artigo 7º, I, da Constituição da República e transcreve arestos para cotejo de teses.

O recurso de revista foi admitido por meio da decisão proferida às fls. 388/390.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 392/401.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 11/4/2006, terça-feira, conforme certidão lavrada à fl. 382, e razões recursais protocolizadas em 19/4/2006, à fl. 383). O reclamante está regularmente representado nos autos, consoante procuração acostada à fl. 6, e é isento do recolhimento das custas (fl. 381).

2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO.

O Tribunal Regional da 4ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para manter o indeferimento do seu pedido de reintegração no emprego. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos, às fls. 377/379:

Alega o autor que a sua demissão imotivada foi ato nulo, vez que, na época em que esta ocorreu, era “SORO POSITIVO HIV - AIDS”. Diz que a recorrida não nega que foi informada da condição de saúde do autor no momento da homologação da rescisão, e aduz que vieram aos autos inúmeros documentos que comprovam as alegações do recorrente, comprovando o acometimento da doença. Afirma que, embora tenha o juízo a quo indeferido o pedido, sob o fundamento de que não houve discriminação, há discussão sobre o tema nos pretórios trabalhistas, restando equivocado o entendimento de origem. Colaciona jurisprudência em amparo a sua tese, e acresce que a despedida do empregado portador de HIV sem justa causa impede-o de obter os benefícios da Lei n.º 1.711/05, que deve ser aplicada por analogia. Requer a reforma da sentença para que seja deferida a reintegração ao trabalho.

Não procede a inconformidade.

Não há no sistema jurídico pátrio dispositivo legal a amparar a garantia de emprego ao trabalhador portador do vírus HIV. No sistema de garantias trabalhistas em vigor no país, não há estabilidade no emprego para o trabalhador portador do vírus HIV. Conseqüentemente, ele pode ser despedido imotivadamente. O ato de despedida somente será nulo se denotar prática discriminatória, em que a empresa despede o empregado precisamente por se encontrar o mesmo naquela situação. Ou se, ao tempo da despedida, já houver a doença AIDS se manifestado de forma tal que, incapacitado o empregado para o trabalho, deverá o empregador encaminhá-lo à Previdência Social, com a conseqüente suspensão do contrato de trabalho.

Evidencia-se, assim, que inexistente previsão legal para o pedido formulado, uma vez que a garantia de permanência no emprego, nos termos do ordenamento vigente (art.118 da Lei n.º8.112/91), não trata de simples doença, mas de doença profissional capaz de configurar acidente do trabalho. Não restou comprovada a incapacitação da reclamante para o trabalho e não houve o encaminhamento do autor ao INSS e o deferimento da percepção de benefício do auxílio-doença.

Não há prova de ato discriminatório da empresa reclamada, resultante da circunstância de o autor ser portador do vírus HIV. Com efeito, não se desonerou o reclamante, conforme lhe incumbia, a teor do estipulado nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, de demonstrar a alegada discriminação e tampouco o nexo causal entre a doença de que é portador e sua despedida.

Por derradeiro, descabe considerar, por analogia, a aplicação da norma legal invocada, uma vez que diz respeito tão-somente a posicionamentos jurisprudenciais de observância restrita e específica.

Nega-se provimento.

Afirma o reclamante, em suas razões recursais, ter restado incontroverso o conhecimento, pela reclamada, de seu estado de saúde quando da rescisão imotivada do contrato de emprego. Argui a nulidade da despedida, por caracterizar ato discriminatório, tendo em vista que “a recorrida tomou a decisão de demitir o recorrente tão logo foi informada por este de que era Soropositivo-portador do vírus HIV” (fl. 385). Invoca a aplicação analógica das Leis de n.os 7.670/88 e 1.711/05. Esgrime com afronta ao artigo 7º, I, da Constituição da República. Transcreve arestos para cotejo de teses.

O reclamante logra demonstrar divergência jurisprudencial com o aresto transcrito à fl. 385, oriundo do Tribunal Regional da 15ª Região, na medida em que consigna tese no sentido de que “os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra

os princípios constitucionais insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça, XLI, 170, 193. A obreira faz jus a estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada a despedida arbitrária (art. 7º, inciso I, da CF). Aplicação dos arts. 1º e 4º, inciso I, da Lei n.º 9.029/95 (cf. CLT, art. 8º c/c CPC, art. 126 c/c LICC, art. 4º). Os riscos da atividade econômica são da empresa empregadora (CLT, art. 2º), sendo irrelevante eventual queda na produção, pois a recessão é um mal que atinge a todo o país”.

Conheço do recurso de revista, por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO.

Cinge-se a controvérsia a definir se a dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV, estando o empregador ciente de tal fato, configura atitude discriminatória presumida.

Este Tribunal Superior tem firmado entendimento no sentido de que, não obstante a ausência de legislação que assegure a garantia provisória no emprego do empregado portador do vírus HIV, é inequívoco o seu direito à reintegração quando demitido sem justa causa, em face das garantias constitucionais relativas ao direito à vida, ao trabalho e à dignidade da pessoa humana, insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida no artigo 7º, I, da Lei Magna, que veda a despedida arbitrária, com conteúdo discriminatório.

Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte superior firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita.

Nessa diretriz, cumpre transcrever os seguintes precedentes:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o empregado, portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST-RR - 112900-36.2005.5.02.0432, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT de 06/05/2011).

(...) EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE

DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a conseqüente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*). (...) (TST-RR-721340-83.2006.5.12.0035, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT de 22/10/2010).

(...) DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do HIV, ciente o empregador da doença, resta presumida a ocorrência de discriminação. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST-AIRR-195740-92.2008.5.02.0434, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 03/09/2010)

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, entende que há uma presunção da dispensa discriminatória do trabalhador, sendo ônus da Reclamada demonstrar que o ato teve outra causa como fundamento. (...) (TST-RR - 9951200-06.2006.5.09.0025, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT de 19/03/2010)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-ED-RR 76089/2003-900-02-00; Ac. SBDI-1; Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU de 30/11/2007).

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado

de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (TST-E-RR-439.041/1998, Rel. Min. João Oreste Dalazen, SBDI-I, DJU de 23/5/2003)

Importante observar que esse entendimento jurisprudencial revela-se consentâneo com a normativa internacional consagrada tanto na Recomendação n.º 200 da Organização Internacional do Trabalho, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho, adotada em 2010, quanto na Convenção n.º 111 daquele mesmo organismo internacional, ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968.

A Recomendação n.º 200 veda a discriminação de trabalhadores portadores do vírus HIV ou acometidos da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e estabelece, entre outras obrigações dos Estados Membros da OIT, a de assegurar que os trabalhadores não sejam discriminados ou estigmatizados com base no seu status - real ou suposto - de portadores do vírus HIV (artigo 3, c), nem que essa condição sirva de base a condutas discriminatórias que impeçam o recrutamento ou a continuidade no emprego (artigo 10) ou importem a terminação da relação de trabalho (artigo 11). Recomenda a OIT, ainda, que os Estados Membros promovam a manutenção do emprego e a contratação de pessoas que vivem com o vírus HIV (artigo 22), bem como assegurem o acesso e fruição, por todos os trabalhadores e suas famílias, dos serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e AIDS, salientando que o lugar de trabalho (leia-se, empregador) “deveria desempenhar a função de facilitar o acesso a esses serviços” (artigo 3, e).

É inequívoco que a despedida imotivada do portador do vírus HIV culmina por comprometer seriamente o acesso do empregado ao tratamento a que tem direito, com a suspensão do contrato de emprego e fruição do benefício previdenciário previsto nos artigos 24 e seguintes da Lei n.º 3.807, de 26.08.1960 (Lei Orgânica da Previdência Social).

A Recomendação n.º 200 da OIT exorta, ainda, os Estados Membros a considerar a possibilidade de oferecer uma proteção igual à que estabelece a Convenção sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenção n.º 111, de 1958), com o escopo de impedir toda discriminação baseada na condição, real ou suposta, de portador do HIV (artigo 09).

A Convenção n.º 111 (incorporada ao ordenamento jurídico desde 1965 e revestida de plena eficácia legal), a seu turno, estabelece a obrigatoriedade, para os Estados Membros que a tenham

ratificado, de “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 2.º), incumbindo-lhes, entre outras medidas, “revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política” (artigo 3.º, c).

A Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, órgão incumbido do monitoramento da implementação da normativa internacional trabalhista (juntamente com a Comissão de Normas da Conferência da OIT e o Comitê de Liberdade Sindical) - chama a atenção para o fato de que certas práticas administrativas e regras processuais podem constituir sério entrave à correta implementação dessa Política Nacional e, por consequência, ao combate à discriminação. Dentre esses entraves, destaca a Comissão de Peritos, em seu Estudo Geral sobre a Convenção n. 111, de 1988, a questão relativa à distribuição do encargo probatório, salientando a necessidade de se tratar temas relativos à violação de direitos humanos com flexibilidade no tocante à produção de provas. Assevera a Comissão de Peritos (os grifos foram acrescentados):

Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata, por ejemplo, de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter discriminatorio es manifiesto), lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Por consiguiente, en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante. El Gobierno de Canadá ha señalado que los tribunales y otras autoridades competentes deben dar muestras de flexibilidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ha indicado que, en materia de derechos humanos, cuando los indicios sean más bien favorables al demandante, es decir si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación. En ciertos países la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etc. Si tal cosa se demuestra, la carga de la prueba será de la incumbencia del empleador, que habrá de demostrar que había un motivo legítimo, no discriminatorio. Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, la legislación de ciertos países

prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado.¹

Em conclusão, assinala a Comissão de Peritos:

La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo.²

Enfrentando especificamente o tema relativo à efetividade da proteção contra a discriminação e a possibilidade de rescisão do contrato de emprego, ressaltou a Comissão de Peritos, no Estudo Geral de 1996:

En lo que atañe a la eficacia de las sanciones que pueden adoptar los órganos cuasijurisdiccionales, debería hacerse beneficiar a la persona que sea víctima de una discriminación de una compensación adecuada y, al mismo tiempo, que tenga un efecto disuasorio para las personas que pudieran sentir la tentación de discriminar. Conviene tener presente que, al recurrir a ese tipo de procedimiento, un trabajador se enfrenta a riesgos tanto materiales como morales. Así por ejemplo, una legislación que contenga disposiciones protectoras pero que en la práctica permita al empleador poner fin al contrato de un trabajador pagándole una simple indemnización no confiere una protección adecuada. A efectos de la eficacia de una vía de recurso en caso de discriminación, también resulta importante que la causa se resuelva rápidamente para evitar que la situación ilegal se prolongue inútilmente, lo cual acarrearía asimismo consecuencias negativas para la determinación de los hechos.³

Resulta claro, daí, que a decisão recorrida dissentiu do entendimento prevalente na jurisprudência desta Corte superior e na normativa e doutrina internacionais. O Tribunal Regional, calcado no entendimento de que incumbe ao empregado o ônus de comprovar a ocorrência da conduta discriminatória por parte do empregador, incorreu em inversão imprópria do ônus da prova. Consequentemente, deixou de acolher a pretensão do reclamante à reintegração no emprego, apesar da presunção que lhe favorecia, não havendo notícia no acórdão recorrido acerca da produção de prova em sentido contrário pelo empregador.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista interposto pelo obreiro para condenar a reclamada a proceder a sua reintegração no emprego, deferindo-lhe o pagamento de salários e consectários, bem como todos os direitos inerentes à relação empregatícia, desde a data da despedida. Com arrimo no artigo 461 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, determino o cumprimento imediato da obrigação de fazer, a ser implementada no prazo máximo de 48 horas contadas da publicação da presente decisão, sob pena de multa cominatória diária correspondente

a 1/30 da remuneração do reclamante.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada a proceder a sua reintegração no emprego, deferindo-lhe o pagamento de salários e consectários, bem como todos os direitos inerentes à relação empregatícia, desde a data da despedida. Com arrimo no artigo 461 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, determina-se o cumprimento imediato da obrigação de fazer, a ser implementada no prazo máximo de 48 horas contadas da publicação da presente decisão, sob pena de multa cominatória diária correspondente a 1/30 da remuneração do reclamante. Custas pela reclamada, no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), calculadas sobre o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que provisoriamente se arbitra à condenação.

Brasília, 22 de junho de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

LELIO BENTES CORRÊA
MINISTRO RELATOR

1 <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>, Estudo Geral de 1988, sobre Igualdade no Emprego e Ocupação, Informe III, Parte 4 B, Parágrafo 224, 75ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

2 Idem

3 <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>, Estudo Geral de 1996, sobre Igualdade no Emprego e Ocupação, Informe III, Parte 4 B, Parágrafo 233, 83ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

RR 18900-65.2003.5.15.0072, 1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

DEJT 06.08.2010/J-17.03.2010 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

1ª TURMA

VMF/cv/sc/wmc

RECURSO DE REVISTA - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE - RISCO DE MORTE SÚBITA - REINTEGRAÇÃO. Muito embora não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal.

Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-18900-65.2003.5.15.0072, em que é Recorrente BANCO BRADESCO S.A. e Recorrido RICARDO ANTÔNIO BERTOLI SANTANA.

O 15º Tribunal Regional do Trabalho, mediante o acórdão a fls. 735-739, apreciando o recurso ordinário do reclamado, deu-lhe provimento parcial para excluir da condenação a indenização por dano material, fixando a por dano moral em R\$ 55.240,00 (cinquenta e cinco mil, duzentos e quarenta reais); o salário substituição e o adicional de transferência, bem como determinar a aplicação da Súmula nº 381 do TST.

Os embargos de declaração opostos pelo reclamado (fls. 741-743) foram providos, sem efeito modificativo (fls. 747).

Inconformado, o reclamado interpõe o presente recurso de revista a fls. 749-753, sustentando que não há fundamento legal para a concessão de reintegração/estabilidade em virtude de doença cardíaca de origem hereditária. Aponta violação do art. 5º, II, da Constituição Federal e transcreve arestos para o confronto de teses.

O recurso foi admitido pela decisão singular a fls. 756, merecendo contrariedade (fls. 758-765).

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, a teor do disposto no art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, à falta de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais concernentes à tempestividade (fls. 748-verso e 749), à representação processual (fls. 303) e ao preparo (fls. 699, 700 e 754) , passo ao exame dos pressupostos específicos de admissibilidade.

1.1 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE - RISCO DE MORTE SÚBITA

A Corte Regional manteve a decisão da Vara do Trabalho que declarara a nulidade da rescisão operada, deferindo ao reclamante a reintegração. Registrou o seguinte entendimento, fls. 736-737:

Mantenho a r. sentença de origem que analisou a prova documental e testemunhal com acuidade, bem aplicando a Justiça, frisando que não se trata de pedido de reintegração decorrente de doença profissional e, sim, de dispensa discriminatória em face de doença grave. Pois bem, é de se estranhar que o reclamado conte com profissionais médicos para feitura de seus exames periódicos e que nenhum deles tenha tecido sequer uma linha acerca do estado de saúde do reclamante, tendo-o considerado apto para as funções, quando o próprio INSS, poucos meses depois da sua dispensa (esta ocorreu em 28 de maio/01), atestou sua incapacidade para o trabalho (cf. fls. 106, em 31.07.01), estando no mesmo sentido o atestado médico de fls. 105, de 13.07.01 e o de fls. 108, de 11.10.01, onde o médico sugere a aposentadoria do obreiro, devido “à possibilidade de morte súbita pela patologia.” A doença do reclamante não surgiu do nada, teve um histórico, tendo sido por ele constatada em 1999 (cf. 103). Contudo, desde então em nenhum dos exames periódicos o médico da empresa solicitou exames complementares ou fez qualquer observação acerca do estado de saúde do obreiro (cf. fls. 328/333). É de se indagar a razão de tal “omissão” se o reclamado tinha conhecimento da doença, conforme relatou a Sra. Maria Cristina, ouvida como testemunha do obreiro, que foi sua superiora hierárquica e não simples colega de mesmo nível funcional: “...sabia que o reclamante tinha um problema cardíaco e que consultava médico a cada seis meses...”, (cf. fls. 469).

Não é crível, portanto, que o reclamado tivesse conhecimento do problema cardíaco do

empregado, embora não soubesse da gravidade (até porque não tinha o dever de sabê-lo, já que não era médica), e o próprio médico, que realizava exames periódicos, sequer dela soubesse, mormente diante da sua gravidade!

Logo, diante dos elementos dos autos: doença de conhecimento do empregador; dispensa justamente quando o quadro se agravou, a ponto do reclamante, apenas cerca de dois meses de sua despedida, receber auxílio previdenciário e de haver sugestão de médico para aposentadoria, dada à patologia que pode levá-lo à morte súbita, entendo que houve, sim, ato discriminatório: o reclamado manteve o contrato de trabalho até o agravamento da doença. Assim, por analogia, o caso se assemelha ao do aidético, cuja reintegração tem sido deferida pelo C. TST (cf. TST ERR 439.041/98.5 - Ac. SBDI-1, 0.5.03, Rei., Min. João Oreste Dalazen, LTR 67-10/1242) que, inclusive, afastou a argüição de ofensa ao art. 5º, II, da CF, frente ao que preceitua o inciso III, do art. 1º, da própria CF, o que ora se adota.

Destarte, mantenho a r. sentença, inclusive a tutela antecipada concedida de ofício em sede de embargos declaratórios (fls. 641/644), porque, não obstante não tenha sido postulada, a medida se faz necessária, como bem observado pela origem, para que a justiça não se faça tardiamente, porque aí seria de todo inócua, possibilitando ao empregado se beneficiar do plano de saúde, dada a gravidade da sua enfermidade, não obstante a reintegração não possa se dar de imediato em razão da suspensão do contrato, por conta do fato do reclamante estar recebendo auxílio-doença (cf. admitido em depoimento pessoal). Por conseqüência, fica afastada a pretensão do reclamado no que tange ao efeito suspensivo do presente recurso ordinário, quanto à reintegração, não obstante sua impossibilidade de se efetivar em face da suspensão do contrato de trabalho do reclamante, como acima visto.

Nas razões de recurso de revista, o reclamado sustenta que não há fundamento legal para a concessão de reintegração/estabilidade ao reclamante em virtude de doença cardíaca de origem hereditária. Aponta violação do art. 5º, II, da Constituição Federal e transcreve arestos para o confronto de teses.

Os arestos transcritos a confronto de teses revelam-se inespecíficos, pois partem da premissa fática de que não houve discriminação. Incidência da Súmula nº 296 do TST.

Muito embora não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO E JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. JURISDICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL. O trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a manutenção da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa do emprego) em face de sua circunstancial debilidade física causada pela grave doença (câncer). Decisão recorrida juridicamente assentada, que se mantém. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-49/2006-046-02-40.7, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, p. 28/08/2009)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-ED-RR-76.089/2003-900-02-00.9)

Diante do exposto, não conheço do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 17 de março de 2010.

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO
RELATOR

RR 1400-20.2004.5.02.0037, 1ªT - Min. Dora Maria da Costa

DJ 07.12.2007/J-07.11.2007 - Decisão unânime

A C Ó R D ã O

1ª Turma

DMC/RIj/mm

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. Na linha do entendimento consubstanciado nos precedentes desta Corte, tendo a reclamada ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e dispõe de condições de trabalho, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir a ocorrência de ato discriminatório e arbitrário. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-14/2004-037-02-00.0, em que é Recorrente MANUEL CONDE DE OLIVEIRA e Recorrida PMSPV EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, mediante o acórdão de fls. 277/282 e 297/298, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, mantendo a sentença pela qual se julgaram parcialmente procedentes os pedidos listados na reclamação trabalhista.

O reclamante interpõe recurso de revista às fls. 301/306. Insurge-se quanto ao motivo ensejador da rescisão contratual. Fundamenta o apelo nas alíneas “a” e “c” do artigo 896 da CLT.

Despacho de admissibilidade às fls. 332/333.

Contra-razões às fls. 337/345.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria-Geral do Trabalho, por força do disposto no artigo 82 do RITST.

É o relatório.

V O T O

PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA EM CONTRA-RAZÕES.

A reclamada suscita, em contra-razões, que o recurso de revista não merece ser conhecido, porquanto o reclamante já alcançou o seu intuito por meio de outra ação, evidenciando a figura da coisa julgada. Sustenta que postulou perante a MM. 18ª Vara do Trabalho de São Paulo indenização decorrente de estabilidade provisória prevista em acordo coletivo de trabalho, pelo qual se concede garantia de emprego àquele empregado que estiver a 12 meses da aposentadoria por idade. Alega que foi firmado acordo devidamente homologado por aquele órgão judicante.

Dessume-se dos autos que o pedido do reclamante é diverso, pois se refere à reintegração no emprego em razão da alegada dispensa discriminatória, ocasionando, segundo entende, o direito ao recebimento de indenização por dano moral. Nesse contexto, não há falar em coisa julgada, porquanto somente com a presença dos três requisitos previstos no parágrafo 2º do artigo 30I do CPC - quais sejam: as mesmas partes, causa de pedir e o mesmo pedido - poderíamos concluir pela sua subsistência a justificar a extinção do processo.

Rejeito.

I - CONHECIMENTO

O recurso de revista é tempestivo, e é regular a representação processual. Quanto ao preparo, é desnecessário.

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO.

No tocante ao tema em epígrafe, o Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, por concluir que a dispensa do reclamante não foi motivada por ato discriminatório. Para assim se posicionar, adotou os seguintes fundamentos, verbis:

“Da reintegração no emprego do portador do vírus HIV e conseqüências - Do dano moral

Argumenta, o recorrente, ter a recorrida incorrido em ato discriminatório ao dispensá-lo sem justa causa, na medida em que, portador do vírus HIV, já apresenta os sintomas de várias moléstias oportunistas, exigentes de tratamento médico altamente dispendioso.

Em que pese a grave situação em que se encontra, não pode lograr êxito em seu intento.

Trata-se, no caso, de trabalhador admitido em 23.03.1987, diagnosticado com a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS em 1992 - que teve o tratamento medicamentoso, realizado na UNESP, custeado pela empregadora, que procedeu, ao longo dos anos, ao reembolso de todas as despesas apresentadas - e foi dispensado sem justa causa em 03.11.2003.

Sendo inconcebível que o direito potestativo do empregador em resilir o contrato de trabalho possa ferir o direito fundamental à dignidade da pessoa humana insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, não se aquilata, em princípio, relevância na apuração dos motivos objetivos para a rescisão operada, ao se deparar com os danos irreversíveis que advirão do fato do trabalhador se encontrar economicamente impossibilitado de manter sob controle a deficiência que porta.

Sob tal perspectiva, se não há, em razão do empregado acometido de tal infortúnio, traço de discriminação, corolário é a maior tolerância do empregador, exatamente por conta da condição física do outro, especialmente se não lhe compromete a aptidão laborativa - condição que, vale ressaltar, sopesada a argumentação expendida na exordial e na peça sob exame, em princípio não corresponde à dos autos.

Portanto, afluaria a presunção lógica de absoluta falta de humanidade da recorrida, acaso não suscitada motivação de ordem disciplinar, econômica ou financeira para a consumação do ato rescisório.

E essa última é a hipótese esposada em sede impugnativa. Citada justificativa exsurge comprovada nos autos, ao se constatar que, consolidando tendência verificada desde o ano de 2002, de redução do quadro funcional, houve diversas rescisões contratuais, à época da ruptura do contrato firmado entre as partes (documentos de fls. 191 e 192/194, não impugnados), corolário de reestruturação organizacional, aspecto corroborado inclusive pelo primeiro testemunho colhido, angariado pelo demandante, na assertiva de que 'a empresa se reestruturava o tempo todo' (fls. 35).

A postura empresarial no trato com o empregado alcançado por tão grave infortúnio e que, pelos elementos coligidos, permaneceu por grande parte do período em que vigeu a relação de emprego afastado do trabalho, foi irretocável: a ré reembolsou significativos montantes despendidos com medicamentos (fls. 71/145); questionou, de forma contundente, junto à empresa seguradora, a notícia de suspensão temporária e condicionamento de permanência do empregado no plano complementar de seguro de vida a uma perícia médica (fls. 187); providenciou sponte própria complementação de despesas médicas não integralmente cobertas pelo convênio, bem como dos salários (fls. 188); concedendo auxílio complementar considerando a situação sócio-econômica do hipossuficiente para responder por despesas diversas, tais como, aluguel, condomínio, alimentação, estacionamento e seguro de carro, no interregno de afastamento com percepção de benefício

previdenciário, sugerindo adequações para propiciar o retorno às atividades, também como uma forma de terapia e reforçando as exigências do tratamento diferenciado, incluídos os alternativos (fls. 189/190).

Diante dessas constatações é de rigor concluir que a reclamada não descuidou de sua responsabilidade social e, dado o prognóstico profissional delineado pelo reclamante, insta salientar o disposto no artigo 1º da Lei nº 7.670/88, verbis:

‘A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - a concessão de:

a) ...

b) ...

c) ...

d) ...

e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes.” (Fls. 279/282).

Interpostos embargos de declaração pelo reclamante, aquela Corte ainda complementou:

“Tempestivos e regulares, é de rigor a rejeição dos embargos sob exame, por não se vislumbrar, no decisum hostilizado, qualquer dos vícios elencados no artigo 535 do CPC.

Na medida em que constam, do voto condutor do v. Acórdão embargado, com base em análise perfunctória dos elementos coligidos, os fundamentos pelos quais firmou-se a convicção, por maioria de votos, pela ausência de subsídio à garantia de emprego vindicada, é patente a intenção do embargante na reforma do decidido e não no eventual aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, inviável pela via eleita.

Vale lembrar que a questão trazida a reexame é, certamente, uma das mais complexas hoje

existentes na seara trabalhista, envolvente do conceito mais absoluto de humanidade, o que torna a solução bastante difícil.

Não há, pois, como analisá-la sob preceitos rígidos, inexoráveis, interferindo, a postura adotada pelos agentes do contrato de trabalho, de forma objetiva, no resultado. Tornam-se, assim, inócuas as ponderações tecidas pelo embargante, no que tange à alteração do controle acionário da empresa, e equivocada a sua assertiva de se ter tolerado a concorrência do trabalhador com os riscos do empreendimento.

Tais considerações se justificam diante das convicções desta relatora noticiadas nos autos: note-se que as duas ementas transcritas no voto vencido (fls. 285/286) se restringem a aspectos intrínsecos, aquilatados em circunstâncias díspares, afinal, como atitude discriminatória do empregador no ato da dispensa, premissa que, ressalte-se, sequer norteou, de forma efetiva, a referida divergência, adstrita que é a avaliação de específicas provas, da qual o julgador goza de prerrogativa de apreciar livremente (artigo 131, CPC).” (fls. 297/298).

O reclamante interpõe recurso de revista em que sustenta, em síntese, que, ao assim decidir, o Regional validou a dispensa realizada de forma abusiva e discriminatória pela reclamada. Afirma que não houve prova quanto ao fato de rescisão contratual decorrer de reestruturação na empresa. Aponta afronta aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, e 1º, III e IV, 5º e 7º, I, da Constituição de 1988. Transcreve arestos paradigmas com o fito de demonstrar a existência de dissenso pretoriano.

O recurso se viabiliza por afronta a alguns dos preceitos constitucionais invocados, na forma da jurisprudência recente deste Tribunal Superior do Trabalho.

Com efeito, a motivação expendida pelo Tribunal Regional delinea claramente que o empregador tinha ciência do estado de saúde do reclamante.

Inequívoco, ainda, que o profissional apresentava disposição para o trabalho, porquanto a empresa apresentou sugestões de adequações para que o reclamante retornasse ao trabalho como forma de terapia.

Nessas circunstâncias, os precedentes desta Corte Superior orientam no sentido de que a rescisão contratual, a despeito dos fundamentos expendidos pelo Regional, sem sombra de dúvidas faz presumir discriminação e arbitrariedade.

Impende salientar que o julgador deve se valer da prerrogativa inserta no artigo 8º da

Consolidação das Leis do Trabalho, para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito. Notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos artigos 1º, III e IV; 3º, IV, 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Constituição de 1988.

A jurisprudência predominante no âmbito desta Corte Superior orienta-se no mesmo sentido:

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.” (TST-E-RR-439041/1998, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJU de 23/05/2003).

“EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS). Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos.” (E-RR-217791/1995, Rel. Ministro Vantuil Abdala, DJU de 02/06/2000).

“EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS). Embargos não conhecidos (E-RR-297709/1996, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJU de 10/11/2000). RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração ou indenização correspondente. Recurso não conhecido.” (TST-RR-654.496/2000, 2ª Turma, Relator Juiz Convocado Horácio Sena Pires, DJU de 11.02.2005).

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se

dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito a permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.” (TST-RR-205359/95, 2ª Turma, Relator Ministro Luciano de Castilho Pereira, DJU de 19/12/1997).

Ante todo o exposto, conheço do recurso de revista do reclamante, por reconhecer perpetrada, na hipótese, a dispensa arbitrária e ofensiva à dignidade da pessoa do trabalhador, com aviltamento dos preceitos insertos nos artigos 1º, III e 5º, caput, da Constituição de 1988.

II - MÉRITO

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO.

Conhecido o recurso de revista por violação dos dispositivos da Constituição acima referidos, o seu provimento é medida que se impõe.

Dou provimento para, declarando a nulidade da dispensa, determinar a reintegração do reclamante no emprego, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e consectários legais. Custas calculadas sobre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor ora arbitrado ao acréscimo da condenação, e no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), a cargo da reclamada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação dos artigos 1º, III e 5º, caput, da Constituição de 1988, e, no mérito, declarando a nulidade da dispensa, determinar a reintegração do reclamante no emprego, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos e consectários legais. Custas calculadas sobre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor ora arbitrado ao acréscimo da condenação, e no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), a cargo da reclamada.

Brasília, 7 de novembro de 2007.

DORA MARIA DA COSTA
MINISTRA-RELATORA

RR 1017500-36.2007.5.11.0018, 2ªT - Min. Renato de Lacerda Paiva

DEJT 16.03.2012/J-07.03.2012 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

2ª Turma

GMRLP/amf/cm/jl

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO - TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA (alegação de violação aos artigos 3º, IV, e 5º, II, da Constituição Federal, 333, I e II, do Código de Processo Civil e 818 da Consolidação das Leis do Trabalho). Não demonstrada violação à literalidade de preceito constitucional ou de dispositivo de lei federal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na alínea “c” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1017500-36.2007.5.11.0018, em que é Recorrente PHILIPS DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA ELETRÔNICA LTDA. e Recorrido RICARDO CARVALHO DOS SANTOS.

O Tribunal do Trabalho da 11ª Região, pelo acórdão de seq. 01, págs. 221/229, negou provimento ao recurso da reclamada.

Opostos embargos de declaração pela reclamada, através da peça de seq. 01, págs. 235/241, o Tribunal Regional, mediante a decisão de seq. 01, págs. 247/255, deu-lhes provimento a fim de prestar esclarecimentos para efeito de prequestionamento.

A reclamada interpõe recurso de revista, pela petição de seq. 01, págs. 261/273, quanto ao tema: reintegração - trabalhador portador do vírus HIV - dispensa discriminatória, por violação aos artigos 3º, IV, e 5º, II, da Constituição Federal, 333, I e II, do Código de Processo Civil e 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Recurso admitido pelo despacho de seq. 05, págs. 01/03.

Sem contrarrazões - seq. 05, pág. 09.

Sem remessa ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo (acórdão publicado em 09/06/2011 - seq. 01, pág. 259; apelo revisional protocolizado em 17/06/2011 - seq. 01, pág. 261), regular a representação (seq. 01, pág. 69), preparo satisfeito (condenação no valor de R\$ 15.000,00 - seq. 01, pág. 153; garantia do juízo - seq. 01, pág. 191, no valor de R\$ 4.994,00, seq. 01, pág. 193, no valor de R\$ 364,00, e seq. 01, pág. 275, no valor de R\$ 11.780,00; recolhimento de custas - seq. 01, pág. 195, no valor de R\$ 300,00), cabível e adequado, o que autoriza a análise de seus pressupostos específicos de admissibilidade.

TRANSCENDÊNCIA

A reclamada invoca a transcendência da matéria (seq. 01, págs. 271/273).

Todavia, a transcendência, por ora, não se encontra regulamentada nesta Corte. Assim, a análise da admissibilidade do recurso de revista restringe-se aos termos do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

REINTEGRAÇÃO - TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

CONHECIMENTO

A reclamada alega que não há previsão legal que ampare a estabilidade no emprego de trabalhador portador do vírus HIV. Afirma que a empresa desconhecia a condição de soropositivo do empregado, não havendo, portanto, atitude discriminatória. Pondera que a demissão ocorreu em razão de redução de seus quadros. Aponta violação aos artigos 3º, IV, e 5º, II, da Constituição Federal, 333, I e II, do Código de Processo Civil e 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Tribunal Regional consignou na ementa de sua decisão:

“REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE AIDS. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa, ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. Atitude que encontra óbice em regramentos constitucionais, que privilegiam a dignidade da pessoa

humana, destarte a inexistência de regramento infraconstitucional específico acerca de tal garantia de emprego” (seq. 01, pág. 221).

Assim fundamentou o julgado:

“Da análise dos autos, observa-se que descabe a alegação da recorrente de não ter conhecimento da moléstia de que padece o reclamante, uma vez registrada em sua ficha médica (fl.68).

A reclamada não apresentou nenhuma justificativa técnica ou econômica que justificasse a dispensa do reclamante, nem mesmo a mencionada redução do quadro de pessoal. Diante disso, presume-se que houve a despedida discriminatória.

Considerando que a moléstia da qual padece o reclamante ainda é incurável e com forte teor discriminatório na sociedade, ante a função social da empresa que, conforme o Código Civil de 2002, não visa somente o lucro, mas também a efetividade da justiça social há que se observar tal responsabilidade do empregador, diante desse grave problema social.

Mesmo inexistindo legislação que dê estabilidade no emprego ao portador do HIV, o Estado brasileiro vem tomando medidas efetivas de inclusão social do aidético, seja através de programas educativos, seja de distribuição de medicamentos e outros que denotam a intenção do legislador quanto à manutenção do mercado de trabalho dos soropositivos.

A doutrina inclina-se no sentido de presumir discriminatória a dispensa do trabalhador soropositivo portador do HIV se não comprovado pela empresa motivo justificável, conforme extrai-se da lição de Alice Monteiro de Barros in Curso de Direito do Trabalho (LTR, 6ª ed., 2010):

‘Ademais, a Constituição vigente prevê, no art. 3º, IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre essas ‘outras formas de discriminação’, pode-se incluir o estado de saúde do soropositivo, na medida em que, estando delimitadas as possibilidades reais de contágio pelo vírus HIV, não há razão que justifique a rescisão do pacto laboral.’

(...)

‘Assim, a dispensa do empregado portador do HIV, quando não comprovado um motivo justificável, presume-se discriminatória e arbitrária, devendo ser coibida, pois a permanência do trabalhador no emprego, além do caráter de laborterapia, irá propiciar-lhe a aquisição dos benefícios previdenciários

que receberá quando estiver impossibilitado de continuar trabalhando, o que, certamente, ocorrerá, considerando tratar-se de doença letal.’

De outro lado, a legislação processual (artigo 335 do Código de Processo Civil) faz referência expressa à presunção como um meio à disposição dos julgadores para partir de um fato conhecido - no caso, ciência da doença do empregada - e concluir pela existência de outro fato, ou seja, a dispensa discriminatória.

Neste sentido a jurisprudência do Colendo TST, verbis:

(...)

Nestes termos, nego provimento ao Recurso” (seq. 01, págs. 225/229).

E, em se de embargos de declaração:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. Existindo no Acórdão a necessidade de um maior esclarecimento sobre matéria complexa e contraditória, para efeito de prequestionamento, isto deve ser feito com os esclarecimentos necessários sobre o tema.

(...)

Como a matéria dos autos é complexa e controvertida os presentes Embargos serão apreciados sob a ótica do prequestionamento.

Segundo a embargante, ao depor, o reclamante embargado reconheceu ter sido dispensado com vários outros empregados, pois a empresa passava por um processo de redução de quadro, entendendo normal sua dispensa ‘sem discriminação em razão da doença que portava, uma vez que a chefia não tinha conhecimento de sua condição de soropositivo’.

Mesmo assim, este TRT entendeu inexistente qualquer justificativa técnica ou econômica a justificar a dispensa do empregado.

Tal passagem recursal não foi desconsiderada pela Decisão embargada.

As declarações do obreiro em audiência foram francamente contrárias a sua postulação processual. Entendeu-se que isto derivou de um desconhecimento do alcance que as mesmas

poderiam ter, em virtude da própria simplicidade do obreiro.

Considerando a complexidade do tema, isto é, dispensa discriminatória em virtude de o trabalhador ser portador do vírus HIV (AIDS), a prova da empresa em sentido contrário, para demonstrar que não havia discriminação em sua atitude deveria ser completa e abrangente.

A confissão do obreiro, ainda que considerada processualmente a ‘rainha das provas’, não poderá prevalecer nesta hipótese, sobretudo porque diante de uma política de redução de quadro, pela proteção ao trabalho e ao emprego, preconizada pela norma constitucional, justamente aqueles mais debilitados devem ser excluídos da dispensa. Ainda que a prova negativa seja difícil, na hipótese deve ser feita, pois a presunção em sentido contrário, ou seja, pela discriminação, é muito forte.

Nestes termos, concedo provimento aos presentes Embargos de Declaração, com as considerações acima expostas que integram a Decisão originária para todos os efeitos legais” (seq. 01, págs. 247/255).

Assim, não vislumbro afronta direta e literal ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal, como exige a alínea “c” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. É que o Tribunal Regional, soberano na análise de fatos e provas, de inviável reexame nesta esfera recursal, nos exatos termos da Súmula/TST nº 126, verificou que “a reclamada não apresentou nenhuma justificativa técnica ou econômica que justificasse a dispensa do reclamante, nem mesmo a mencionada redução do quadro de pessoal”, que “descabe a alegação da recorrente de não ter conhecimento da moléstia de que padece o reclamante, uma vez registrada em sua ficha médica”, concluindo, pois, que “caracteriza atitude discriminatória ato de empresa que dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa, ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado”. Note-se, ainda, que, em sede de embargos de declaração, a Turma, ao analisar as alegações da reclamada no sentido de que “o reclamante embargado reconheceu ter sido dispensado com vários outros empregados, pois a empresa passava por um processo de redução de quadro, entendendo normal sua dispensa ‘sem discriminação em razão da doença que portava, uma vez que a chefia não tinha conhecimento de sua condição de soropositivo’”, acrescentou que “as declarações do obreiro em audiência foram francamente contrárias a sua postulação processual” e que “isto derivou de um desconhecimento do alcance que as mesmas poderiam ter, em virtude da própria simplicidade do obreiro”. O Colegiado também entendeu que “a prova da empresa em sentido contrário, para demonstrar que não havia discriminação em sua atitude deveria ser completa e abrangente”, o que não ocorreu, na hipótese. Ademais, a Corte Regional observou que “a confissão do obreiro, ainda que considerada processualmente a ‘rainha das provas’, não poderá prevalecer nesta hipótese, sobretudo porque diante de uma política de redução de quadro, pela proteção ao trabalho e ao emprego,

preconizada pela norma constitucional, justamente aqueles mais debilitados devem ser excluídos da dispensa. Ainda que a prova negativa seja difícil, na hipótese deve ser feita, pois a presunção em sentido contrário, ou seja, pela discriminação, é muito forte”. Ou seja, ao manter a sentença, que determinou a reintegração de trabalhador portador do vírus HIV, dispensado sem justa causa e de maneira discriminatória, sem que a reclamada tenha produzido prova robusta em sentido contrário, o Tribunal Regional julgou em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, em especial, com os princípios constitucionais protetivos da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da não-discriminação. Destarte, reitero incólume o artigo 3º, IV, da Constituição Federal.

Por outro lado, o princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição da República, mostra-se como norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, pelo que a violação ao preceito invocado não será direta e literal, como exige a alínea “c” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, em face da subjetividade que cerca o seu conceito.

No particular, já decidiu o STF:

“É firme o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe recurso extraordinário quando a alegada ofensa à Constituição é reflexa ou indireta, porquanto, a prevalecer o entendimento contrário, toda a alegação de negativa de vigência de lei ou até de má-interpretação desta passa a ser ofensa a princípios constitucionais genéricos como o da reserva legal, o do devido processo legal ou o da ampla defesa, tornando-se, assim, o recurso extraordinário - ao contrário do que pretende a Constituição - meio de ataque à aplicação da legislação infraconstitucional (STF, Ag.-AI 146.611-2-RJ, Moreira Alves, Ac. 1ª T.)”

De outra parte, não vislumbro violação aos artigos 333, I e II, do Código de Processo Civil e 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Note-se que, a par da discussão acerca da distribuição do ônus probatório, o Tribunal Regional, embasado nas provas constantes dos autos, entendeu que “a reclamada não apresentou nenhuma justificativa técnica ou econômica que justificasse a dispensa do reclamante, nem mesmo a mencionada redução do quadro de pessoal”, que “descabe a alegação da recorrente de não ter conhecimento da moléstia de que padece o reclamante, uma vez registrada em sua ficha médica”, concluindo, pois, que “caracteriza atitude discriminatória ato de empresa que dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa, ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado”. Assim, por se tratar da aplicação do ônus objetivo da prova, resta despicienda a discussão acerca do ônus subjetivo, pelo que não há que se falar em ofensa aos dispositivos legais supracitados.

No tocante à valoração da prova, vale esclarecer que o Tribunal Regional decidiu em consonância com o disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil, posto que sua conclusão decorreu da aplicação do princípio da persuasão racional. Cumpre observar que não mais vigora o sistema da prova legal, onde o valor das provas era tarifado. No sistema atual, é livre a apreciação e valoração das provas, bastando que o juiz atenda aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indique os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ademais, cumpre esclarecer que o entendimento que se consolida no âmbito desta Corte é no sentido de que se presume de plano o conteúdo discriminatório da dispensa de trabalhador soropositivo, cabendo ao empregador o encargo no sentido de comprovar que não tinha conhecimento do estado do empregado ou de que houve ato diverso, que justificasse a ruptura da relação trabalhista.

Vale citar os precedentes da SBDI-1:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido.” (Processo: E-RR - 7608900-33.2003.5.02.0900, data de julgamento: 06/08/2007, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DJ 30/11/2007).

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. A e. Turma negou provimento ao recurso da reclamada, ao fundamento de que “(...) a reintegração do reclamante foi deferida em razão do ato discriminatório praticado pelo empregador, uma vez que restou incontroverso que ele era portador do vírus da aids”. Nesse contexto, comprovada a atitude discriminatória da empresa, não se vislumbra malferimento aos dispositivos da Constituição Federal denunciados, mas a correta observância do que dispõem os princípios constitucionais que proíbem a discriminação e que valorizam o trabalho e protegem a dignidade da pessoa. Recurso

de embargos não conhecido.” (Processo: E-RR - 36600-18.2000.5.15.0021 data de julgamento: 06/11/2008, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 14/11/2008).

Convém, outrossim, recordar os julgados:

“EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação - lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 104900-64.2002.5.04.0022, data de julgamento: 03/08/2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, data de publicação: DEJT 02/09/2011).

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. (...) Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 317800-64.2008.5.12.0054, data de julgamento: 01/06/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, data de publicação: DEJT 10/06/2011).

“RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o empregado, portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. Recurso de revista a que se dá provimento.” (Processo: RR - 112900-36.2005.5.02.0432, data de julgamento: 26/04/2011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, data de publicação: DEJT 06/05/2011).

“EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a conseqüente inversão do encargo probatório (praesumptio juris tantum).” (Processo: RR - 721340-83.2006.5.12.0035, data de julgamento: 26/05/2010, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, data de publicação: DEJT 22/10/2010).

Ante o exposto, não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 07 de março de 2012.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

RENATO DE LACERDA PAIVA
MINISTRO RELATOR

RR 105500-32.2008.5.04.0101, 3ªT - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa**DEJT 05.08.2011/J-29.06.2011 - Decisão por maioria**

A C Ó R D ã O

3ª Turma

RMW/kvm

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. 1. O sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional. A motivação discriminatória na voluntas que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. 2. A proteção do empregado contra discriminação, independente de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, e 7º, XXX. 3. Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Eficácia dos Direitos Fundamentais” (São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2001, pp. 110-1), que “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. (...). O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”. 4. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição - embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa -, e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior. 5. Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe

a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. 7. De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção. 8. A edição da Lei 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embaixadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT. 9. O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. 10. A distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. 11. In casu, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor - esquizofrenia - e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave. A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. 12. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o animus discriminatório da dispensa. 13. Ilesos os arts. 5º, II - este inclusive não passível de violação direta e literal, na hipótese -, e 7º, I, da Constituição da República, 818 da CLT e 333, I, do CPC. 14. Precedentes desta Corte.

Revista não conhecida, no tema.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA SINDICAL. AUSÊNCIA. NÃO-CABIMENTO. A teor da OJ 305/SDI-I/TST, “na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato”, e, nos moldes da Súmula 219, I, do TST, “a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família”.

Revista conhecida e provida, no tema.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-105500-32.2008.5.04.0101, em que é Recorrente WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. e Recorrido FLÁVIO ANTÔNIO DOS SANTOS MASCARENHAS.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, pelo acórdão das fls. 104-8, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a sentença pela qual deferida a reintegração do reclamante ao emprego.

Interpõe recurso de revista a reclamada (fls. 111-21). Fundamentado o recurso nas alíneas “a” e “c” do art. 896 da CLT.

Despacho positivo de admissibilidade do recurso de revista (fl. 126).

Sem contrarrazões (certidão da fl. 128).

Feito não remetido ao Ministério Público do Trabalho (art. 83 do RITST).

É o relatório.

VOTO

I - CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (fls. 109 e 111), regular a representação (fls. 123-4) e efetuado o preparo (fls. 85-6 e 122).

2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

2.1. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA

O Tribunal regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a sentença pela qual foi deferida a reintegração do Reclamante ao emprego. Estes são os fundamentos do acórdão, na matéria:

“A reclamada pretende a reforma da decisão, no que se refere à reintegração no emprego. Refere que o juízo de origem deferiu o pedido do reclamante por ter se compadecido com seu estado de saúde. Afirma que a despedida do autor não se deu por razão de seu problema de saúde (esquizofrenia). Acrescenta, inclusive, que o obreira jamais teve qualquer tipo de discriminação durante o período contratual. Destaca que inexistente prova nos autos de discriminação, de forma que a sentença afronta o art. 333, I, do Código de Processo Civil. Menciona que o próprio autor disse na inicial que não apresentava sintomas quando da demissão, entendendo descabida a conclusão do juízo de origem de que a despedida caracteriza-se como ato discriminatório. Frisa que não há qualquer ilegalidade na despedida do reclamante, esclarecendo que o exame demissional atestou a capacidade laboral do trabalhador. Nesse sentido, enfatiza que os atestados médicos juntados aos autos não tornam a demissão irregular. Ressalta que o autor admitiu que a doença já existia antes mesmo de ser contratado pela empresa reclamada, o que afasta a condenação de primeiro grau. Salaria que o reclamante não preenche os requisitos do art. 118 da Lei nº 8.213/91, esclarecendo que o autor não gozou auxílio-doença-acidentário. Relata que a decisão de origem cria uma espécie de garantia de emprego que não possui respaldo legal, nem por analogia à Súmula 142 da SDI-I do TST. Refere que a lei protege os trabalhadores contra a despedida arbitrária, destacando a regra contida na Súmula 396 do TST. Explica que o autor deixou transcorrer mais de um ano da despedida para ajuizar a ação. Ademais, ressalta o direito do autor junto ao INSS, conforme art. 15 da Lei nº 8.213/91. Transcreve julgados sobre o tema, de forma a embasar sua tese.

A sentença de primeiro grau esclareceu que o direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho vem recebendo limitações, de forma a atender princípios como o da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Nesse sentido, salientou que a reclamada tinha ciência dos problemas de saúde que acometiam o trabalhador quando da despedida. Assim, concluiu pela garantia de emprego do reclamante, com base na função social do contrato de trabalho, na vedação ao abuso de direito e, por analogia, no art. 4º, I, da Lei nº 9.029/95.

O autor postulou, na petição inicial, a declaração da nulidade da despedida e a reintegração no emprego, em razão dos problemas de saúde que possui (doença psiquiátrica - esquizofrenia).

Disse que, mesmo doente, não apresentava sintomas na rescisão do contrato de trabalho.

Os documentos de fls. 09/10, 12, 22 e 31/35 noticiam que o reclamante é portador de doença psiquiátrica, tendo sido internado em mais de uma ocasião.

Para que seja deferido o pedido de reintegração, é preciso verificar qual o seu fundamento legal. Como se sabe, a legislação trabalhista brasileira não tem como regra a garantia de emprego, sendo livre a despedida. O art. 7º, I da Constituição Federal remete sua eficácia à legislação infraconstitucional e, até o momento, não foi regulamentado. Somente em casos excepcionais é que a legislação brasileira prevê a estabilidade ou a garantia de emprego. Tem-se como exemplo da primeira espécie a estabilidade do dirigente sindical. Nesse caso, para ser despedido o empregado, exige-se a instauração de inquérito para apuração de falta grave. Como exemplo da segunda espécie, estão a garantia de emprego do empregado membro da CIPA, da gestante, do que retorna de acidente de trabalho, etc. Ainda pode se falar na existência de estabilidade ou garantia de emprego contratual ou decorrente de norma coletiva. A primeira, é consequência de pactuação entre as partes ou do regulamento interno da empresa, caracterizando-se como uma das cláusulas do contrato. A segunda existe quando as convenções coletivas (em sentido lato) estabelecem algum tipo de previsão nesse sentido. Sempre quando algum trabalhador ajuíza ação postulando a nulidade da despedida e a consequente reintegração, deve demonstrar a existência do seu direito, baseando-se em uma norma jurídica das espécies anteriormente citadas.

Apesar da Constituição Federal de 1988 não ter adotado o sistema de estabilidade de emprego como proposto, aliás, quando das discussões preliminares nas comissões específicas e, posteriormente, na comissão de sistematização (o sistema previa a estabilidade desde a admissão do empregado, ressaltando o contrato por prazo determinado, a falta grave assim determinada em lei e a justa causa por necessidade de fato de natureza econômica, infortúnio ou inovação tecnológica) foram preservados os casos especiais de estabilidade no emprego, inclusive as decorrentes de regramento interno.

A respeito do tema, aliás, cabe lembrar a lição de José Martins Catharino, ainda válida, mesmo que tenha sido proferida antes do evento da Constituição prolatada a 5 de outubro de 1988:

‘A idéia-força da Justiça Social - que inspirou a consagração universal e constitucional dos direitos econômicos e sociais - está filialmente ligada à Segurança Social, essencial à paz nacional e internacional. Justiça Social, simplesmente Justiça, em termos contemporâneos, da qual a estabilidade é um dos seus produtos no campo privado do Direito do Trabalho, já que a empresa, por sua natureza, não é entidade previdencial. Segurança no emprego, favorável à liberdade real, eis

a razão de ser da estabilidade que o Estado assegura, em grau mínimo, por normas imperativas de interesse público, considerando os efeitos danosos do desemprego, o mais característico dos riscos sociais. É o interesse geral que justifica a estabilidade, coincidente com o dos empregados, sob a ameaça do arbítrio do poder econômico, não instituído, mas, nem por isso menos atuante.

Não há prova de que o reclamante esteja enquadrado em algum dos casos de estabilidade.

Existe menção, na inicial, de despedida sem justa causa em 12/06/2007 e, logo depois, é mencionado fato de ter o reclamante possuir doença psiquiátrica que justifica a reintegração no emprego. O exame demissional juntado à fl. 48 atesta a capacidade laboral do reclamante.

Em primeiro lugar, no sistema normativo brasileiro, o fato de alguém possuir uma doença não impede a despedida. Ainda mais no caso do autor que não se encontra enquadrado como acidente de trabalho nem doença profissional.

Todavia, o direito que o empregador tem de rescindir o contrato de trabalho de seus empregados não pode se dissociar dos seus fins sociais. Apropriada é a lição do Ministro João Oreste Dalazen, citado pelo Desembargador deste Eg. Tribunal, Milton Varela Dutra, nos autos do processo nº 03538-2008-000-04-00-0 MS, publicado em 17/04/2009, que afirma que não há como preservar os fins sociais, se o direito é utilizado de forma discriminatória, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que a despedida do reclamante operou-se ainda que o trabalhador estivesse com problemas de saúde. Como se vê à fl. 10, o autor esteve internado de 31/03/2007 a 30/04/2007, para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas. Ocorre que a despedida ocorreu logo após o autor ter retornado da citada internação (em 12/06/2007). Não restam dúvidas de que a despedida deixou de ser 'sem justa causa', concluindo-se pela dispensa arbitrária e discriminatória.

No caso em tela, conclui-se que houve discriminação por parte da reclamada, mesmo considerando o exame demissional realizado. Ao dispensar o reclamante, a reclamada não deu ao seu direito potestativo a finalidade social que deveria ser respeitada, cometendo verdadeiro abuso de direito.

Registra-se que o abuso do direito acontece quando o titular de uma pretensão legítima viola normas éticas ao exercitá-lo. Ou seja, no abuso do direito há licitude e direito, mas são vulneradas as pautas de exercício dos mesmos, no modo previsto no ordenamento jurídico. Os critérios estabelecidos para caracterizar o abuso do direito fixam-se em subjetivos e objetivos. Os primeiros

caracterizam abusivos aqueles direitos exercidos com intenção de prejudicar e cujo dano pode imputar-se ao sujeito exercente. O critério objetivo prescinde do elemento psicológico e põe acento no resultado danoso.

A teoria do abuso do direito nasce na jurisprudência e sua admissão tem sido fundada nas limitações ao direito subjetivo, já que não se pode admitir que a exigibilidade destes direitos sejam divorciados de determinados fins perseguidos pelo ordenamento jurídico, dentre os quais se destaca a exigência de um comportamento ético e moral pelos indivíduos.

Louis Josserand, autor francês do início do século passado, dizia que os direitos subjetivos devem obedecer a determinadas funções sociais, ou seja, o exercício de um direito deve ter por escopo um motivo legítimo.

Conforme o inciso XXXI do art. 7º, a Constituição Federal censura condutas discriminatórias, proibindo qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Desta maneira, se há vedação quanto à discriminação na admissão, tem-se que a demissão determinada pelas mesmas razões assume natureza também discriminatória. Isso porque não pode ser admitido qualquer forma de discriminação num Estado Democrático de Direito, como preconiza o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal.

Salienta-se que a Lei nº 9.029, de 1995 cuidou expressamente do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, assegurado o direito à readmissão, passível de substituição, a critério do ofendido, em remuneração dobrada de todo o período de afastamento.

Ademais, a Convenção nº 159 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 129 de 22 de maio que integra nosso ordenamento jurídico, cuida da reabilitação de pessoa deficiente, conceituada como tal aquela cuja possibilidade de obter e conservar um emprego adequado de nele progredir fique substancialmente reduzida por causa de uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida. A Recomendação nº 168 da OIT que a complementa, estabelece que os deficientes devem dispor de igualdade de tratamento e de oportunidades, relativamente ao acesso, conservação e promoção em um emprego.

Por fim, deixa-se claro que no caso não se aplica o art. 118 da Lei nº 8.213/91 e nem cabe cogitar de sua adoção por analogia.

Assim, ainda que o Direito do Trabalho autorize a denúncia vazia do contrato de trabalho, ao

exclusivo arbítrio do empregador (com algumas exceções), o Poder Judiciário não pode ficar inerte diante da situação do reclamante. Não se pode negar a condição especial que o autor se encontra em razão de seu estado de saúde. A condição de portador de esquizofrenia nos conduz a uma limitação ao direito potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa.

Nesse sentido, ainda que a legislação trabalhista não ampare a pretensão do reclamante, a Constituição Federal, nossa carta maior, destaca em seu art. 1º o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, o art. 7º, I, ressalta o direito do trabalhador contra despedida arbitrária. Além disso, o art. 193 da Constituição Federal dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Diante disso, não restam dúvidas que nossa Constituição Federal prima pela proteção do trabalhador, de forma que não se pode autorizar a denúncia vazia de contrato de trabalho do reclamante. O autor precisa do respaldo da sociedade e, em última análise, do Poder Judiciário.

Por essa razão, nega-se provimento ao recurso da reclamada.”

No recurso de revista, a reclamada sustenta que não há amparo legal para a reintegração do reclamante. Sucessivamente, alega que o recorrido não se desincumbiu do ônus probatório no tocante à demonstração do ato discriminatório do empregador. Aponta ofensa aos arts. 5º, II, e 7º, I, da Constituição Federal, 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Não merece conhecimento a revista.

Discute-se a licitude da dispensa do reclamante, ciente, a reclamada, da sua condição de portador de esquizofrenia.

Consabido que o sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional. A motivação discriminatória na voluntas que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade.

A proteção do empregado contra discriminação, independente de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, como demonstra o teor dos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, e 7º, XXX, que cuida de reproduzir:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”

Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Eficácia dos Direitos Fundamentais” (São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2001, pp. 110-1):

“Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório

e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal. Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta, acarretando, dentre outras, consequências, a necessidade de se tolerarem ingerências na esfera pessoal apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.”

O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição - embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa -, e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

“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 ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

III - função social da propriedade;”

Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente.

Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. Nesse aspecto, as ponderações da doutrina:

“... é certo que o empregado goza de total proteção contra a discriminação, ainda que o fundamento desta não esteja previsto expressamente na Lei n. 9.029/95.

Além das disposições constitucionais que asseguram a proteção contra a discriminação, todas as suas formas estão, de maneira geral, combatidas pela Lei n. 9.029/95.

Entendemos que as sanções para as hipóteses de discriminação previstas na Lei 9.029/95, do ponto de vista trabalhista, devem ser aplicadas, por analogia, a todo e qualquer tipo de ato discriminatório.” (OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na Relação de Emprego e Proteção contra a Dispensa Discriminatória*. São Paulo: LTr, 2008, p. 44)

De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção.

A edição da Lei 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embaixadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria.

Ao adotar a Convenção 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, aprovada em 24.11.1964 pelo Decreto Legislativo 104/64, ratificada em 1695 e promulgada pelo Decreto 62.150/68, o Estado Brasileiro se comprometeu perante a comunidade internacional a “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” (artigo 2º).

Também a Convenção 117 da OIT, sobre os objetivos e normas básicas da política social, ratificada pelo Brasil em 24.3.69 e promulgada pelo Decreto 66.496/70, estabelece, no art. 14, que os Estados Membros devem construir uma política social que tenha por finalidade a supressão de todas as formas de discriminação, especialmente em matéria de legislação e contratos de trabalho e admissão a empregos públicos ou privados e condições de contratação e de trabalho.

Mais recentemente, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, ao reconhecer a necessidade de se respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos nas relações de trabalho, que são fundamentais para os trabalhadores, novamente entroniza o princípio da não-discriminação em matéria de emprego ou ocupação, reafirmando, assim, o compromisso e a disposição das nações participantes dessa organização.

Todo o arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. Preciosas são as considerações do mestre Arion Sayão Romita:

“Sempre que um dos sujeitos se encontre em situação de poder em face do outro - que lhe permita ditar unilateralmente os termos do ajuste, aos quais o outro tenha de se submeter -, ou seja, quando não existir igualdade real entre os contratantes, resulta o óbvio limite negativo à autonomia privada, que se traduz na nulidade dos negócios contrários aos direitos fundamentais. A própria noção de Estado de direito - comprometido com a proteção dos direitos fundamentais - repele a intransigente defesa da autonomia negocial, evitando que poderosas entidades privadas, como as grandes empresas, desrespeitem os direitos fundamentais dos cidadãos e dos trabalhadores com quem celebram contratos de trabalho.” (Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 198)

Nesse ponto, importante trazer à baila o Enunciado nº 2, incisos I, II e III, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, em 23.11.2007, sobre a força normativa e proteção judicial dos direitos fundamentais:

“I - ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II - DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.

III - LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”

Nessa ordem de ideias, deve-se atentar que “a discriminação é um fenômeno velado e em mutação que por vezes é difícil quantificar e, por conseguinte, responder de forma eficaz” (Relatório Global sobre discriminação, de seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho).

Portanto, a distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. Tem-se, assim, que “a dispensa discriminatória do empregado doente (vale dizer, dispensa arbitrária, motivada pelo conhecimento da doença do obreiro) inspira a presunção de injuridicidade, ... e, por isso, eivada de nulidade, o que justifica a reintegração no emprego” (ROMITA, op. cit, p. 337).

In casu, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor - esquizofrenia - e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade.

Com o fim de compreender a dimensão da patologia, importante considerar uma definição, ainda que simplificada, do que vem a ser esquizofrenia:

“Esquizofrenia é uma doença mental que se caracteriza por uma desorganização ampla dos processos mentais. É um quadro complexo apresentando sinais e sintomas na área do pensamento,

percepção e emoções, causando marcados prejuízos ocupacionais, na vida de relações interpessoais e familiares.

Nesse quadro a pessoa perde o sentido de realidade ficando incapaz de distinguir a experiência real da imaginária. Essa doença se manifesta em crises agudas com sintomatologia intensa, intercaladas com períodos de remissão, quando há um abrandamento de sintomas, restando alguns deles em menor intensidade.

É uma doença do cérebro com manifestações psíquicas, que começa no final da adolescência ou início da idade adulta antes dos 40 anos. O curso desta doença é sempre crônico com marcada tendência à deterioração da personalidade do indivíduo.” (Esquizofrenia e outros Transtornos Psicóticos. <http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?189> - Acesso : 08/02/2011)

É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave.

A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Consoante ensina Daniel Boulos, “ao atribuir e garantir aos indivíduos os direitos subjetivos, constitui tarefa fundamental do Direito nas sociedades organizadas limitá-los no seu conteúdo e conformar o seu exercício aos anseios que esta mesma sociedade possui. Em outras palavras, cabe ao Direito, enquanto sistema de controle social, assegurar um justo equilíbrio entre os diversos interesses sociais em jogo, reprimindo a atuação do indivíduo - ainda que ele esteja investido do poder que o direito subjetivo representa - que possa comprometer esse equilíbrio.” (In: Abuso do Direito no Novo Código Civil, 2006, p. 36).

Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o animus discriminatório da dispensa.

O entendimento da Corte de origem encontra ressonância na jurisprudência reiterada desta Casa, consoante os precedentes a seguir:

“RECURSO DE REVISTA - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE - RISCO DE MORTE SÚBITA - REINTEGRAÇÃO. Muito embora não exista, no âmbito

infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido.” (RR - 18900-65.2003.5.15.0072, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 06/08/2010)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. INVIABILIDADE. Para a caracterização do dano moral é preciso a conjugação de três requisitos: a comprovação do dano; nexos de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido; a culpa (tendo o art. 927 do Código Civil introduzido, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva, sem culpa, nas situações mais raras aventadas por aquela regra legal). O trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a manutenção da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa do emprego) em face de sua circunstancial debilidade física causada pela grave doença (hepatite C - cirrose crônica). De todo modo, fixadas tais premissas pelo Tribunal a quo, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nesta seara recursal, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR - 165140-46.2006.5.01.0027, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT 22/10/2010)

“REINTEGRAÇÃO. DOENÇA GRAVE. CÂNCER. Embora não exista lei específica relativa à garantia de emprego ao portador de doença grave, diante dos elementos fáticos consignados no acórdão regional de que o reclamado tinha conhecimento da doença, pois o diagnóstico do câncer que acometeu a reclamante ocorreu um ano antes da sua dispensa, e de que a injusta demissão não passou de procedimento discriminatório, tendo em vista a ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não há falar em violação aos dispositivos de lei apontados.” (RR - 171300-82.2005.5.02.0031, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 15/10/2010)

“RECURSO DE REVISTA. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO. A dispensa do trabalhador em função de redução de sua produtividade decorrente de doença grave e crônica que passa a se manifestar ao longo da relação empregatícia, ainda que sem nexos com o ambiente e características do trabalho, tem, em parte, caráter discriminatório, afrontando os arts. 7º, XXXII, 5º, caput, e inciso I, art. 5º, XXIII, art. 170, caput, e inciso III, e art. 193 da Constituição, ensejando indenização equitativa. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 783194-33.2001.5.03.5555, Relator Ministro: Mauricio

Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT 16/04/2010)

“REINTEGRAÇÃO. A Corte Regional manteve a r. sentença, que deferiu a reintegração do Reclamante, não com base no reconhecimento de uma pretensa estabilidade como aduz a Recorrente, e sim porque configurada a dispensa discriminatória do Autor, em razão de o Obreiro ser dependente químico. Desse modo, afasta-se a violação apontada ao art. 10 do ADCT, que regulamenta a dispensa arbitrária prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal, visto que não se discute nos autos qualquer espécie de estabilidade atribuída ao Reclamante. Tampouco caracterizada ofensa ao art. 477 da CLT, o qual trata das normas aplicáveis ao ato de rescisão contratual, não havendo qualquer previsão autorizando a dispensa discriminatória, como configurado no caso sub judice. Recurso de Revista não conhecido.” (RR - 156000-04.2001.5.05.0010, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, DEJT 13/11/2009)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ATO ILÍCITO. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO E JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. DANO MORAL CONFIGURADO. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, quanto à configuração do dano moral, ante a constatação de violação, em tese, dos arts. 5º, XXIII e 170, III, da CF, merece seguimento. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ATO ILÍCITO. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO E JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. DANO MORAL CONFIGURADO. O trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a manutenção da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa) em face de sua circunstancial debilidade física causada por grave doença. Recurso de revista provido.” (RR - 198740-45.2004.5.17.0007, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT 02/10/2009)

“DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. O Tribunal Regional, acertadamente, dirimiu a controvérsia à luz dos arts. 3º, IV, e 7º, XXXI, da Constituição Federal, da Lei nº 9.029/95 e da Convenção nº 159 da OIT, considerando discriminatória a dispensa da Reclamante ocorrida logo após a comunicação ao empregador de sua doença. Nesse contexto, não houve violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 159 do Código Civil de 1916, mas sim observância dos referidos dispositivos, na medida em que o Tribunal “a quo” aplicou-os à hipótese, tendo em vista que, conforme situação fática delineada no acórdão revisando, não resta dúvida do dano moral causado à Autora pela dispensa discriminatória.” (RR - 1573200-35.2002.5.02.0900, Relator Ministro: Waldir Oliveira da

Costa, 1ª Turma, DEJT 10/10/2008)

Assemelhado, em certa medida, o caso dos autos, à dispensa de empregado portador do vírus HIV, em relação ao qual já consolidada a jurisprudência desta Corte, colho precedentes:

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, entende que há uma presunção da dispensa discriminatória do trabalhador, sendo ônus da Reclamada demonstrar que o ato teve outra causa como fundamento.” (Processo: RR - 9951200-06.2006.5.09.0025, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 19/03/2010)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. Tendo a decisão recorrida, com amparo nos elementos dos autos, fixado-se no sentido de que restou comprovado que a reclamada tinha ciência do estado de saúde do reclamante, resta demonstrada a presunção de que o ato de dispensa foi discriminatório. Precedentes desta Corte. Violações legais e constitucionais não configuradas. De outra forma, revela-se inviável o processamento do recurso de revista quando os arestos paradigmas encontram-se superados por iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte. Óbice da Súmula 333/TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (AIRR - 62540-28.2006.5.02.0088, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 26/06/2009)

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PORTADOR DE HIV. A ciência do empregador da condição do reclamante de portador do vírus HIV, gera a presunção relativa de despedida sem justa causa discriminatória. Inexistindo prova em contrário, faz jus o reclamante à sua reintegração. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.” (RR - 104600-17.2002.5.02.0036, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, DEJT 03/10/2008)

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado

é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido.” (E-RR - 7608900-33.2003.5.02.0900, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 30/11/2007)

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.” (TST-E-RR-439.041/1998.5, Relator Ministro João Oreste Dalazen, SDI-I, DJ 23.5.2003)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. I- Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório o exercício do direito potestativo de dispensa. Ademais, ainda que inexista norma legal específica que determine a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. II - Agravo a que se nega provimento.” (TST-AIRR-206/2001-261-02-40.9, Relator Ministro Barros Levenhagen, 4ª Turma, DJ 11.5.2007)

Ante o exposto, considerada a função social da empresa, a importância da manutenção da atividade laboral, por parte de empregado portador de doença psiquiátrica grave, a presunção de discriminação no momento da dispensa, somada ao registro de que o empregado foi despedido pouco tempo após licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, a ensejar a reintegração do autor ao emprego, conforme os termos exarados pela Corte Regional, peço vênia para divergir do voto do eminente Relator e proponho o não conhecimento do recurso de revista da reclamada, quanto ao tema, por reputar ileso os arts. 5º, II - este inclusive não passível de violação direta e literal, na hipótese -, e 7º, I, da Constituição da República, 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Não conheço.

2.2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA SINDICAL. AUSÊNCIA. NÃO-CABIMENTO

Eis o teor do acórdão regional, na fração de interesse:

“2. Honorários advocatícios

A reclamada pretende a reforma da decisão, no que se refere aos honorários advocatícios. Aduz que, para a condenação, necessário o preenchimento dos requisitos da Lei nº 5.584/70. Nesse sentido, aduz que não há credencial sindical nos autos. Destaca a regra contida na Súmula 219 do TST, bem como transcreve julgados sobre o tema. Caso mantida a condenação, insurge-se contra a base de cálculo e contra o percentual fixado.

A Lei 1.060/50 estabelece como único critério para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e, por consequência, o pagamento de honorários advocatícios, a declaração de pobreza do reclamante.

Ou seja, esta Turma entende que a credencial sindical não interfere para a condenação imposta pelo juízo de origem.

No caso em tela, a declaração de pobreza foi devidamente juntada à fl. 07.

Dessa forma, correta a concessão de assistência judiciária e devida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

No que se refere à base de cálculo, correta a decisão de origem quanto à consideração do valor da condenação, nos termos da Súmula nº 37 do TRT 4ª Região, que assim dispõe:

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

Da mesma forma, correto o percentual arbitrado, vez que o que normalmente se fixa nesta Justiça Especializada.

Por essa razão, nega-se provimento ao recurso da reclamada.

A presente decisão não afronta as Súmulas 219 e 329 do TST.”

No recurso de revista, a reclamada sustenta que “somente fará jus aos honorários advocatícios

o trabalhador que se fizer representar em juízo por advogado credenciado pela entidade sindical que o representa”. Alega, sucessivamente, que os honorários devem limitar-se “ao valor líquido apurado na fase de liquidação e em montante não superior a 10%”. Aponta violação dos arts. 14 da Lei 5.584/70 e 769 da CLT, contrariedade à Súmula 219, I, do TST e divergência jurisprudencial, com os arestos que colaciona.

O recurso alcança conhecimento.

A matéria trazida ao debate já se encontra pacificada nesta Corte, por meio da Súmula 219, I, do TST, verbis:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)”

Nesse mesmo sentido, o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial 305/SDI-I do TST, segundo a qual a concessão de honorários advocatícios nesta Especializada pressupõe a constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

A decisão regional, ao proclamar que, mesmo na ausência de um dos seus requisitos, a saber, a assistência sindical, são devidos honorários, não guarda harmonia com a jurisprudência atual e reiterada desta Corte.

Conheço do recurso, por contrariedade à Súmula 219, I, do TST.

II - MÉRITO

honorários advocatícios. ASSISTÊNCIA SINDICAL. AUSÊNCIA. NÃO-CABIMENTO

Corolário do conhecimento do recurso de revista, por contrariedade à Súmula 219, I, do TST, é seu provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

Revista provida.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de revista, quanto ao tema “reintegração no emprego. dispensa arbitrária. trabalhador portador de esquizofrenia”, vencido o Sr. Ministro Alberto Bresciani, relator, que juntará voto vencido, e, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, quanto ao tema “honorários advocatícios. assistência sindical. ausência. não-cabimento”, por contrariedade à Súmula 219, I, do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

Brasília, 29 de junho de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA
MINISTRA RELATORA

RR 721340-83.2006.5.12.0035, 3ªT - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

DEJT 22.10.2010/J-26.05.2010 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

3ª Turma

RMW/kvm/RMW

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Potencial violação do art. 944 do Código Civil, nos moldes do art. 896 da CLT, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, para melhor exame.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO JULGADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Desfundamentado o recurso, a teor da Orientação Jurisprudencial 115/SDI-I do TST: “o conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/1988”.

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a conseqüente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*).

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. No dizer de José Affonso Dallegrave Neto (in Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2007, p. 335), a “imposição de comportamento positivo ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano”. Em reforço, Nehemias Domingos de Melo (in Dano Moral Trabalhista. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129) observa que, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, “a

dispensa imotivada constitui atitude discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais do direito à vida, à dignidade humana e ao trabalho”. Assentado no acórdão regional, que a despedida ocorreu cinco dias após o retorno de licença médica decorrente da enfermidade - “permaneceu em gozo do benefício auxílio-doença a partir de 16-02-2006, retornando ao trabalho em 1º-09-2006. Foi dispensado sem justa causa pela ré em 06-09-2006”, tem-se por configurada a violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, do próprio contrato de trabalho e da função social da empresa, a ensejar, forte nos arts. 186 e 927 do Código Civil, o direito a compensação por dano moral.

DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. A revista esbarra na ausência de prequestionamento, atrativa da Súmula 297, II, do TST (Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão), à falta de exame, pela Corte de origem, ao julgamento do recurso ordinário da ré, do pleito de redução de valor arbitrado à indenização por dano moral apreciado que, foi, tão só, ao julgamento do recurso ordinário do autor, o pedido de majoração do montante deferido. Incumbia à recorrente a oposição de embargos de declaração ao julgado regional, com visa ao pronunciamento sobre o tema, pena de preclusão, encargo de que não se desincumbiu.

TUTELA ANTECIPADA. Incólume o art. 273 do CPC, pois detém o julgador a faculdade de, “antecipando a tutela jurisdicional, determinar a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material” (OJ 142/SDI-I/TST).

Recurso de revista integralmente não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-721340-83.2006.5.12.0035, em que é Recorrente BRASIL TELECOM S.A e são Recorridos VITOR PAULO SCHARF e FUNDAÇÃO 14 DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E OUTRA.

O Tribunal Regional da 12ª Região, pelo acórdão das fls. 102-8, deu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada “para determinar que, das parcelas trabalhistas deferidas ao autor, sejam compensados os valores pagos na rescisão contratual, corrigidos monetariamente”, e negou provimento ao apelo do autor.

Interpõe a reclamada recurso de revista (fls. 121-8), com fulcro nas alíneas “a” e “c” do artigo 896 da CLT, a ré, desafiando agravo de instrumento o despacho das fls. 131-2, pelo qual se lhe denegou seguimento.

Com contraminuta e contrarrazões (fls. 137-40 - reclamante e fls. 141-3 - Fundação Sistel), vêm os autos a este Tribunal para julgamento.

Feito não remetido ao Ministério Público do Trabalho (art. 83 do RITST).

É o relatório.

VOTO

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento e passo ao exame do mérito respectivo.

O juízo primeiro de admissibilidade, ao exame do(s) tema(s) “nulidade do julgado. negativa de prestação jurisdicional. empregado portador do vírus HIV. despedida discriminatória. presunção relativa. reintegração. dano moral. configuração. valor da indenização. tutela antecipada”, denegou seguimento ao recurso de revista, verbis:

“PRELIMINAR DE NULIDADE - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula 297, III, do TST.
- violação do art. 249, § 2º, do CPC.

A demanda remanescente argúi a preliminar em epígrafe, suscitando a manifestação do Juízo acerca dos arts. 7º, I, da Constituição Federal e 10, I, do ADCT.

Contudo, a prefacial argüida somente pode ser apreciada por alegação de ofensa aos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da CF de 1988, tendo em vista o teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SDI-1 do TST e o disposto no § 2º do art. 896 da CLT.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA - REINTEGRAÇÃO E/OU CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO

Alegação(ões):

- violação do(s) art(s). 7º, I, e 10, I, do ADCT da CF.
- violação do(s) art(s). 818 da CLT e 333 do CPC.

- divergência jurisprudencial.

Refuta a decisão regional que entendeu que a dispensa imotivada do autor, portador do vírus da AIDS (HIV), configura, por presunção, atitude discriminatória da empresa.

A ementa do acórdão foi assim vazada (fl. 765):

EMPREGADO PORTADOR DA DOENÇA DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Consoante entendimento firmado pelo TST, presume-se discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV, cuja doença é conhecida pelo empregador. Assim, a ausência de comprovação de fato adverso que infirme a presunção de que a despedida ocorreu por ato de segregação impõe a reintegração do empregado, em observância às regras do ordenamento jurídico que repudiam a dispensa discriminatória e arbitrária. (Sublinhei.)

O posicionamento do Colegiado Regional acompanha o entendimento consagrado na Corte Revisora, no sentido de que a despedida imotivada do portador do vírus HIV enseja a presunção de discriminação, conforme entendimento sintetizado no julgado da SDI-I que segue:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido. (E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00) (Sublinhei.)

Nessa mesma linha, pode-se apontar, entre muitos outros, os seguintes precedentes: RR - 14/2004-037-02-00, RR - 906/2004-006-04-00, RR - 1404/2001-113-15-00, RR - 724/2002-034-02-00, RR - 737/2004-031-02-00, RR - 1392/2001-082-15-00, RR - 1059/1999-087-15-00, RR - 1007/2002-007-09-40, RR - 76089/2003-900-02-00, RR - 3968/2001-028-12-00, RR - 818/2002-017-02-00, RR - 50933/2002-902-02-00, RR - 773032/200.

Vale dizer que o texto da Orientação Jurisprudencial nº 142 da Subseção de Dissídios Individuais-II demonstra a plena predominância desta interpretação, no sentido de que o emprego do portador do vírus HIV é objeto de proteção adicional:

O. J. Nº 142 MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA. DJ 04.05.04. Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva. (Sublinhei.)

Nessa esteira, a admissibilidade do apelo patronal tropeça no óbice da Súmula nº 333 do TST, que obstaculiza os recursos de revista e embargos na hipótese de os arestos cotejados, como os transcritos no recurso em apreço (fls. 788-790), forem “superados pela iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.”

Cumprе acrescentar que qualquer alteração do decidido implicaria na reavaliação do contexto fático dos autos, o que é vedado nesse momento processual, nos termos da Súmula nº 126 do TST.

DANO MORAL - INDENIZAÇÃO

VALOR DA CONDENAÇÃO - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Alegação(ões):

- violação dos arts. 5º, V, e 7º, XXVIII, da CF.
- violação dos arts. 186, 927 e 944 do CC.
- divergência jurisprudencial.

A demandada pretende se eximir da obrigação de pagar ao autor a indenização por danos morais decorrente da despedida, argumentando não haver prova deste dano, que não pode ser presumido. Sucessivamente, pugna pela redução do valor da indenização.

Diante das razões de decidir consignadas pela Turma (fls. 769 frente e verso), nas quais resultou patente o dano, o nexo causal e a culpa da empresa, fazendo o autor jus à indenização de que tratam os arts. nºs 186 e 927 do Código Civil de 2002, a revisão do decidido não prescindiria do revolvimento da prova dos autos, o que não se coaduna com a natureza excepcional do recurso de revista, conforme a ilação autorizada pela Súmula nº 126 do TST, segundo a qual a discussão dos fatos e das provas finda nesta instância trabalhista.

Quanto à redução do valor da indenização, assinalo que o arbitramento do importe

indenizatório por danos morais encontra-se no âmbito do poder discricionário do magistrado, em observância a critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, extraídos da análise do conjunto fático e probatório de cada caso, o que inviabiliza a admissibilidade do recurso de revista por este aspecto.

TUTELA ANTECIPADA

Alegação(ões):

- violação do art. 273 do CPC.
- divergência jurisprudencial.

A ré pretende a cassação da tutela antecipada que determina a reintegração do autor (fls. 534 e 537), em face da ausência de prova inequívoca de suas alegações.

Também por este ponto a recorrente não logra a admissibilidade do recurso, visto que a concessão da tutela antecipada no caso vertente encontra amparo na Orientação Jurisprudencial nº 142 da SDI-II do TST, acima transcrita, o que inviabiliza o seguimento do recurso, por força da Súmula nº 333 do TST.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.”

Na minuta, a agravante repisa as alegações trazidas na revista, insistindo no preenchimento dos requisitos do art. 896 da CLT.

Eis os fundamentos do acórdão regional, na matéria:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO

O autor postula a majoração do valor da indenização por danos morais arbitrada na sentença, sob a alegação de que a fixação do quantum deve observar o caráter punitivo e servir como atenuante ao sofrimento da vítima.

O pleito não merece ser acolhido.

O Juízo de primeira instância arbitrou a indenização em montante equivalente a 50 vezes a

remuneração utilizada como base para o cálculo das verbas rescisórias (fl. 141).

Tem-se entendido como regra que a indenização por danos morais deve ser suficiente para minimizar o sofrimento infligido à vítima e imprimir uma penalização ao ofensor, servindo ainda como medida coibitiva, de forma a desestimular o responsável pelo dano a incorrer na mesma conduta ilícita, sem que provoque, contudo, o enriquecimento injustificado do ofendido.

Considerando que a dispensa discriminatória é presumida, e diante da extensão do dano, bem como que ao autor foi deferida a reintegração aos quadros da ré, é incabível a majoração do valor da indenização pleiteada pelo recorrente. Registro, ademais, que reputo exorbitante o valor arbitrado na sentença, entretanto, a prevalecer o meu entendimento, implicaria reformatio in pejus.

Nego, pois, provimento ao recurso do autor.”

No recurso de revista, a reclamada afirma que “foi pleiteada a exclusão da indenização por dano moral, nesse pedido está contido o pedido de diminuição do valor arbitrado”. Requer “seja conhecido e provido o recurso para fixar-se o dano em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)”. Aponta violação dos arts. 5º, V, e 7º, XXVIII, da Lei Maior, 186, 927 e 944 do Código Civil. Traz arestos ao cotejo.

O agravo de instrumento merece ser provido.

No que concerne ao quantum indenizatório atribuído para compensação do dano moral, na ausência de parâmetros objetivos no direito positivo, o Juízo há de, à luz da equidade (CLT, art. 8º, caput), arbitrar, com prudência e razoabilidade, o valor apto a amenizar o sofrimento impingido e a atuar como medida pedagógica de desestímulo à prática de atos de igual natureza, sendo certo que dispõe o art. 944 do Código Civil:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

Como a Corte regional manteve o valor fixado na sentença de “50 vezes a remuneração utilizada como base para o cálculo das verbas rescisórias”, para melhor exame das razões de insurgência quanto a potencial violação do artigo 944 do Código Civil, afasto o óbice oposto pelo despacho denegatório do recurso de revista e dou provimento ao agravo de instrumento para, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação do feito e o regular processamento desse recurso, no efeito devolutivo.

B) RECURSO DE REVISTA

I - CONHECIMENTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade do recurso de revista, passo ao exame dos específicos.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

2.1. NULIDADE DO JULGADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

No recurso de revista, a ré argui a nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional. Aponta omissão quando aos arts. 7º, I, e 10, I, do ADCT, da Carta Magna. Indica violação do art. 249, § 2º, do CPC e contrariedade à Súmula 297, III, do TST.

Não merece conhecimento a revista.

O recurso, quanto à suscitada negativa de prestação jurisdicional, revela-se desfundamentado, porquanto a análise de nulidade do julgado, à luz da OJ 115/SDI-I desta Corte, se viabiliza ante a indicação de ofensa aos artigos 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição da República.

Não conheço.

2.2. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO

Eis os fundamentos da decisão:

“1 - DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA

A ré se insurge contra a decisão que reconheceu a ocorrência de despedida discriminatória do autor e a condenou a reintegrá-lo nas mesmas condições contratuais vigentes anteriormente ao irregular afastamento e a pagar-lhe as verbas trabalhistas devidas durante esse período.

Alega que não há prova do ato de discriminação alegado e que a dispensa do autor e de outros empregados ocorreu em razão de reestruturação da empresa com redução do quadro de pessoal. Refuta a tese expendida na sentença de presunção de veracidade dos fatos declinados na inicial em face do desconhecimento, pelo preposto, do nome dos trabalhadores dispensados na ocasião e assevera que o autor se encontrava apto para o trabalho no momento da rescisão contratual, não se

configurando o ato ilícito que lhe é imputado e tampouco dano a ser ressarcido.

Aduz, por fim, a ausência de suporte legal para o reconhecimento da garantia de emprego ao autor.

Não assiste razão à recorrente.

Segundo declinou o autor, na inicial, a constatação de que era portador do vírus HIV ocorreu em novembro de 2004 e, no período que se seguiu ao diagnóstico, esteve afastado para tratamento de saúde em várias ocasiões. Em novembro de 2005, submetido ao exame periódico de saúde ocupacional, foi considerado apto para o trabalho, mas em janeiro de 2006 novamente necessitou afastar-se das atividades na empresa. Permaneceu em gozo do benefício auxílio-doença a partir de 16-02-2006, retornando ao trabalho em 1º-09-2006. Foi dispensado sem justa causa pela ré em 06-09-2006.

A ré admitiu, na contestação, que tinha conhecimento de que o autor era portador do vírus da AIDS ao declinar que Ressalta-se que o reclamante nunca sofreu qualquer tipo de discriminação dentro da empresa, mesmo depois de ter ciência de sua doença (fl. 129).

Diante dessa circunstância, o TST tem firmado entendimento no sentido de que, ciente a empregadora de que o empregado é portador do vírus HIV, há a presunção de que a sua dispensa é discriminatória, conforme excerto de acórdão prolatado pela 4ª Turma daquela Corte Superior:

(...)

Assim, presumida a discriminação perpetrada pela empregadora, cabia a ela comprovar que não cometeu o ato de segregação, ônus do qual, no entanto, não se desincumbiu.

Não obstante a confirmação pela prova testemunhal de que à época da rescisão contratual do autor houve uma reestruturação do setor em que ele laborava e que alguns empregados foram dispensados para redução do quadro de pessoal, a ré não demonstrou os critérios adotados para a escolha dos que permaneceriam e daqueles que seriam despedidos.

O depoimento do preposto, consoante bem observou o Juízo a quo, nada elucidou acerca dos reais motivos que levaram à despedida e, diante do desconhecimento do setor em que laborava o obreiro e dos empregados que com ele foram dispensados, presume-se a ocorrência de discriminação na sua inclusão no rol dos que tiveram o contrato de trabalho rescindido.

A testemunha arrolada pela parte demandada limitou-se a confirmar a ocorrência da

reestruturação da ré no âmbito regional e o enxugamento do quadro de pessoal, mas nada mencionou sobre os critérios utilizados para a escolha dos empregados dispensados que possa justificar a despedida do autor, que prestou serviços à ré por quase 20 anos, de modo a afastar a presunção do ato discriminatório.

Por fim, impende salientar que, a despeito da inexistência de norma legal que assegure a garantia de emprego ao autor, o ordenamento jurídico pátrio veda o tratamento discriminatório, conforme disposições contidas no art. 3º, inciso IV, art. 5º, incisos XLI e XLII e § 2º, da Constituição Federal, Lei nº 9.029/95 e art. 373-A da CLT.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso neste tópico.”

E, por ocasião dos declaratórios opostos, assim se manifestou a Corte regional:

“Não existem as omissões apontadas pela embargante.

No que diz respeito à necessidade de exame da sentença à luz do art. 10, I, do ADCT e do art. 7º, I, da CRFB, razão não lhe assiste, na medida em que o acórdão apresentou, de forma explícita, a tese que culminou com a manutenção da sentença e indeferimento do pedido de reforma, a qual transcrevo, por mais enfadonho que possa parecer:

(...)

Outrossim, é desnecessária a análise da matéria constante dos autos à luz de todos os argumentos invocados pelos demandantes, mormente quando adotada tese explícita sobre a matéria (OJ n. 118 do TST).

Quanto à fixação do termo final da estabilidade conferida ao reclamante, ainda que esta Turma tenha mantido a sentença quanto à reintegração do autor, o fato é que a sentença a quo não analisou a questão sob esse enfoque e, nesse aspecto, deveria a embargante ter oposto embargos de declaração com vistas a prequestionar a matéria. Como assim não o fez, a análise por este Regional está obstada, sob pena de se configurar a supressão de instância.

Na verdade, analisando os argumentos trazidos pela ré, resta evidente que a finalidade dos embargos não é corrigir omissão no julgado ou prequestionar matérias, e, sim, obter a reforma da decisão, diante do inconformismo com o seu resultado, para o que não servem os embargos declaratórios, consoante dispõem os arts. 535 do CPC e 897-A da CLT.

Pelo exposto, rejeito os embargos.”

No recurso de revista, a reclamada alega que “há prova de que houve a reestruturação do setor onde o reclamante trabalhava, com a demissão de várias pessoas”. Sustenta que “não há como se dizer que houve discriminação, pois o reclamante foi apenas mais um dos demitidos” e que “deve ser feita prova da discriminação, ou seja, não é possível presumi-la”. Requer, sucessivamente, “seja fixado o termo da estabilidade em um ano, visto que não há lei que assegure uma garantia de emprego vitalícia”. Aponta violação dos arts. 7º, I, e 10, I, do ADCT, da Carta Magna, 818 da CLT e 333, I, do CPC. Traz arestos ao cotejo.

O recurso não merece conhecimento.

Discute-se a licitude da dispensa do reclamante, ciente, o reclamado, da sua condição de portador do vírus HIV.

Consabido que o sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, no caso, no princípio da não discriminação, com assento constitucional. A motivação discriminatória na voluntas que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. Em se tratando de empregado soropositivo, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que se presume - *praesumptio juris tantum* - discriminatório, e, como tal, abusivo o despedimento.

A alegação da reclamada, no sentido de que o direito positivo vigente não ampara a proteção do empregado soropositivo contra despedida discriminatória não resiste a uma análise percuciente e cuidadosa da legislação, a começar pelo art. 3º, IV, da Carta Magna, que situa entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o combate a todas as formas de discriminação.

Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral.

Já o art. 1º da Lei 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação.

Conforme constatado no segundo Relatório Global sobre discriminação, de seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, “a discriminação é um fenômeno velado e em mutação que por vezes é difícil quantificar e, por conseguinte, responder de

forma eficaz.”

Urge observar, ainda, que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores do HIV, pessoas com predisposição genética para desenvolver determinadas moléstias, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção.

Como enfatizado, o exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites em não só em função do princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 170, III, da Lei Maior, como também da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, erigidos como pilares da República Federativa do Brasil, consoante os incisos III e IV do art. 1º da Carta Política, e com eles de todo incompatível a despedida discriminatória.

Ademais, ao adotar a Convenção 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, aprovada em 24.11.1964 pelo Decreto Legislativo 104/64, ratificada em 1695 e promulgada pelo Decreto 62.150/68, o Estado Brasileiro se comprometeu perante a comunidade internacional a promover medidas adequadas à promoção da igualdade de oportunidade em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de erradicar todas as formas de tratamento discriminatório nas relações de trabalho.

Também a Convenção 117 da OIT, sobre os objetivos e normas básicas da política social, ratificada pelo Brasil em 24.3.69 e promulgada pelo Decreto 66.496/70, estabelece, no art. 14, que os Estados Membros devem construir uma política social que tenha por finalidade a supressão de todas as formas de discriminação, especialmente em matéria de legislação e contratos de trabalho e admissão a empregos públicos ou privados e condições de contratação e de trabalho.

Mais recentemente, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, ao reconhecer a necessidade de se respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos nas relações de trabalho, que são fundamentais para os trabalhadores, novamente entroniza o princípio da não-discriminação em matéria de emprego ou ocupação, reafirmando, assim, o compromisso e a disposição das nações participantes dessa organização. In casu, restou consignado na decisão regional que “a ré admitiu, na contestação, que tinha conhecimento de que o autor era portador do vírus da AIDS”. Presume-se, pois, discriminatório o despedimento do reclamante. Como está em causa, reitero presunção juris tantum, relativa, passível de ser elidida por prova em contrário e que tem como efeito a inversão do encargo probatório, o empregador é que

há de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador do vírus HIV. De tal encargo não se desincumbiu, a espécie, o réu, segundo consigna o acórdão regional assentado, não demonstrados “os critérios adotados para a escolha dos que permaneceriam e daqueles que seriam despedidos”, limitada prova testemunhal à ocorrência de reestruturação da empresa no âmbito regional e ao enxugamento do quadro de pessoal, com registro, ainda, do tempo de serviço do autor de quase vinte anos em favor da ré.

O entendimento da Corte de origem encontra ressonância na jurisprudência reiterada desta Casa, consoante os precedentes a seguir:

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, entende que há uma presunção da dispensa discriminatória do trabalhador, sendo ônus da Reclamada demonstrar que o ato teve outra causa como fundamento.” (Processo: RR - 9951200-06.2006.5.09.0025 Data de Julgamento: 10/03/2010, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 19/03/2010)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. Tendo a decisão recorrida, com amparo nos elementos dos autos, fixado-se no sentido de que restou comprovado que a reclamada tinha ciência do estado de saúde do reclamante, resta demonstrada a presunção de que o ato de dispensa foi discriminatório. Precedentes desta Corte. Violações legais e constitucionais não configuradas. De outra forma, revela-se inviável o processamento do recurso de revista quando os arestos paradigmas encontram-se superados por iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte. Óbice da Súmula 333/TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (Processo: AIRR - 62540-28.2006.5.02.0088 Data de Julgamento: 24/06/2009, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 26/06/2009)

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PORTADOR DE HIV. A ciência do empregador da condição do reclamante de portador do vírus HIV, gera a presunção relativa de despedida sem justa causa discriminatória. Inexistindo prova em contrário, faz jus o reclamante à sua reintegração. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 104600-17.2002.5.02.0036 Data de Julgamento: 20/08/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 03/10/2008)

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da

função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido.” (Processo: E-RR - 7608900-33.2003.5.02.0900 Data de Julgamento: 06/08/2007, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 30/11/2007)

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.” (TST-E-RR-439.041/1998.5, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, SDI-I, DJ 23.5.2003)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. I- Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório o exercício do direito potestativo de dispensa. Ademais, ainda que inexista norma legal específica que determine a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. II - Agravo a que se nega provimento.” (TST-AIRR-206/2001-261-02-40.9, Rel. Ministro Barros Levenhagen, 4ª Turma, DJ 11.5.2007)

Por fim, no que concerne ao pleito pela fixação “do termo da estabilidade em um ano”, verifico que nenhum dos dispositivos tidos por violados trata da matéria. Ademais, o colegiado regional assentou que “a sentença a quo não analisou a questão sob esse enfoque e, nesse aspecto, deveria a embargante ter oposto embargos de declaração com vistas a prequestionar a matéria. Como assim não o fez, a análise por este Regional está obstada, sob pena de se configurar a supressão de instância”, a caracterizar a preclusão do debate.

Assim, estando a decisão regional em conformidade com a jurisprudência reiterada desta Corte, erigem-se como óbice ao conhecimento da revista o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula 333/TST, ilesos os dispositivos indicados e inviável a análise de dissenso jurisprudencial.

Não conheço do recurso.

2.3. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO

Eis os fundamentos do acórdão regional, na matéria:

“2 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Pretende a ré a exclusão do pagamento de indenização por danos morais, sob o argumento de que não houve discriminação na despedida do autor. Aduz que a cumulação da indenização deferida, a determinação de reintegração e o deferimento do ressarcimento dos danos morais configuram excesso de condenação.

Assevera, ainda, que o infortúnio não ocorreu por ato culposo da empresa e que não restou comprovado o dano alegado.

A pretensão não merece ser acolhida.

A indenização por danos morais está fundada, regra geral, na teoria da responsabilidade aquiliana, sendo necessária a configuração da prática de ato ilícito, decorrente de ação ou omissão, culpa do agente resultante de negligência, imperícia ou imprudência (elemento subjetivo) e ocorrência de um dano.

Entendo presentes tais pressupostos fático-jurídicos nos autos em exame.

Reconhecida a conduta discriminatória da ré de dispensa do autor, conforme expendido anteriormente, resta configurada a prática de ato ilícito, decorrente de ação dolosa por parte da empresa.

Não comprovado fato adverso que infirme o ato de segregação imputado à ré, ou seja, a exclusão do autor de seus quadros por ser ele portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, doença considerada grave, conforme previsão contida no § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90, e, tendo em vista que as manifestações da doença acarretam grande debilidade física com a ocorrência de inúmeras infecções oportunistas, impõe-se manter o deferimento da indenização pleiteada.

É inquestionável que, diante dessas circunstâncias, a dispensa gerou no autor sentimento de sofrimento e angústia, pela dificuldade de obtenção de novo emprego em curto prazo e a insegurança quanto ao seu sustento e à capacidade de manutenção dos cuidados com a sua saúde.

Assim, aplicável ao caso presente o disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil, visto que a empresa agiu dolosamente, violando a dignidade do autor, devendo ser compelida a indenizá-lo pelos danos morais.

Nego provimento.”

No recurso de revista, a reclamada alega que “o dano, ainda que moral, não pode ser presumido e exige prova”. Aponta violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil. Traz um aresto ao cotejo.

O recurso não merece conhecimento.

De início, o aresto da fl. 125 se mostra inespecífico à hipótese em apreço, já que não aborda a premissa fática registrada no acórdão regional, de que “reconhecida a conduta discriminatória da ré de dispensa do autor, ... resta configurada a prática de ato ilícito, decorrente de ação dolosa por parte da empresa”. Óbice da Súmula 296/TST.

Como cerne da responsabilidade civil, o dano, compreendido como ofensa a interesse juridicamente tutelável, orienta o pagamento de eventual indenização ou, como prefiro, compensação. Pode ele, como é sabido, ostentar natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

Resultando o dano moral da violação de direitos decorrentes da personalidade - estes integrantes da “categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas” (BELTRÃO, Sílvio Romero, Direitos da Personalidade, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.25) - e aferível, sua ocorrência, a partir de violência perpetrada por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, entendo dispensável a prova de prejuízo concreto, já que a impossibilidade de se penetrar na alma humana não pode obstaculizar a justa compensação. Nessa linha, destaco o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes:

“Em conseqüência, depois de restar superada a máxima segundo a qual não há responsabilidade sem culpa, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento da responsabilidade, desmentido se vê hoje, também o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano, substituída que foi a comprovação antes exigida pela presunção hominis de que a lesão a qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral.” (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159-60)

No mesmo sentido, José Affonso Dallegrave Neto ressalta:

“Enquanto o dano material encerra perdas e danos que alcançam os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 402 do CC), exigindo-se assim a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral o valor é arbitrado pelo juiz que visa uma compensação financeira para a vítima, sendo desnecessária a prova do prejuízo moral, o qual é presumido da própria violação à personalidade da vítima:

(...)

Particularmente, entendo que 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, pp. 151 e 154)

O dano moral, ao contrário do que defende a reclamada, prescinde de prova, porquanto não se concretiza no plano externo, mas no íntimo do ser humano. Assim, suficiente a demonstração da conduta ofensiva a direito decorrente da personalidade.

A ausência de necessidade da demonstração do dano moral por meio de prova da dor, da humilhação, da aflição é, inclusive, a posição consagrada em inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, como evidenciam os julgados a seguir:

“Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito.” (Resp. 85.019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10.3.98, DJ 18.12.98)

“Conforme entendimento firmado nesta Corte, “não há falar em prova de dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam” (Precedentes: Resp. 261.028/RJ, Rel. Min. Menezes Direito; REsp. 294.561/RJ, Rel. Aldir Passarinho Júnior; REsp. 661.960/PB, Rel. Min. Nancy Andrighi). O v. acórdão recorrido não se afastou da jurisprudência desta Corte, ao decidir que decorre da indevida devolução de cheque a presunção de existência de dano moral indenizável.” (REsp 727369 / AL; 2005/0029495-9, Quarta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 16.05.2005)

“Provados o fato e as circunstâncias pessoais do viajante, para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não se exige a prova do desconforto, da dor ou da aflição, que são admitidos através de um juízo da experiência. Precedente da Quarta Turma. - Fixação do montante indenizatório que não ofende as disposições da Convenção de Varsóvia ou da lei.” (REsp 168976 / SP , Quarta Turma,

Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 02.12.2002)

“Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, “a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular” nesse cadastro.” (REsp 233076 / RJ ; Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 28.02.2000)

Igual lição se extrai da obra “Programa de responsabilidade civil”, de Sérgio Cavalieri Filho, na qual preleciona que “o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum” (Rio de Janeiro: Malheiros, 4ª ed., 2003, p. 108).

Logo, considerando que para a caracterização do dano moral é suficiente a prova de conduta apta a violar direito da personalidade, necessário o exame do ato operado pelo empregador: dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV.

O ato discriminatório representa verdadeira violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Couto e Silva ensina que o princípio da boa fé se desdobra em deveres específicos que podem, independentemente da vontade, nascer juntamente com a obrigação ou no seu desenvolvimento (A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1964, p. 33). Dentre esses, destaco os deveres de lealdade, os quais “adstringem as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos, anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham a frustrar as expectativas corporificadas no contrato ou nele legitimamente sustentadas” (SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112).

Caracterizada também a violação do princípio da função social da empresa - examinado, com profundidade, por JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO (in Responsabilidade Civil no direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2007, p. 335), sob o seguinte enfoque:

“Quando o constituinte estabeleceu que a ordem econômica deve se atentar para o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), atingiu a empresa que é uma das unidades econômicas mais importantes no hodierno sistema capitalista . Nessa direção Enzo Roppo observa, com acerto, que o atual processo econômico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade em sua acepção clássica.

Ao esquadrihar a dicção do mencionado dispositivo constitucional, Eros Grau sublinha:

‘O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade’.

Indubitavelmente, essa imposição de comportamento positivo ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (arts. 1º, 3º, 6º, 9º, 170 e 193, todos da CF)”.

Cumpre acrescentar, por relevante, que, conforme assentado no acórdão regional, o empregado “permaneceu em gozo do benefício auxílio-doença a partir de 16-02-2006, retornando ao trabalho em 1º-09-2006. Foi dispensado sem justa causa pela ré em 06-09-2006”, ou seja, o trabalhador foi despedido cinco dias após o retorno de licença médica para tratamento da enfermidade.

Nesse sentir, Nehemias Domingos de Melo (in Dano Moral Trabalhista. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129) destaca que, no caso do empregado portador do HIV, “a dispensa imotivada constitui atitude discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais do direito à vida, à dignidade humana e ao trabalho”. A ausência de motivação para a despedida de trabalhador em tal condição representa violação de dever jurídico inerente ao contrato de trabalho e à função social da empresa, a configurar a ilicitude do ato do empregador, que ensejou o dano moral.

Assim, reputo ilesos os arts. 186 e 927 do Código Civil.

Não conheço do recurso.

2.4. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO

Eis os fundamentos do acórdão regional, na matéria:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO

O autor postula a majoração do valor da indenização por danos morais arbitrada na sentença, sob a alegação de que a fixação do quantum deve observar o caráter punitivo e servir como atenuante ao sofrimento da vítima.

O pleito não merece ser acolhido.

O Juízo de primeira instância arbitrou a indenização em montante equivalente a 50 vezes a remuneração utilizada como base para o cálculo das verbas rescisórias (fl. 141).

Tem-se entendido como regra que a indenização por danos morais deve ser suficiente para minimizar o sofrimento infligido à vítima e imprimir uma penalização ao ofensor, servindo ainda como medida coibitiva, de forma a desestimular o responsável pelo dano a incorrer na mesma conduta ilícita, sem que provoque, contudo, o enriquecimento injustificado do ofendido.

Considerando que a dispensa discriminatória é presumida, e diante da extensão do dano, bem como que ao autor foi deferida a reintegração aos quadros da ré, é incabível a majoração do valor da indenização pleiteada pelo recorrente. Registro, ademais, que reputo exorbitante o valor arbitrado na sentença, entretanto, a prevalecer o meu entendimento, implicaria reformatio in pejus.

Nego, pois, provimento ao recurso do autor.”

No recurso de revista, a reclamada afirma que “foi pleiteada a exclusão da indenização por dano moral, nesse pedido está contido o pedido de diminuição do valor arbitrado”. Requer “seja conhecido e provido o recurso para fixar-se o dano em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)”. Aponta violação dos arts. 5º, V, e 7º, XXVIII, da Lei Maior, 186, 927 e 944 do Código Civil. Traz arestos ao cotejo.

O recurso não merece conhecimento.

Embora provido o agravo de instrumento, por potencial violação do art. 944 do Código Civil, propiciar melhor exame da matéria, análise mais acurada reforça o convencimento de inocorrência de violação do preceito indicado.

Com efeito, o apelo da reclamada, sob o enfoque pretendido, encontra obstáculo na ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 297, II, do TST, já que a Corte de origem não analisou o pleito recursal da ré, de redução da indenização por dano moral, tendo apreciado apenas o pedido do autor, no julgamento do recurso ordinário obreiro, de majoração do valor arbitrado em primeiro grau ao título. Desse modo, incumbia à recorrente a oposição de embargos de declaração ao julgado regional, com o fito de obter pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão, encargo processual do qual não se desincumbiu. Eis o teor do verbete:

“PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

(...)

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.”

Inviável, pois, o exame das apontadas violações, bem como do dissenso jurisprudencial.

Não conheço do recurso.

2.5. TUTELA ANTECIPADA

Eis os fundamentos do acórdão regional, na matéria:

“4 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Mantenho a tutela antecipada concedida pelo Juízo a quo, por presentes os pressupostos previstos no caput e inciso I do art. 273 do CPC.

Diante da verossimilhança da alegação de que foi discriminatória a sua dispensa pela ré e presente o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, ante a imprescindibilidade do salário para a sua subsistência e para suportar as despesas com o tratamento de sua saúde, impõe-se a manutenção da tutela concedida.

Nego provimento ao recurso neste tópico.”

No recurso de revista, a reclamada alega que “ao menos o requisito da verossimilhança não está presente”. Requer seja excluída “a determinação de reintegração imediata do reclamante”. Aponta violação do art. 273 do CPC e traz um aresto ao cotejo.

O recurso não merece conhecimento.

A antecipação de tutela, concedida, na espécie, com base na verificação dos pressupostos estabelecidos no art. 273 do CPC, encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, consagrada na OJ 142/SDI-II:

“142. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA (DJ 04.05.2004)

Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada

a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.”

Depreende-se do verbete que o julgador detém a faculdade de, antecipando a tutela jurisdicional, determinar a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, tal qual ocorrido no presente feito. Incólume, pois, o dispositivo indicado.

O aresto colacionado, a seu turno, desserve ao fim colimado, já que oriundo do STJ, Tribunal não elencado no art. 896, “a”, da CLT.

Não conheço do recurso.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, provido o agravo de instrumento, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 26 de maio de 2010.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA
MINISTRA RELATORA

**RR 45800-33.2002.5.02.0056, 3ªT - Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan
Pereira DEJT 05.06.2009/J-13.05.2009 - Decisão unânime**

A C Ó R D ã O

(Ac. 3ª Turma)

GMALB/ds/AB/ps

RECURSO DE REVISTA. 1. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do HIV, ciente a reclamada da doença, presume-se a ocorrência de discriminação. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. 2. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. Traduz-se o requisito do prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso de revista, pela emissão de tese expressa, por parte do órgão julgador, em torno dos temas destacados pelo interessado, em suas razões de insurreição. Não estará atendida a condição se silenciar o julgado. Incidência da Súmula 297/TST. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-458/2002-056-02-00.2, em que é Recorrente DU PONT DO BRASIL S.A. e Recorrido OSMAR APARECIDO TORRES.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pelo acórdão de fls. 296/305, complementado a fls. 324/327, deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pelo Reclamante.

Inconformada, a Ré interpôs recurso de revista, com base no art. 896, “a” e “c”, da CLT (fls. 337/358).

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 361/365.

Contrarrazões a fls. 373/379.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 83).

É o relatório.

V O T O

Tempestivo o apelo (fls. 328 e 337), regular a representação (fl. 85/86), pagas as custas (fl. 360) e recolhido o depósito recursal (fl. 359), estão presentes os pressupostos genéricos de

admissibilidade.

1 - EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO.

1.1 - CONHECIMENTO.

O Tribunal Regional deu parcial provimento ao apelo ordinário obreiro, para determinar a reintegração do Reclamante ao emprego e a condenação ao pagamento dos salários vencidos a partir da dispensa, com os reflexos devidos, por entender arbitrária a dispensa do portador do vírus HIV.

Assim está posto o acórdão recorrido (fls. 298/300):

“Trata-se, no caso, de trabalhador admitido em 03.10.92 que, diagnosticado com o vírus da AIDS nos idos de 1994, foi abruptamente dispensado sem justa causa em 29.01.01.

Neste contexto, não se aquilata, em princípio, relevância na apuração dos motivos objetivos para a resilição operada, ao se deparar com os danos irreversíveis que advirão do fato do reclamante se encontrar economicamente impossibilitado de manter sob controle a deficiência que porta.

Ora, inconcebível que o direito potestativo do empregador em resilir o contrato de trabalho, impediendo a concessão dos benefícios previstos na Lei nº 7.670/88, possa ferir o direito fundamental à dignidade da pessoa humana insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

Sob esta perspectiva, se não há, em razão do empregado acometido de tal infortúnio, traço de discriminação, corolário é a maior tolerância do empregador, exatamente por conta da condição física do outro, especialmente se não lhe compromete a aptidão laborativa. Portanto, aflora a presunção lógica de absoluta falta de humanidade, acaso não suscitada motivação de ordem disciplinar, econômica ou financeira para a consumação do ato rescisório.

Ademais, a situação posta - indiscutivelmente delicada - faz erigir o conceito absoluto da natureza alimentar, eminentemente protecionista, do processo no âmbito da Justiça do Trabalho.

E é esse o objetivo que a majoritária jurisprudência vem buscando assegurar na concessão da reintegração nos moldes vindicados nestes autos, a evitar a consolidação de prejuízo irreparável ao hipossuficiente.

Nesse diapasão, mister se considerar que a ordem perseguida é de reintegração - envolve as duas partes - uma trabalhará; a outra ofertará contraprestação pelos serviços. A notoriedade do

caráter cíclico da deficiência - comportando melhora da higidez sob rigoroso controle medicamentoso - não impede firmar referida convicção, daí porque imprescindível à estruturação tida por essencial para a sobrevivência do recorrente.

Desta forma, com espeque no disposto no inciso XLI do artigo 5º e no artigo 193, ambos da Carta Magna, reforma-se a r. sentença de primeiro grau, para determinar a reintegração do autor ao emprego e a condenação da ré no pagamento do que restar apurado em regular execução, com juros simples de 1% ao mês a contar da data da propositura da ação e correção monetária tendo como época própria o mês subsequente ao trabalhado na forma da Orientação Jurisprudencial nº 124 da SDI-1 do Colendo TST, por salários, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS (8%), desde a dispensa até a efetiva reinserção, quando deverão ser procedidas as devidas retificações em CTPS, sob pena de realizá-las a Secretaria da d. Vara.”

Recorre de revista a Ré, indicando ofensa aos arts. 1º, “caput” e III, 2º, 5º, “caput”, II e XLI, 7º, I, 196, 200, I, da Constituição Federal e 10 do ADCT da Carta Magna. Alega que o art. 5º, XLI, da CF é norma constitucional de eficácia limitada, não existindo lei que regule a matéria. Aduz a inexistência de dispensa arbitrária, ressaltando a impossibilidade de presunção em tal sentido. Salienta, também, o longo prazo entre a ciência da doença e a dispensa, além da manutenção do plano de saúde, mesmo após o término da relação de emprego. Colaciona julgados para o confronto de teses.

O aresto de fls. 342/343, o segundo paradigma a fl. 343 e o primeiro julgado a fl. 351 divergem da decisão recorrida, porque sufragam tese no sentido de que a mera presunção não é suficiente para que se determine a reintegração do empregado, portador do HIV, que teve seu contrato de trabalho findo após a ciência da doença pelo empregador, sendo necessária a demonstração inequívoca do ato discriminatório.

Conheço do recurso, por divergência jurisprudencial.

1.2 - MÉRITO.

Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do vírus HIV, presume-se a ocorrência de discriminação.

Desta forma, ciente da situação do Empregado à época da dispensa, como evidenciado no acórdão, poderia a Reclamada, em atenção ao princípio constitucional relativo à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), mantê-lo no emprego, a fim de proporcionar condições para o seu sustento.

Reforçando tal princípio, convém registrar que, por meio da Medida Provisória nº 2.164-41

de 2001, foi incluída, dentre as situações em que poderá ser movimentada a conta vinculada do FGTS, a hipótese de o trabalhador ou qualquer de seus dependentes ser portador do HIV.

Ressalte-se, ainda, que, não obstante os esclarecimentos acerca da doença, os portadores do HIV continuam sofrendo com o preconceito e a discriminação da sociedade.

Registre-se, também, que não restou evidenciado que o Reclamante, à época da dispensa, não estava apto a exercer as atividades laborais.

Diante destas considerações, a dispensa imotivada, no presente caso, conduz à presunção de ocorrência de discriminação, razão pela qual, apesar de inexistir previsão legal para estabilidade do empregado portador do HIV, pode ser deferida a reintegração.

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido.” (TST-E-ED-RR 76089/2003-900-02-00; Ac. SBDI-1; Rel. Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa; DJ 30.11.2007)

(...)REINTEGRAÇÃO. DUPLO FUNDAMENTO: PORTADOR DE VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO/QUESTÃO PROCESSUAL. 1. A jurisprudência, atenta à realidade social no que diz respeito à ainda enorme carga de preconceito e discriminação que o portador de AIDS/SIDA sofre em todos os setores da sociedade, tem evoluído no entendimento de que em circunstâncias nas quais o trabalhador seja portador do vírus HIV, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. (...)” (TST-RR 91426/2003-900-04-00-7; Ac. 3ª Turma; Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula; DJ 6.9.2007)

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. Na linha do entendimento consubstanciado nos precedentes desta Corte, tendo a reclamada ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e dispõe de condições de trabalho,

o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir a ocorrência de ato discriminatório e arbitrário. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR 14/2004-037-02-00; Ac. 1ª Turma; Rel. Ministra Dora Maria da Costa; DJ 7.12.2007)

Ilesos os dispositivos constitucionais evocados.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

2 - LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO.

2.1 - CONHECIMENTO.

A Reclamada, caso mantida a condenação imposta pela Corte Regional, postula a sua limitação na forma dos itens expostos a fls. 353/358, indicando ofensa aos arts. 4º da Lei nº 9.029/1995 e 394 do Código Civil (955 do CC/1916). Colaciona arestos.

O Regional não analisou o tema à luz dos dispositivos tidos por vulnerados. À falta de prequestionamento, a revista esbarra no óbice da Súmula 297 desta Corte, eis que a decisão regional, para ver-se submetida à jurisdição do TST, deverá trazer manifestação clara, em torno da tese que o litigante sustenta.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, exclusivamente quanto à reintegração, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 13 de maio de 2009.

ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA
MINISTRO RELATOR

RR 104600-17.2002.5.02.0036, 3ªT - Min. Carlos Alberto Reis de Paula

DEJT 03.10.2008/J-20.08.2008 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

(Ac. 3ª Turma)

GMCA/wt/fd

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PORTADOR DE HIV. A ciência do empregador da condição do reclamante de portador do vírus HIV, gera a presunção relativa de despedida sem justa causa discriminatória. Inexistindo prova em contrário, faz jus o reclamante à sua reintegração. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ENQUADRAMENTO. O Regional entendeu que o simples fato de o reclamante ter a responsabilidade de fazer seu serviço independentemente de qualquer horário, e que, ao término do serviço, apenas comunicava ao Diretor que estava indo embora, configurou efetivo exercício de cargo de confiança, nos termos do art. 62, II. O art. 62, II, determina que os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial, estão excluídos do regime previsto no Capítulo II da CLT. É evidente que a eventual liberdade de horário não determina, por si só, o enquadramento do empregado na hipótese do art. 62, II, da CLT, que demanda efetivo exercício de cargo de gestão. Logo, o quadro fático expresso pelo Regional, que registra inclusive a existência de Diretor ao qual o reclamante devia comunicar o término de seu serviço, não possibilita seu enquadramento na hipótese do art. 62, II, da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1046/2002-036-02-00.5, em que é Recorrente AROLDO SIMIÃO DE SOUSA e Recorrida JM & M ATACADO LTDA..

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pelo Acórdão a fls. 314-317, negou provimento ao recurso do reclamante.

O reclamante opôs Embargos de Declaração a fls. 319-323, os quais foram rejeitados pelo Acórdão a fls. 326.

O reclamante interpõe Recurso de Revista a fls. 328-355, com fulcro no art. 896 da CLT.

Despacho de admissibilidade a fls. 362-363, com contra-razões a fls. 366-375.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, II, do RI/TST.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO.

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade, examino os específicos do Recurso de Revista.

1.1 REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PORTADOR DE HIV.

O reclamante alega que a conduta da reclamada, em despedir o empregado após um acordo judicial em que as partes transacionaram a reintegração do reclamante por ter contraído o vírus do HIV, viola os arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e 832 da CLT, porque o acordo vedava nova dispensa.

Entende também que o Regional, ao confirmar que há discriminação contra os portadores de HIV, mas ainda assim não determinar a reintegração do empregado, diverge de aresto colacionado em sentido contrário, oriundo da SBDI-I. Tal aresto encampa a tese de que caracteriza atitude discriminatória ato de empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus do HIV, sem a ocorrência de justa causa, e já ciente, à época, do estado de saúde do empregado.

Afirma que a reclamada tinha conhecimento da doença do reclamante, mas ainda assim o demitiu sob a alegação de motivo de ordem técnica, mesmo sendo o reclamante o único dispensado em seu setor. Logo, decidiu em sentido diametralmente oposto ao do aresto colacionado.

O Regional, a fls. 314-316, decidiu que:

“O reclamante insurge-se contra a r. sentença, alegando que restou demonstrado que a dispensa

ocorreu por motivo discriminatório, posto que ele é portador do vírus HIV, e também que havia acordo entre as partes para que o autor fosse mantido no emprego. Pretende a declaração da nulidade da rescisão e sua reintegração.

Primeiramente, há que se observar que o acordo firmado no Processo 172/1995 perante a 73a JCI/ São Paulo, não garantiu o emprego ao autor, mas tão-somente determinou sua reintegração (fls. 119). O reclamante foi admitido pela reclamada em 07.06.1993, para o exercício das funções de comprador. Em 13.05.1994 foi injustamente dispensado. Todavia, considerando que o autor, naquela época, já havia contraído o vírus da AIDS, foi celebrado o acordo perante esta Justiça Especializada, que determinou a reintegração do reclamante, comprometendo-se o empregado a dar entrada no requerimento de benefício previdenciário, em virtude de sua moléstia. Tendo retornado ao seu serviço, agora na função de supervisor comercial, o reclamante foi novamente dispensado em 17.05.2002. Contudo, o acordo não proibia esta nova dispensa, por isso, por esta argumentação a rescisão contratual é válida.

Além disso, o autor afirma que a sua dispensa foi discriminatória, pois, em seu setor, ele foi o único demitido, ao passo que os outros empregados foram transferidos para outros setores.

No entanto, em depoimento pessoal (fls. 176), o próprio reclamante reconhece que:

“... não ocorreu nada que levasse o depte. a se sentir discriminado diretamente; que percebeu algum diferença no trato com os colegas de trabalho de afastamento e não de maus tratos; que tem conhecimento que o cargo que ocupava na recda. foi extinto tanto que o Diretor, Sr. Jorge Washington o convidou para assumir outro cargo o que o fez por pouco tempo, por cerca de 3 meses mais ou menos; que no setor do depte. apenas ele foi dispensado mas tem conhecimento de que outras pessoas de outros setores foram dispensadas porque as vendas estavam caindo muito; que sempre houve boato de que a empresa estava sendo vendida ou estava para ser fechada; ...”

Ora, só o depoimento do reclamante já demonstra a ausência de discriminação - o autor foi dispensado assim como tantos outros empregados da ré. Isto também vem comprovado pelas cópias das rescisões contratuais que ocorreram no mesmo semestre em que o contrato do reclamante foi rescindido, e que foram juntadas no envelope em apartado. Foram 58 os outros empregados dispensados.

E as testemunhas ouvidas, inclusive as do reclamante, comprovam que não houve qualquer discriminação em relação à ele. A segunda testemunha do autor chega a assegurar que:

“o recte. foi dispensado porque a recda. está em processo de retenção de custos; que o recte. foi um entre muitos que foram demitidos; ...”.

Assim, o fato de existirem 3 funcionários no setor do reclamante, e apenas o reclamante ter sido dispensado, não pode ser considerado discriminatório por ele ser portador do vírus HIV. Muito pelo contrário. Considerando que a reclamada contava com muitos outros setores e outros empregados, a dispensa do reclamante em meio a outros funcionários apenas demonstra que ele foi tratado como tantos outros.

Por conseguinte, concluo pela inexistência de discriminação, não havendo que se falar em reintegração.

Desprovejo o recurso.”

O Regional afirma categoricamente que o Acordo Judicial anteriormente estabelecido entre as partes não vedava, em seus termos, posterior dispensa do empregado, mas tão somente determinava a reintegração do reclamante e firmava o compromisso da reclamante em dar entrada no requerimento do benefício previdenciário, em virtude de sua moléstia. O processamento da Revista, quanto a este aspecto, é obstado pela Súmula n.º126 do TST, pois a análise de possível ofensa aos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e 832 da CLT, demandaria o revolvimento de fatos e provas.

Conforme já esposado, o aresto colacionado a fls. 336-352, adota a tese de que caracteriza atitude discriminatória ato de empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus do HIV sem a ocorrência de justa causa, e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. Tal postura configura afronta aos arts. 1º, III, 3º, IV, da Constituição Federal, e garante ao empregado o direito à reintegração no emprego.

Nos termos da Súmula n.º296, I, do TST, o aresto em questão partilha das mesmas premissas fáticas consignadas no Acórdão regional, quais sejam: ciência, pelo empregador, da condição do reclamante de portador do vírus HIV; dispensa sem justa causa do empregado, supostamente determinada por motivação de ordem técnica, seja operacional, seja econômico financeira. Sua conclusão, entretanto, é diversa: presume-se discriminatória a despedida sem justa causa do empregado soropositivo.

Nessa linha de raciocínio, o depoimento pessoal do reclamante, no qual afirmou que nunca se sentiu discriminado ou foi maltratado, o fato da condição de saúde do reclamante nunca ter sido divulgada pela empresa, a extinção do cargo que ocupava, e a dispensa concomitante à demissão de

outros cinqüenta e oito empregados, decorrente da péssima condição financeira da reclamada, são todas circunstâncias tecnicamente adjetivas, que não afetam o âmago da questão posta no aresto divergente.

Pelo exposto, conheço do recurso por divergência jurisprudencial.

1.2 HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ENQUADRAMENTO.

O reclamante afirma que as razões que levaram o Regional a fixar que o reclamante não tem direito a horas extras não são suficientes para caracterizar cargo de confiança. Não possuía padrão salarial elevado, suas funções foram de comprador, gerente de produtos e coordenador, submetido a superior hierárquico. Aponta violação ao art. 62, II, da CLT, e transcreve aresto visando estabelecer dissenso interpretativo.

O Regional, a fls. 316, determinou que:

“Sustenta o autor que restou comprovado o trabalho extraordinário.

À inicial, o demandante alega que cumpria jornada de trabalho das 8h00 às 21h00, de 2a a sábado, com apenas 20 minutos de intervalo para refeição e descanso.

A ré contesta aduzindo que o trabalho era eminentemente externo, e que a função do autor era de confiança, e, por conseguinte, nos termos do art. 62 da CLT não faz jus a horas extras.

No entanto, é do próprio depoimento pessoal que se deflui a ausência do direito a horas extras. O reclamante, que ocupou os cargos de comprador, gerente de produtos e coordenador de terceirização, assegura que:

“... ele tinha a responsabilidade de fazer seu serviço independentemente de qualquer horário ...” (fls. 176).

Além disso, ele afirma que ia direto de sua casa para o Ceasa e quando terminava o serviço apenas comunicava seu Diretor que estava indo embora.

Portanto, restou demonstrado o exercício de cargo de confiança, e, por isso, são indevidas as horas extras pretendidas.

Mantenho.”

A princípio, não houve enquadramento na hipótese do art. 62, II, que se refere aos exercentes de cargo de gestão, mas na previsão do art. 62, I, que trata dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Todavia, o Regional não fundamenta sua condenação no art. 62, I, mas no art. 62, II, por entender que o reclamante exercia cargo de confiança. Impossível considerar que houve tão somente erro, porque o art. 61, I, exige que a condição do empregado deve ser anotada em sua CTPS e no registro de empregados, fato sobre o qual não há referência na decisão regional.

Ou seja, o Regional entendeu que o simples fato de o reclamante ter a responsabilidade de fazer seu serviço independentemente de qualquer horário, e que, ao término do serviço, apenas comunicava ao Diretor que estava indo embora, configurou efetivo exercício de cargo de confiança, nos termos do art. 62, II.

O art. 62, II, determina que os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial, estão excluídos do regime previsto no Capítulo II da CLT. É evidente que a eventual liberdade de horário não determina, por si só, o enquadramento do empregado na hipótese do art. 62, II, da CLT, que demanda efetivo exercício de cargo de gestão.

Ademais, o depoimento do reclamante de que “tinha responsabilidade de fazer seu serviço independentemente de qualquer horário” pode tanto ser interpretada no sentido dado pelo Regional como no sentido de que o labor precisava ser cumprido independentemente de horário previamente traçado para a jornada. Logo, tal assertiva nem mesmo permite concluir, com segurança, pela inexistência de controle de horário.

Logo, o quadro fático expresso pelo Regional, que registra inclusive a existência de Diretor ao qual o reclamante devia comunicar o término de seu serviço, não possibilita seu enquadramento na hipótese do art. 62, II, da Constituição Federal.

Pelo exposto, conheço do recurso por violação ao art. 62, II, da CLT.

2. MÉRITO.

2.1 REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PORTADOR DE HIV.

A discussão em análise se reporta à licitude da dispensa sem justa causa de empregado portador de HIV, quando o empregador tem plena ciência da sua condição de saúde.

A despedida sem justa causa, prerrogativa do empregador, é aquela que não possui causa juridicamente relevante para a extinção do contrato de trabalho. Toda despedida, entretanto, possui uma causa, que, em determinadas circunstâncias, pode adquirir contornos jurídicos relevantes.

Nesse sentido, a despedida discriminatória possui uma relevância jurídica própria, na medida em que a discriminação, mormente aquela baseada em questões de cor, raça, sexo ou religião, é veementemente obstada pela nossa ordem constitucional. A despedida discriminatória constitui, portanto, ato determinado por motivo torpe, que vicia a demissão e enseja sua nulidade.

O art. 3º, IV, da Constituição Federal, condena os preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O art. 1º da Lei n.º 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção. Inobstante o referido artigo enumerar determinadas formas de prática discriminatória, tal rol não pode ser considerado fechado, principalmente tendo em vista o comando constitucional em análise. Logo, é sempre possível divisar novas formas de discriminação não previstas no comando legal.

A discriminação ao portador do vírus HIV, portanto, configura-se como mais uma das várias formas de discriminação social que limitam o exercício potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho. Tal entendimento encontra respaldo nos arts. 1º, III e IV, 170, III, da Constituição Federal, que consolidaram os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social da propriedade, que são incompatíveis com a demissão discriminatória.

Ademais, a Convenção n.º 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, promulgada pelo Decreto n.º 62.150/68, obriga o Estado brasileiro a promover medidas adequadas à promoção da igualdade de oportunidade em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar todas as modalidades de tratamento discriminatório nas relações de trabalho. Em igual sentido a Convenção n.º 177 da OIT, que se reporta aos objetivos e normas básicas de política social, ratificada pelo Decreto n.º 66.496/70, estabelece, em seu art. 14, que os Estados signatários devem construir sua política social visando a supressão de todas as formas de discriminação, especialmente em matéria de legislação e contratos de trabalho, bem como em relação à admissão em empregos públicos ou provados, e condições de contratação e trabalho. No mesmo sentido a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no trabalho, de 1998, define o princípio da isonomia nas relações de emprego como um dos temas essenciais para a materialização dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

A jurisprudência desta Corte a respeito da possibilidade de reintegração do empregado portador de HIV, em face da dispensa discriminatória, evoluiu no sentido de se presumir discriminatória a dispensa imotivada sempre que o empregador tem ciência da condição de saúde do empregado. Nesse sentido os seguintes precedentes:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (TST-E-RR-439041/1998.5, SBDI-I, Min. João Oreste Dalazen, DJ - 23.05.2003).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. I- Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório o exercício do direito potestativo de dispensa. Ademais, ainda que inexista norma legal específica que determine a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. II - Agravo a que se nega provimento. (TST-AIRR-206/2001-261-02-40.9. 4ª Turma, Min. Barros Levenhagen, DJ - 11.05.2007)

RECURSO DE REVISTA REINTEGRAÇÃO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatória a dispensa. Ainda que inexista norma legal específica determinando a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. Precedentes desta Corte. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-906/2004-006-04-00.2, 3ª Turma, Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ - 10.11.2006).

Na presente hipótese, está plenamente consignada pelo Regional a ciência do empregador sobre o estado de saúde do reclamante. A presunção de dolo discriminatório encontra respaldo no art. 335 do CPC, que autoriza a presunção derivada da experiência sobre os fatos que ordinariamente ocorrem na sociedade. Em caso, a despedida imotivada, combinada com a ciência do reclamado da condição de portador de HIV do reclamante, permite presumir que a despedida está eivada do

sentimento discriminatório.

O fato da dispensa ter se dado em meio à de cinquenta e oito outros empregados, de diferentes setores, não é suficiente para afastar o dolo presumido, especialmente porque não se evidencia nenhuma motivação objetiva a justificar a dispensa do reclamante em benefício dos outros dois empregados de seu setor, que foram mantidos no emprego.

A existência de uma presunção relativa, como em caso, inverte o encargo probatório, sendo certo que torna-se ônus do empregador demonstrar que a dispensa se deu por motivo diverso da condição de saúde do empregado. Em caso, não logrou o reclamado demonstrar a existência desse motivo diverso, sendo que o quadro fático delineado pelo Regional não elide a presunção caracterizada.

Logo, a ciência do empregador da condição do reclamante de portador do vírus HIV, gera a presunção relativa de despedida sem justa causa discriminatória. Inexistindo prova em contrário, faz jus o reclamante à sua reintegração.

Destaco que no presente Recurso não é devolvido o tem da indenização por dano moral.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, declarando a nulidade da dispensa, determinar a reintegração do reclamante ao emprego, na função exercida, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos, e demais vantagens decorrentes do contrato, nos termos do pedido, até a efetiva reintegração.

2.2 HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ENQUADRAMENTO.

O Regional registra que o reclamante declinou jornada de 8h00 às 21h00, de segunda a sábado, com apenas vinte minutos de intervalo. Registrou que a reclamada limitou-se a contestar alegando que o reclamante exercia trabalho externo e cargo de confiança. Logo, a jornada declinada tornou-se incontroversa, já que não contestada especificamente pela reclamada.

Registre-se que, nos da OJ-SBDI-I n.º307 e da OJ-SBDI-I n.º354, a concessão de intervalo intrajornada de apenas vinte minutos implica o pagamento total da hora de intervalo, acrescida do adicional de cinquenta por cento, que, igualmente, implica no reflexo sobre outras verbas, por se tratar de parcela de natureza salarial.

Pelo exposto, dou provimento para deferir, no período imprescrito, cinco horas extras diárias,

acrescidas do adicional de cinquenta por cento, de segunda a sábado, com reflexos sobre DSRs e feriados, 13º salários e FGTS acrescido de 40%.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema “horas extras/cargo de confiança/enquadramento”, por violação ao art. 62, II, da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para deferir, a partir do período imprescrito, cinco horas extras diárias, acrescidas do adicional de cinquenta por cento, de segunda a sábado, com reflexos sobre DSRs e feriados, 13º salários e FGTS acrescido de 40%. Após o Sr. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, relator, reformular seu voto quanto ao tema “Empregado portador do HIV. Despedida discriminatória. Presunção relativa. Reintegração”, conhecer do recurso de revista por divergência e, no mérito, dar-lhe provimento para, declarando a nulidade da dispensa, determinar a reintegração do Reclamante ao emprego, na função exercida, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos, e demais vantagens decorrentes do contrato, nos termos do pedido, até a efetiva reintegração.

Brasília, 20 de agosto de 2008.

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA
MINISTRO RELATOR

RR 9951200-06.2006.5.09.0025, 4ªT - Min. Maria de Assis Calsing

DEJT 19.03.2010/J-10.03.2010 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

(Ac. 4.ª Turma)

GMMAC/r3/cmf/mri

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, entende que há uma presunção da dispensa discriminatória do trabalhador, sendo ônus da Reclamada demonstrar que o ato teve outra causa como fundamento. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PELO SINDICATO PROFISSIONAL. SÚMULAS 219 E 329 DO TST. A questão do deferimento dos honorários assistenciais no âmbito da Justiça do Trabalho está pacificada por este Tribunal por meio da Súmula n.º 219, cuja orientação foi mantida mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como confirma o verbete sumular n.º 329, também desta Corte. Assim sendo, a prevalecer a diretriz emanada da Súmula n.º 219 do TST, o preenchimento dos requisitos da Lei n.º 5.584/1970 é necessário para o deferimento dos honorários advocatícios. Dessa feita, não se encontrando o Reclamante assistido por seu sindicato profissional, indevida a condenação em honorários advocatícios. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º TST-RR-9951200-06.2006.5.09.0025, em que é Recorrente AGRO INDUSTRIAL PARATI LTDA. e Recorrido FRANCISCO RODRIGUES ORNELA.

RELATÓRIO

O Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região, por meio do acórdão a fls. 206/214, deu provimento parcial ao Recurso Ordinário do Reclamante para reconhecer que o contrato de trabalho foi rompido em 23 de janeiro de 2006; b) reconhecer a dispensa discriminatória e determinar a reintegração do autor; e c) deferir ao autor honorários de advogado, no importe de 15% sobre o valor líquido da condenação.

Inconformada, recorre de revista a Reclamada, pelas razões a fls. 233/248, com fundamento

no art. 896 consolidado.

Despacho de admissibilidade acostado a fls. 255/256.

Não houve apresentação de contrarrazões ao Recurso de Revista.

Desnecessária a remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos legais conheço do Apelo.

1 - conhecimento

CONFISSÃO

O Regional reformou a sentença de origem para reconhecer que o vínculo de emprego entre o Autor e a Ré permaneceu até 23 de janeiro de 2006. Eis trechos da decisão (a fls. 191/192):

“A insurgência do autor dirige-se unicamente à data fixada para o término do contrato, pois, a seu ver, a conjugação dos depoimentos permite concluir que a rescisão ocorreu em 23 de janeiro de 2006, conforme trechos que reproduz. Alega que sua testemunha declarou ter trabalhado na obra de ampliação em novembro e dezembro de 2005 e que, após esse período, passou a trabalhar em outra obra, no início de 2006. Destaca, então, o trecho em que a primeira testemunha da ré afirma que executou duas obras que, ao todo, Demandaram cerca de nove meses, dos quais o autor trabalhou cerca de oito.

Entendo que, a despeito da afirmação feita pelo autor, em depoimento, de que parou de trabalhar por volta do final de 2005, há de se considerar que ele disse não recordar com precisão as datas de início e término da prestação de serviços, mas que trabalhou cerca de nove meses na obra. Ainda, executado duas obras para a ré: uma de ampliação do barracão e outra de construção de banheiros, ambas na filial de Nova Olímpia, cuja execução demandou cerca de nove meses. Afirmou que o autor trabalhou nas obras por oito meses, ou seja, durante toda sua duração, e que a conclusão ocorreu antes do Natal de 2005. reiterou que o autor só parou de trabalhar quando a obra se encerrou e disse tê-lo contratado e demitido, bem como dirigido a prestação de serviços e pago

os salários. Depois de repetir que o autor parou de trabalhar em razão do encerramento da obra, o depoente informou ter sido contratado pela ré com carteira assinada quando, então, ‘parou de pegar obras por conta’, o que teria ocorrido por volta do dia 3 de janeiro de 2006.

A segunda testemunha da ré. que começou a trabalhar como pedreiro empregado da ré em 1.º de fevereiro de 2006. disse que antes disso trabalhou por dois meses e 20 dias sem registro em CTPS, na mesma função e na ampliação do incubatório e uns dias na reforma das instalações da Associação de Funcionários. A testemunha afirmou ter trabalhado um período junto com o autor, na ampliação do incubatório e que o autor não trabalhou na obra de reforma da Associação dos Funcionários. Declarou que antes do Natal de 2005 todos os trabalhadores da obra de ampliação do incubatório, inclusive o depoente e o autor. foram dispensados por Edivam, encarregado da obra que, no começo de janeiro de 2006. recontratou o depoente até que, em 1.º de fevereiro teve sua CTPS anotada pela ré.

Por vislumbrar contradições nas informações prestadas pelas testemunhas Francisco Bento Queiroz Filho e José Cadasqueves acerca da prestação de serviços pelo autor após a notícia do diagnóstico de HIV, o julgador procedeu à acareação dos depoentes.

Francisco Bento Queiroz Filho manteve sua versão de contrataram Edivam a execução da obra, mediante pagamento por metro quadrado construído, e que seria da responsabilidade de Edivam a contratação de trabalhadores e respectivos pagamentos, sem que a empresa tivesse qualquer ingerência quanto a esse aspecto. Disse que a empresa resolveu construir mais um incubatório no município de Nova Olímpia, além daquele que foi objeto da contratação de Edivam. J, por essa razão, decidiu contratá-lo, e alguns pedreiros por ele escolhidos, na condição de empregados, com registro em CTPS. Admitiu que o autor trabalhou do início ao final da ampliação e que foi dispensado em razão do término da obra. Por fim. declarou terem sido feitas três ampliações dos estabelecimentos da ré ao longo de 6 anos de atividade.

A testemunha do autor. que trabalhou na obra em novembro e dezembro de 2005 na função de servente de pedreiro, não soube informar a data do início do serviço, que classificou de demorado e que teria terminado antes do final daquele ano. Disse que após o término dessa obra de ampliação, passou a trabalhar em outra obra da ré. iniciada no começo do ano de 2006 e na qual o autor não trabalhou. Segundo a testemunha, o autor parou de trabalhar antes da conclusão da obra de ampliação do estabelecimento da ré em Nova Olímpia. A testemunha disse ter sido contratada por Edivam. ‘a mando do Sr. Valdomiro’ e que era Edivam quem dava ordens e orientava os serviços prestados pelo depoente e pelo autor. Quanto à saída do autor, afirmou que se deu cerca de uma semana antes do encerramento da obra.

O julgador acolheu a contradita do autor à primeira testemunha da ré. Edivam Miguel dos Santos, em razão de que a possibilidade de eventual retaliação por parte da ré, o depoente possuía interesse na solução da lide. desfavoravelmente ao autor. Ouvido como informante, o depoente disse ter sido quem contratou o autor em setembro de 2005. para trabalhar numa obra de ampliação nas dependências da empresa, que tinha término previsto para 30 de dezembro de 2005. Assim, entendia que o autor deveria buscar o reconhecimento de vínculo em face de quem o contratou e que era seu real empregador. Anexou o contrato de prestação de serviços (a fls. 73-75), os recibos de pagamento de fls. 76- 79. firmados por Edivam Miguel dos Santos, recibos firmados pelo autor e cartões de ponto (a fls. 102).

Ao se manifestar sobre a defesa, o autor alegou que Edivam Miguel dos Santos nada mais era do que seu superior hierárquico e reiterou o pedido inicial (a fls. 121-122).

Foram ouvidas as partes, uma testemunha pelo autor e duas pela ré (a fls. 124-128).

O autor declarou ter trabalhado cerca de nove meses na obra e, em seguida, disse que parou de trabalhar por volta do final de 2005 e que não se recordava com exatidão as datas de início e término da prestação de serviços. Disse lembrar que quando parou de trabalhar a obra ainda não havia terminado e que, embora não pudesse informar quando a obra foi encerrada, sabia que, após seu término os pedreiros continuaram trabalhando.

O preposto disse que Edivam Miguel dos Santos é empregado da ré desde janeiro de 2006. na função de pedreiro encarregado do setor de construção e que, na época da obra de ampliação da filial de Nova Olímpia, a empresa mantinha com ele um contrato de prestação de serviços. Informou que antes de janeiro de 2006 a empresa não possuía setor de construção e que se recordava de que a obra de ampliação da unidade de Nova Olímpia foi executada entre setembro e dezembro de 2005 e foi concluída antes do Natal daquele ano. Declarou que a ré declarou ter parado de trabalhar quando a obra ainda não havia terminado, o que, conjugado ao que disse Edivam - que a obra se estendeu por nove meses e o autor trabalhou durante oito deles - corrobora a versão inicial, de encerramento do contrato de trabalho em 23 de janeiro de 2006.

Reformo para reconhecer que o contrato de trabalho foi rompido em 23 de janeiro de 2006.”

Nas razões do Recurso de Revista, a Reclamada sustenta que a decisão afronta o disposto no art. 350 da CLT, já que o Reclamante confessou a data do término de seu contrato de trabalho. Diz que a fixação exata da data de rompimento do contrato de trabalho se faz necessária, pois o Reclamante somente tomou conhecimento de que era portador do vírus HIV em 20 de janeiro de

2006 e, segundo a Reclamada, o contrato de trabalho havia sido extinto em 22/12/2005.

À análise.

Não há de se falar em violação do art. 350 do CPC, já que o Regional foi categórico em afirmar que o Reclamante não se recordava com exatidão das datas de início e término da prestação de serviços. Ademais, alinhado ao depoimento testemunhal apresentado o Regional conseguiu concluir que, de fato, o encerramento do contrato de trabalho se deu em 23 de janeiro de 2006 como afirmado na inicial.

Não conheço.

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA

O Regional deu provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante a fim de determinar sua reintegração no emprego, já que houve a presunção de que sua dispensa foi discriminatória, não tendo a Reclamada apresentado provas para ilidir tal argumento. Eis os fundamentos do acórdão (a fls. 192/199):

“A exemplo do que se deu em relação à data em que deixou de trabalhar para a ré, parece-me que o autor incorreu em equívoco ou confusão quanto à data em que teve conhecimento da doença. É que o documento de fl. 17, que a ré diz ler sido datado em 20 de janeiro de 2006, atesta que em 8 de dezembro de 2005 o autor portava as doenças ali discriminadas, o que, com o devido respeito, permite concluir que o trabalhador tinha conhecimento do fato até mesmo antes da emissão da declaração médica. Ainda que assim não fosse, pondero que a alteração empreendida quanto à data de encerramento do contrato (que se reconheceu ter sido 23 de janeiro de 2006), altera, por completo, o cenário em que foi proferida a sentença e, por si só, permitira alterar a conclusão a que chegou o julgador, ao menos no que respeita ao conhecimento dos fatos, por parte da ré.

Vislumbro, nos depoimentos prestados ao juízo, fortes indícios de que a dispensa tenha ocorrido justamente em virtude da doença, que ainda se reveste de forte estigma, e não em decorrência da mera conclusão das obras de ampliação inicialmente contratadas com Edivam Miguel dos Santos, a começar porque restou demonstrado que vários trabalhadores - senão todos - foram mantidos a serviço da ré, quando não contratados, agora como empregados.

O mais importante, porém é que houve confissão da empresa no que respeita ao conhecimento da doença, antes do término do contrato, bem como em relação à contratação dos trabalhadores

admitidos junto com o autor (...)

O tratamento especial aos doentes portadores do vírus HIV tem assumido, com o passar do tempo, feição humanitária, calcada no respeito à vida e na necessidade de proporcionar existência digna ao cidadão acometido da doença que, infelizmente, não dispõe de cura conhecida. (...)

Há que se observar, ainda, que o autor pede o retorno ao emprego, o que, provavelmente, decorre de seu estado assintomático e da disposição de trabalhar para auferir a renda necessária a seu sustento e da família, assim como ao custeio do tratamento médico de que, sem dúvida, necessita. Não é razoável negar esse direito quando o ordenamento jurídico assegura até mesmo o benefício de renda mensal aos portadores do HIV, quando não tenham condições de trabalhar e prover sua subsistência, assim como o acesso à assistência médica e a medicamentos (...)

Seria, portanto, contrário ao princípio da dignidade humana negar ao autor o direito ao trabalho, quando o sistema constitucional assegura até mesmo a renda, independente do trabalho (A Lei n.º 8742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências, estabelece, no art. 20: O benefício de prestação continuada e a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família).

Assevere-se que a empresa privada não se encontra em campo neutro, quando se trata de promover meios de sobrevivência digna ao trabalhador, de forma que possa simplesmente relegar ao Poder Público o dever de prestar assistência social. Afinal, a assistência social é fruto da evolução da tradicional assistência pública, como pronuncia José M. Almansa Pastor (PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*. 7. ed. Madrid: Tecnos. 1991. p. 39-40). Nesse sentido, observe-se que a assistência social, espécie do gênero seguridade social, é definida como 'um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como a amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades provindas' (MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 6. ed. São Paulo: Alínea, 1997, p.343, em referência à definição de Wladimir Novaes Martinez).

Outro importante aspecto a considerar é que, quando assegura a liberdade de iniciativa, a ordem constitucional mantém firme o vínculo empresarial com outros objetivos - tão ou mais relevantes - gravados na própria Carta, como o respeito à dignidade humana, ao valor social do

trabalho e a função social da propriedade - orientada que deve ser, também, à consecução do bem comum. Assim, não há de se vislumbrar na liberdade de iniciativa um aval para dispensar trabalhador que necessita de amparo, em virtude de doença que, muito provavelmente, lhe ceifará a vida. Trata-se, afinal, de dar cumprimento aos compromissos sociais assumidos na Carta, sem permitir que a interpretação da norma programática capacidade, O estado de família)" (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro).

Nas razões do Recurso de Revista, a Reclamada sustenta que a decisão recorrida diverge do entendimento de outros Tribunais quanto à discriminação presumida.

À análise.

Inviável o apelo por divergência jurisprudencial.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vem entendendo que a dispensa de empregado portador do vírus HIV é presumida. Deste modo, é ônus do empregador demonstrar que a dispensa do empregado não foi discriminatória.

A propósito, vejam-se os seguintes arestos, in verbis:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido.” (TST-E-ED-RR 76089/2003-900-02-00; Ac. SBDI-1; Rel. Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa; DJ 30/11/2007).

“[...]REINTEGRAÇÃO. DUPLO FUNDAMENTO: PORTADOR DE VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO/QUESTÃO PROCESSUAL. 1. A jurisprudência, atenta à realidade social no que diz respeito à ainda enorme carga de preconceito e discriminação que o portador de AIDS/SIDA sofre em todos os setores da sociedade, tem evoluído no entendimento de que em circunstâncias nas quais o

trabalhador seja portador do vírus HIV, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade.” [...] - (TST-RR 91426/2003-900-04-00-7; Ac. 3.ª Turma; Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula; DJ 6/9/2007.)

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. Na linha do entendimento consubstanciado nos precedentes desta Corte, tendo a Reclamada ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e dispõe de condições de trabalho, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir a ocorrência de ato discriminatório e arbitrário. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR 14/2004-037-02-00; Ac. 1.ª Turma; Rel. Ministra Dora Maria da Costa; DJ 7/12/2007.)

Não conheço, pois, do Recurso de Revista.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Regional deu provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante para deferir o pagamento de honorários advocatícios, nestes termos (a fls. 199/200):

“A concessão de honorários de advogado, na Justiça do Trabalho, não decorre de aplicação do princípio da sucumbência, nos moldes do processo civil (art. 20, § 3.º do CPC), tampouco do art. 133 da Constituição da República, pois entende-se que o dispositivo não modificou as normas específicas a respeito da matéria. Ao prever que o advogado é indispensável à administração da Justiça, o artigo 133 ressalva expressamente a aplicabilidade das leis vigentes. Assim, aplica-se o art. 791 da CLT, que assegura às partes o jus postulando e as Leis 1.060/1950, 5.584/1970 e 7.115/1983, que concretizam o comando do artigo 5.º LXXIV, da Constituição Federal (Ari. 5”. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;).

O art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei 10.537/2002, faculta aos juizes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância (sic) conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Prevalece, agora com fundamento no novo comando legal, o entendimento de que os honorários de advogado são devidos desde que o trabalhador declare, na inicial, mesmo que de

forma sucinta, a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e da família. A assistência pelo sindicato da categoria não se erige, nesta posição, como requisito essencial à concessão dos honorários de advogado, pois se entende que se o trabalhador não tem acesso à assistência do sindicato, ou essa assistência não lhe convém, pode se valer de advogado de sua escolha ou indicado pelo juiz.”

Nas razões do Recurso de Revista, sustenta a Recorrente não ser possível o deferimento dos honorários advocatícios, já que o Recorrido não estava assistido pelo sindicato de sua categoria. Aponta violação do art. 14 da Lei n.º 5.584/1970, contrariedade às Súmulas 219 e 329 e traz arestos para confronto de teses.

À análise.

A questão do deferimento dos honorários advocatícios no âmbito da Justiça do Trabalho está pacificada por este Tribunal por meio da Súmula n.º 219 e 329, cuja orientação foi mantida mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como confirma o verbete sumular n.º 329, também desta Corte, in verbis:

“SÚMULA N.º 219. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por Sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

“SÚMULA N.º 329 do TST. Honorários advocatícios. Art. 133 da CF/1988 Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

Assim sendo, a prevalecer a diretriz emanada da Súmula n.º 219 do TST, o preenchimento dos requisitos da Lei n.º 5.584/1970 é necessário para o deferimento dos honorários advocatícios.

Dessa feita, o Reclamante não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria, razão pela qual indevida a condenação em honorários advocatícios, na esteira do entendimento pacificado por esta Corte.

Ante o exposto, conheço do Recurso de Revista, por contrariedade às Súmulas 219 e 329 do TST.

2 - MÉRITO

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conhecido o Recurso de Revista, por contrariedade às Súmulas n.ºs 219 e 329 do TST, o seu provimento é mero corolário, para excluir da condenação os honorários advocatícios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer parcialmente do Recurso de Revista apenas quanto ao tema “honorários advocatícios” e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a verba honorária.

Brasília, 10 de março de 2010.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MARIA DE ASSIS CALSING

MINISTRA RELATORA

RR 5093300-91.2002.5.02.0902 ,4ªT - Min. Antônio José de Barros
Levenhagen DJ 22.04.2005/J-09.03.2005 - Decisão por maioria

A C Ó R D ã O

(4ª Turma)

BL/gc

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. A SDI-1 do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art. 5º da CF/88.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista, nº TST-RR-50933/2002-902-02-00.3, em que é Recorrente COLÉGIO RAINHA DOS PÓSTOLOS e Recorrido ANTÔNIO JOSÉ DE MEDEIROS CORREIA AGUIAR.

Trata-se de recurso de revista do reclamado contra decisão regional que deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para reintegrá-lo ao emprego, sob o fundamento de que sua despedida fora discriminatória.

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 284.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 287/293.

Sem remessa ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 CONHECIMENTO.

1.1 PROFESSOR. PORTADOR DE VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO.

O Regional deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para declarar nula a rescisão contratual e determinar a sua reintegração, sob o fundamento de que houve ato discriminatório pelo recorrente quando demitiu o autor sem justa causa.

Nesse sentido, consignou:

“A reclamada alegou fatos graves, disse ter o autor se desesperado na presença de alunos e funcionários, tê-los desrespeitado, debochado, expulsado da sala de aulas, desacatado sua superiora hierárquica, lançado palavras ofensivas à classe, os alunos e a Escola, pintado os cabelos de cores diferentes e se comportado de modo acintoso. Fez com que o leitor da defesa esboçasse em sua mente um personagem realmente merecedor da dispensa, leitor este que poderia, diante daquelas tantas alegações, bem compreender e cancelar até mesmo a dispensa por justa causa. Ora, segundo a narrativa, o reclamante a partir da ciência da moléstia e pior, a partir de determinado momento em que imaginava segundo a defesa ter direito a estabilidade ditada por convenção coletiva, teve atitude de “...evidente e ostensivo estrelismo” (fls. 182).

Contudo, nada disso a reclamada provou.

Trouxe uma única testemunha que nada soube informar. Era motorista, “fazendo parte da manutenção também”, não se tratou de colega de trabalho que poderia ter informado sobre o comportamento do autor junto aos alunos, aos outros professores ou com seus superiores hierárquicos, que soubesse pelo menos de uma daquelas desastrosas ocorrências que o envolveram, que pudesse dizer sobre a modificação, a partir de determinado momento, de sua atitude frente ao emprego, de sua displicência e incúria ao final do contrato (vide fls. 169), de sua intenção de chocar aqueles que o cercavam, de sua falta de paciência com os alunos. Poderia ter conduzido para depor aqueles que teriam redigido os papéis de fls. 202/207, os quais, sem ratificação, remanescem absolutamente unilaterais e sem qualquer valor probatório. Poderia ter pelo menos encartado a documentação probatória da expulsão dos alunos das salas de aula, da necessidade de outra professora fazer seu trabalho na correção de atividades dos alunos, etc..

Enfim, a reclamada imputou conduta absolutamente reprovável ao demandante.

Tentou convencer através de palavras que ele não poderia continuar no Colégio, sendo ou não portador de HIV, justificar-se por despedir o autor, porque qualquer professor que agisse daquele modo, deveria mesmo ser demitido.

E tal atitude empresarial, em nenhuma outra hipótese pode ser enquadrada, que não na discriminação. Ato que a defesa tentou camuflar deitando estórias sobre paciência e solidariedade. Houve discriminação por causa da doença, tanto que necessitou a reclamada trazer inúmeras informações desabonadoras para justificar o que não precisava ser justificado, pois a dispensa processou-se sem justa causa. Discriminou, mas não quis admitir tê-lo feito, trilhando efetivamente o caminho pelo qual a discriminação neste País transita, onde a grande maioria se diz isenta de preconceito, praticando-o

no dia a dia através dos menores gestos, das mais inocentes atitudes, até mesmo de expressões por demais corriqueiras.

Posto isso, impende ressaltar a função social da empresa, diante da qual não se pode conceber dentro da normalidade, dispensa de trabalhador contaminado com vírus letal, sem justa causa, após onze anos de serviço, ainda que possa deter a condição de segurado obrigatório da Previdência Social por mais 24 meses, como sofismou a ré. Terá de sobreviver somente este tempo? Conseguirá outro emprego nas condições que se encontra?

O art. 5º (caput) da Constituição Federal dispõe sobre a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantia à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, apontando em seu inciso XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. E tal embasa o direito do autor à reintegração, porquanto, a dispensa sem justa causa do portador de vírus HIV importa, em última análise, à negação do direito à vida, representando o desemprego e a conseqüente falta de recursos, na impossibilidade de tratamento eficaz tanto físico, quanto psicológico.” (fls. 262/264).

Sustenta a reclamada a inexistência de preconceito ou discriminação para dispensa do autor recorrido. Alega que a despedida foi sem justa causa, tendo sido pagos todos os direitos trabalhistas. Ademais, insiste em afirmar que restou provado que o autor não tinha mais condições para continuar lecionando, devendo ser afastada, também, a condenação em danos morais. Traz arestos para cotejo de tese.

Verifica-se que os arestos de fls. 274/275 (primeiro e segundo), o segundo e o terceiro de fls. 277/278 são oriundos do mesmo TRT prolator da decisão recorrida e de Turma do TST, apresentando-se, assim, inservíveis por conta do que dispõe o art. 896, alínea “a”, da CLT.

Os demais são inespecíficos na esteira do Enunciado nº 296 do TST; se não, vejamos: o segundo de fl. 275 aborda a questão referente ao ônus da prova, sendo que a tese do primeiro aresto de fl. 276 gira em torno da inexistência de discriminação como fundamento para validar a reintegração, fato este comprovado no acórdão recorrido. O último de fls. 276/277, por sua vez, limita-se a discutir a matéria sob o enfoque da Lei nº 9.029/95, que não fora abordada pelo Regional.

De qualquer modo, essa Corte já vem decidindo reiteradamente:

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica,

dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.

(TST-E-RR-439.041/98, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU de 23.5.2003) . REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA - Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. (TST-RR-426.972/98, 2ª Turma, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJU de 10.5.2002) .

RECURSO DE REVISTA. PORTADOR DO VÍRUS HIV. CONHECIMENTO DO EMPREGADOR. LEI 7.670, DE 08/09/88. ART. 476/CLT. DESPEDIDA OBSTATIVA. Ao dispensar o empregado, sem justa causa, portador da síndrome à época (com doença já manifestada) a Recorrida impediu a obtenção do benefício previdenciário, quando usufruiria de licença não remunerada. Princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Art. 1º/III/IV/CF. Recurso do Reclamante provido. (TST-RR-439.041/98, 3ª Turma, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco Berardo, DJU de 10.8.2001, p. 664) .

EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS). Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos.

(TST-E-RR-217.791/95, SBDI-I, Redator Designado Min. Vantuil Abdala, DJU de 2.6.2000, p. 168) REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. Não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV. Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia

insculpido no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal. Embargos não conhecidos. (TST-ER-205.359/95, SBDI-I, Rel. Min. Leonaldo Silva, DJU de 14.5.99. p. 43)

REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.” (proc: RR num: 217.791 ano: 95 acórdão num: 3473 ano: 97 data: 14-05-97 relator: Ministro Valdir Righetto). Recurso de revista conhecido em parte e desprovido. (TST-RR-205.359/95, 2ª Turma, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJU de 19.12.97, p. 67.927)

REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.” (TST-RR-217.791/95, 2ª Turma, Rel. Min. Valdir Righetto, DJU de 6.6.97, p. 25.270)

Incidência do Enunciado nº 333 do TST.

Do exposto, não conheço do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de revista. Vencido o Exmº Sr. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho.

Brasília, 09 de março de 2005.

MINISTRO BARROS LEVENHAGEN

Relator

RR 112900-36.2005.5.02.0432, 5ªT - Min. Katia Magalhães Arruda

DEJT 06.05.2011/J-26.04.2011 - Decisão unânime

A C Ó R D ã O

5ª Turma

KA/pg

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o empregado, portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. Recurso de revista a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-112900-36.2005.5.02.0432, em que é recorrente ESPÓLIO DE FRANCISCO ENILDO DE SOUZA e recorrido COOPERATIVA DE CONSUMO - COOP.

O Tribunal Regional do Trabalho, a fls. 134/135, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, consignando que “o indivíduo portador do vírus HIV não tem, só por isso, garantia de emprego, até porque não existe fundamento legal para tanto”.

Dessa decisão, o espólio do reclamante interpôs recurso de revista, a fls. 138/152, sustentando, em síntese, que o portador do vírus HIV é detentor de estabilidade no emprego, presumindo-se que a sua dispensa imotivada é discriminatória. Alega violação de dispositivos da Constituição Federal e transcreve arestos para confronto de teses.

O recurso foi admitido por meio da decisão de fls. 158/158v.

Sem contrarrazões (fls. 159v.).

Sem manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV

O Tribunal Regional do Trabalho consignou o seguinte entendimento:

“2- Disse o espólio que a dispensa de FRANCISCO ENILDO DE SOUZA decorreu de ato discriminatório, pois foi motivada pelo fato de sofrer ele de doença grave (portador do vírus HIV).

3- A demandada negou o fato, aduzindo que o estado de saúde do empregado sempre foi do seu conhecimento, sendo certo que a informação ficou restrita ao Departamento Médico e à Gerência de Recursos Humanos.

4- Posta dessa forma a questão, há a consignar que, ao contrário do entendimento do recorrente, o indivíduo portador do vírus HIV não tem, só por isso, garantia de emprego, até porque não existe fundamento legal para tanto.

5- O que está garantido, não só para os portadores desse vírus, mas a todos aqueles que, por alguma razão de natureza pessoal, sofreram discriminação e, em consequência, perderam o seu emprego, é o direito de reparação dos danos (sejam materiais, sejam morais) com os quais se defrontaram (art. 5º, incisos X e XLI da Constituição Federal).

6- No caso em exame, e como bem estabelecido pela MM. Juíza prolatora da sentença, não ‘se vislumbra qualquer demissão por discriminação, não sendo nem esse objeto da inicial. O simples fato de o reclamante ser portador da doença não enseja automaticamente a estabilidade de emprego, até porque, está não tem previsão legal’ (fls. 92).

7- Fica mantida integralmente, daí, a decisão de origem.” (fls. 134/135).

Em suas razões de recurso, o espólio do reclamante sustenta, em síntese, que o portador do vírus HIV é detentor de estabilidade no emprego, presumindo-se que a sua dispensa imotivada é discriminatória. Alega violação dos arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, caput, XLI, § 1º, 170, III, e 193 da Constituição Federal. Transcreve arestos para confronto de teses.

À análise.

O recurso prospera por divergência jurisprudencial, uma vez que nos arestos da SBDI-1 desta Corte (fls. 142/143 e 143/144) e do Tribunal Regional da 3ª Região (fls. 146/150) constam entendimentos divergentes daquele adotado pelo Tribunal Regional da 2ª Região, de que a dispensa de empregado portador de HIV configura, por si só, ato discriminatório a ensejar a sua reintegração no emprego.

Pelo exposto, conheço do recurso de revista, por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO

ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV

A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o empregado, portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. 1. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do HIV, ciente a reclamada da doença, presume-se a ocorrência de discriminação. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. [...]” (RR - 458/2002-056-02-00.2, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 13/05/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 05/06/2009)

“[...] EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a consequente inversão do encargo probatório (praesumptio juris tantum).” (RR - 721340-83.2006.5.12.0035, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 26/05/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: 22/10/2010)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. Tendo a decisão recorrida, com amparo nos elementos dos autos, fixado-se no sentido de que restou comprovado que a reclamada tinha ciência do estado de saúde do reclamante, resta demonstrada a presunção de que o ato de dispensa foi discriminatório. Precedentes desta Corte. Violações legais e constitucionais não configuradas. [...]. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 625/2006-088-02-40.8, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 24/06/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 26/06/2009)

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de revista conhecido e provido, no tópico. [...]” (RR - 943/2006-005-24-00.7, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 18/02/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/03/2009)

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE. trabalhador portador do vírus -HIV-. demissão por justa causa arbitrária e discriminatória. A atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição no respeito aos direitos fundamentais que dela são emanados, dentre os quais os princípios gerais do direito à dignidade da pessoa humana, à vida e ao trabalho. Assim, mesmo naquelas hipóteses em que não haja previsão expressa a albergar determinada proteção estabilitária, referido direito como de regra qualquer outro subordina-se aos ditames constitucionais calcados nos direitos fundamentais. Nesse contexto, a circunstância de o sistema jurídico pátrio até o presente momento não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede que o julgador, na análise do fato concreto, conclua pelo direito do trabalhador à reintegração no emprego decorrente da presunção de discriminação. Na hipótese dos autos, verifica-se que a demissão do reclamante por justa causa, efetivada pela reclamada, além de discriminatória, causou-lhe sérios prejuízos, pois, como bem salientado pela Corte Regional: -tal benefício após a dispensa é limitado e muito mais burocrático, tanto que o reclamante relata que pleiteou o benefício há 3 ou 4 meses, não tendo obtido resposta favorável-. Isto porque, sendo a empregadora conhecedora do acometimento do empregado de doença incurável, era seu dever encaminhá-lo ao órgão previdenciário, para que pudesse usufruir do seu direito ao

gozo do auxílio-doença previdenciário durante o prazo que fosse necessário ao tratamento e, se for o caso de constatada a incapacidade laborativa, possa este, usufruir do benefício de aposentadoria por invalidez. A jurisprudência, atenta à realidade social no que diz respeito à ainda enorme carga de preconceito e discriminação que o portador de AIDS/SIDA sofre em todos os setores da sociedade, tem evoluído no entendimento de que em circunstâncias nas quais o trabalhador seja portador do vírus HIV, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade (Precedentes desta Corte). Conclui-se, portanto, que a condenação da reclamada em reintegração do reclamante ao emprego, não contraria a legislação pertinente à matéria, e está em conformidade com o entendimento desta Corte Uniformizadora. Recurso de revista não conhecido.” [grifos nossos] (RR - 1407/2004-062-02-00.1, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Turma, Data de Publicação: 19/12/2008)

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. A e. Turma negou provimento ao recurso da reclamada, ao fundamento de que - (...) a reintegração do reclamante foi deferida em razão do ato discriminatório praticado pelo empregador, uma vez que restou incontroverso que ele era portador do vírus da aids-. Nesse contexto, comprovada a atitude discriminatória da empresa, não se vislumbra malferimento aos dispositivos da Constituição Federal denunciados, mas a correta observância do que dispõem os princípios constitucionais que proíbem a discriminação e que valorizam o trabalho e protegem a dignidade da pessoa. Recurso de embargos não conhecido.” (E-RR - 366/2000-021-15-00.6, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 06/11/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 14/11/2008)

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PORTADOR DE HIV. A ciência do empregador da condição do reclamante de portador do vírus HIV, gera a presunção relativa de despedida sem justa causa discriminatória. Inexistindo prova em contrário, faz jus o reclamante à sua reintegração. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. [...] (RR - 1046/2002-036-02-00.5, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 20/08/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 03/10/2008)

“RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DE EMPREGO - PORTADOR DO VÍRUS HIV - Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração ou indenização correspondente. Recurso de Revista não conhecido.” (RR - 44357/2002-900-04-00.1, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 06/08/2008, 6ª Turma, Data de Publicação:

15/08/2008)

Pelo exposto, tendo a Corte regional registrado que a reclamada tinha ciência do estado de saúde do reclamante (fls. 134), resta demonstrada a presunção de que o ato de dispensa foi discriminatório, uma vez inexistente previsão legal que confira estabilidade no emprego ao portador de HIV, restringindo o direito potestativo patronal de dispensá-lo imotivadamente.

Tendo em vista a impossibilidade de reintegração do reclamante, haja vista o seu falecimento, dou provimento ao recurso de revista para condenar a reclamada a pagar ao espólio indenização substitutiva da reintegração no emprego, em valor correspondente aos salários vencidos e consectários legais, desde a data da dispensa até a data do evento morte do empregado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada a pagar ao espólio indenização substitutiva da reintegração no emprego, em valor correspondente aos salários vencidos e consectários legais, desde a data da dispensa até a data do evento morte do empregado.

Brasília, 26 de abril de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA
MINISTRA RELATORA

RR 171300-82.2005.5.02.0031, 5ªT - Min. João Batista Brito Pereira

DEJT 15.10.2010/J-06.10.2010 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

(Ac. 5ª Turma)

BP/mf

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A manifestação do Tribunal Regional sobre os pontos suscitados no Recurso Ordinário significa prestação jurisdicional plena, não ensejando, pois, declaração de nulidade. REINTEGRAÇÃO. DOENÇA GRAVE. CÂNCER. Embora não exista lei específica relativa à garantia de emprego ao portador de doença grave, diante dos elementos fáticos consignados no acórdão regional de que o reclamado tinha conhecimento da doença, pois o diagnóstico do câncer que acometeu a reclamante ocorreu um ano antes da sua dispensa, e de que a injusta demissão não passou de procedimento discriminatório, tendo em vista a ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não há falar em violação aos dispositivos de lei apontados. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA. O pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária e, se essa data limite for ultrapassada, aplicar-se-á o índice da correção monetária relativo ao mês seguinte àquele em que houve prestação de serviços, contando-se a partir do dia primeiro, nos termos da Súmula 381 do TST (ex-Orientação Jurisprudencial 124).

Recurso de Revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-171300-82.2005.5.02.0031, em que é Recorrente BANCO ITAÚ S.A. e Recorrida ADRIANA PONTES DE CAMPOS MELLO PASSOS.

Irresignado, o reclamado interpõe Recurso de Revista. Suscita, preliminarmente, a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, e, no mérito, busca reformar a decisão proferida pelo Tribunal Regional no tocante aos seguintes temas: “Reintegração” e “Correção Monetária”. Aponta ofensa a dispositivos de lei federal e da Constituição da República, bem como transcreve arestos para confronto de teses (fls. 351/370).

O Recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 374.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 378/402).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, examino os específicos.

1. CONHECIMENTO

1.1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscita o reclamado a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal Regional permaneceu silente sobre os aspectos questionados, quais sejam a invocada contrariedade às Súmulas 378, inc. II, e 381 do TST. Indica violação aos arts. 535 do CPC e 5º, incs. XXXV e LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República.

Constata-se que o Tribunal Regional, em resposta aos Embargos de Declaração (fls. 346), expendeu fundamentação em relação a todos os pontos suscitados, manifestando-se expressamente sobre cada um deles, e sublinhou que:

“Inexiste a omissão alegada, tampouco é caso de contradição. O exame do presente caso, como constou de forma explícita na fundamentação, deu-se à luz dos princípios constitucionais que regem a atividade econômica, como a função social da propriedade, conforme inciso III do art. 170 da Carta, donde advém uma autêntica mitigação do direito potestativo de rescisão contractual, que privilegia a dignidade do ser humano, a teor dos fundamentos da República, como o da dignidade da pessoa humana, consignado no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Não há que se falar em inobservância de requisitos da legislação previdenciária, posto que comprovado nos autos o diagnóstico do cancer que acometeu a obreira, cerca de um ano antes da dispensa” (fls. 346/347).

No tocante à correção monetária, ficou registrado o seguinte entendimento:

“Os valores devidos ao reclamante deverão ser corrigidos, nos termos da Súmula 381 do Colendo TST, limitando-se sua aplicação para efeito de apuração de correção monetária, tão-somente, aos salários e aos títulos a estes diretamente jungido, pois o índice pertinente é aquele do 1º dia do mês

subseqüente ao da prestação de serviços” (fls. 325).

Constata-se, portanto, que as matérias abordadas no Recurso foram devidamente examinadas no acórdão recorrido. Assim, havendo na decisão recorrida solução para o conflito, mesmo que contrária ao interesse do recorrente, configurou-se a efetiva prestação jurisdicional.

Ressalte-se, por oportuno, ser absolutamente imprópria a indicação de afronta aos arts. 535 do CPC, 5º, incs. XXXV e LV, do CPC e 5º, incs. II e XXXV, da Constituição da República e a de divergência com os arestos colacionados, a teor da Orientação Jurisprudencial 115 da SDI-1 desta Corte.

Logo, não havendo nulidade a ser declarada, NÃO CONHEÇO do Recurso.

1.2. REINTEGRAÇÃO. DOENÇA GRAVE. CÂNCER

O Tribunal Regional deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pela reclamante, para determinar sua reintegração, diante dos fundamentos assim consignados na ementa:

“REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADA PORTADORA DE NEOPLASIA. DIREITO POTESTATIVO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL ENCONTRA LIMITES NOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A recorrente é portadora de neoplasia e é sabido que tal moléstia é grave, em grande parte dos casos é avassaladora, na medida em que não somente destrói a resistência do portador, em especial pelos tratamentos a que é obrigado a se submeter, como também sua auto-estima, e ainda é cercada de preconceitos e discriminação, na nossa sociedade.

Não obstante não exista norma legal prevendo a estabilidade do portador de câncer, até porque em determinadas fases da doença o paciente pode não estar incapacitado para o trabalho, o presente caso deve ser analisado pela ótica da função social da empresa, o do direito à existência digna, conforme princípio adotado pela Constituição Federal, no art. 170, inciso III.

O que se verifica, modernamente, é uma autêntica mitigação do direito potestativo de resilição contratual, em homenagem ao princípio da função social do contrato e à própria moralização das relações jurídicas no Estado Democrático de Direito, que privilegia a dignidade do ser humano. Devida a reintegração, pois ao mais fraco deve ser assegurado um standard mínimo de direitos e de proteção jurídica, que possibilite uma vida digna. Há que se observar que a propriedade tem função social, nos termos do *commando constitucional*” (fls. 315).

O reclamado, nas suas razões de Recurso de Revista, sustenta ser indevida a reintegração da reclamante, sob o argumento de que não há nos autos comprovação de concessão do auxílio-doença

previdenciário nem nexo causal com a atividade desempenhada. Afirma que não houve comprovação de despedida discriminatória. Aponta violação aos arts. 5º, inc. II, da Constituição da República e 118 da Lei 8.213/91 e contrariedade à Súmula 378, inc. II, do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

Divergência jurisprudencial não se constata, porquanto as ementas colacionadas não refletem a mesma identidade fática delineada no acórdão regional, qual seja de que a dispensa foi discriminatória, incidindo na espécie a Súmula 296 desta Corte.

Embora não exista lei específica relativa à garantia de emprego ao portador de doença grave, diante dos elementos fáticos consignados no acórdão regional de que o reclamado tinha conhecimento da doença, pois o diagnóstico do câncer que acometeu a reclamante ocorreu um ano antes da sua dispensa, e de que a injusta demissão não passou de procedimento discriminatório, tendo em vista a ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não há falar em violação aos dispositivos de lei apontados, uma vez que a interpretação dos princípios constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (arts. 1º, incs. III e IV; 3º, inc. IV; 5º, caput e inc. XLI, 7º, inc. I, e 193 da Constituição da República), bem como da Lei 9.029/95, que, em seu art. 4º, confere proteção à relação de trabalho contra ato discriminatório, levou esta Corte a firmar o entendimento de que, em face desses princípios e das garantias neles insculpidas, o portador de doença grave tem direito à reintegração, desde que caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória, como asseverou o Tribunal Regional do Trabalho ter ocorrido in casu.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO E JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. JURISDICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL. O trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a manutenção da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa do emprego) em face de sua circunstancial debilidade física causada pela grave doença (câncer). Decisão recorrida juridicamente assentada, que se mantém. Agravo de instrumento desprovido” (TST-AIRR-49/2006-046-02-40.7, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, 6ª Turma, p. 28/08/2009).

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o

sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido” (TST-E-ED-RR-76.089/2003-900-02-00.9, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, p. 30/11/2007).

“RECURSO DE REVISTA. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO. A dispensa do trabalhador em função de redução de sua produtividade decorrente de doença grave e crônica que passa a se manifestar ao longo da relação empregatícia, ainda que sem nexos com o ambiente e características do trabalho, tem, em parte, caráter discriminatório, afrontando os arts. 7º, XXXII, 5º, caput, e inciso I, art. 5º. XXIII, art. 170, caput, e inciso III, e art. 193 da Constituição, ensejando indenização equitativa. Recurso de revista conhecido e provido” (RR-783194-33.2001.5.03.5555, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, 6ª Turma, p. 16/04/2010).

Portanto, NÃO CONHEÇO.

1.3. CORREÇÃO MONETÁRIA

O Tribunal Regional assim decidiu:

“Os valores devidos ao reclamante deverão ser corrigidos, nos termos da Súmula nº 381 do Colendo TST, limitando-se sua aplicação para efeito de apuração de correção monetária, tão-somente, aos salários e aos títulos a estes diretamente jungidos, pois o índice pertinente é aquele do 1º dia do mês subsequente ao da prestação de serviços. Para os demais títulos (13º salário, férias), a atualização deverá ocorrer a partir da data do vencimento da respectiva obrigação, de acordo com o art. 39, da Lei nº 8.177/91” (fls. 325).

O reclamado, nas suas razões de Recurso de Revista, pretende que a correção monetária incida apenas após o quinto dia útil do mês subsequente. Invoca contrariedade à Súmula 381 do TST, violação aos arts. 459, parágrafo único, da CLT e 5º, inc. II, da Constituição da República bem como transcreve arestos para confronto de teses.

Todavia, verifica-se que a decisão regional está em harmonia com a Súmula 381 do TST, do

seguinte teor:

“O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º” (sem grifo no original).

A adoção do entendimento pacífico desta Corte afasta de pronto a aferição das violações apontadas, exatamente porque aquele reflete a interpretação dos dispositivos que regem a matéria em questão, já se encontrando, portanto, superado o debate a respeito.

Incide na espécie a orientação contida na Súmula 333 do TST, ficando inviabilizado o confronto de teses, a teor do art. 896, § 4º, da CLT.

Logo, NÃO CONHEÇO.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Revista.

Brasília, 06 de outubro de 2010.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
MINISTRO RELATOR

RR 221500-10.2008.5.02.0057, 6ªT - Min. Aloysio Corrêa da Veiga

DEJT 24.02.2012/J-08.02.2012 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

6ª Turma

ACV/pc

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADA ACOMETIDA DE CÂNCER. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EXTINÇÃO DO CONTRATO UM DIA APÓS A CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA COM NOVA PERÍCIA MARCADA. NOVA CONCESSÃO DA LICENÇA DOIS MESES APÓS A RESCISÃO. A Justiça do Trabalho tem atuado no sentido de coibir toda espécie de discriminação (art. 3º, IV, da CF) nas relações de trabalho, compromisso reafirmado por meio de convenções internacionais, garantindo estabilidade a trabalhadores portadores de doenças graves, que além de suportar o impacto psicológico e físico da doença e sua notícia, sofre juntamente o impacto socioeconômico de uma dispensa sem justa causa, prejudicando inclusive o tratamento. Nessa esteira, a dispensa de empregada acometida de câncer, realizada um dia após o retorno da licença-médica, revela-se discriminatória, inadmissível neste momento histórico de inclusão de trabalhadores portadores de deficiência e de doenças graves. Por outro lado, o empregador, como quem ingressa na ordem econômica e social da república democrática brasileira, deve assumir sua postura diante dos princípios constitucionais de valorização do homem trabalhador. Assim, o direito potestativo do empregador de despedir a empregada na circunstância dos autos não encontra amparo legal e moral, diante de uma interpretação sistemática da Constituição, revelando-se a rescisão contratual completamente discriminatória e arbitrária. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-221500-10.2008.5.02.0057, em que é Recorrente VALQUIRIA LAVIERI DIONIZIO e são Recorridos MOBITEL S.A. e VIVO S.A..

Inconformada com o r. despacho de fls. 191/193, que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, agrava de instrumento a reclamante.

Com as razões de fls. 195/199, alega ser plenamente cabível o recurso de revista.

Contraminutas apresentadas pela segunda e primeira reclamadas às fls. 207/209 e 217/219 e contrarrazões às fls. 210/214 e 221/224, respectivamente.

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO

I - CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, uma vez que se encontra regular e tempestivo.

II - MÉRITO

REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Eis o entendimento do eg. TRT sobre a questão:

“3. Reintegração. A tese da inicial é de que a dispensa foi discriminatória, porque a recorrente é portadora de “câncer de colo de útero” (alínea b, de f. 7). Não há confissão. A discriminação foi negada nas defesas das reclamadas (f. 53 e seguintes cc f. 81 e seguintes). Há menção genérica à ausência de discriminação na defesa da empregadora (Mobitel S/A, fls. 53 e seguintes), quando afirma que a doença não tem nexos com o trabalho, o que atrai a incidência do art. 302, III, do CPC. Além disso, a defesa da Vivo é expressa ao negar a discriminação.

Não foi produzida pela recorrente nenhuma prova da discriminação na dispensa (art. 818, da CLT). A alegação da recorrente de que deve ser reintegrada, posto que dispensada durante o auxílio-doença, não constou da inicial. Mantenho.” (fl. 175)

Em sede de embargos de declaração, acrescentou:

“A fim de superar as alegações de omissão, contradição e obscuridade, esclareço que, tal como referido no acórdão (item 3, 161), a tese de reintegração está vinculada apenas à dispensa discriminatória. Também reitero que já constou do mesmo item da decisão, o fundamento pelo qual a tese de confissão acerca da discriminação foi rejeitada. Em relação à dispensa durante a concessão de auxílio-doença, entendo que há apenas referência genérica na inicial. Menciono, ainda assim, que o contrato não se encontrava suspenso por ocasião da dispensa. É que a reclamante foi dispensada em 14/11/2007 (f. 25), quando o auxílio-doença havia cessado em 13/11/2007. A nova concessão do auxílio-doença apenas ocorreu após o pedido realizado em 14/1/2008 (f. 22). Assim, não havia

nenhum impedimento legal à dispensa, na data em que procedida a rescisão.” (fl. 182)

Nas razões do recurso de revista, renovadas em agravo de instrumento, a reclamante alega arbitrariedade e discriminação na dispensa, visto que ainda estava doente. Alega que a reclamada aproveitou o período entre o fim da licença médica (13/11/2007) e a nova perícia (26/11/2007) para demiti-la. Aponta violação dos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, III e XLI, da Constituição Federal, 1º da Convenção nº 111 da OIT, 1º da Lei nº 9.029/95 e 9º da CLT.

O eg. TRT negou provimento ao recurso da reclamante, afirmando que esta não produziu nenhuma prova da discriminação na dispensa, ônus que lhe incumbia. Ressaltou que a defesa das reclamadas nega a discriminação. Destacou que houve apenas referência genérica da reclamante na inicial relativa à alegação de que deve ser reintegrada, em virtude de dispensa em gozo de auxílio-doença, entendendo que a tese da reintegração se vinculava apenas à dispensa discriminatória. Consignou que não havia impedimento legal à dispensa, ocorrida um dia após a cessação do auxílio-doença, novamente concedido depois do pedido realizado após dois meses.

Diante do quadro-fático delineado, observa-se que a dispensa da reclamante, ocorrida imediatamente ao retorno do auxílio-doença em virtude de câncer, parece violar o art. 3º, IV, da Constituição Federal, que coíbe toda espécie de discriminação.

Merece provimento o agravo de instrumento para melhor exame da matéria.

Dou provimento ao agravo de instrumento para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reatuação do processo e a publicação da certidão de julgamento para a ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação, nos termos da Resolução Administrativa nº 928/2003 do TST.

RECURSO DE REVISTA

REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

O eg. TRT negou provimento ao recurso da reclamante, afirmando que esta não produziu nenhuma prova da discriminação na dispensa, ônus que lhe incumbia. Ressaltou que a defesa das reclamadas nega a discriminação. Destacou que houve apenas referência genérica da reclamante na inicial relativa à alegação de que deve ser reintegrada, em virtude de dispensa em gozo de auxílio-doença, entendendo que a tese da reintegração se vinculava apenas à dispensa discriminatória. Consignou que não havia impedimento legal à dispensa, ocorrida um dia após a cessação do auxílio-doença, novamente concedido depois do pedido realizado após dois meses.

Nas razões do recurso de revista, a reclamante alega arbitrariedade e discriminação na dispensa, visto que ainda estava doente. Alega que a reclamada aproveitou o período entre o fim da licença (13/11/2007) e a nova perícia (26/11/2007) para demiti-la. Aponta violação dos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, III e XLI, da Constituição Federal, 1º da Convenção nº 111 da OIT, 1º da Lei nº 9029/95 e 9º da CLT.

Diante do quadro-fático delineado, observa-se que a dispensa da reclamante, ocorrida imediatamente ao retorno do auxílio-doença em virtude de câncer, acabou por violar o art. 3º, IV, da Constituição Federal, que coíbe toda espécie de discriminação.

Conheço, por violação do art. 3º, IV, da Constituição Federal.

MÉRITO

Trata-se o caso de empregada que se afastou por cinco meses para tratamento de câncer de colo do útero, dispensada um dia após o retorno da licença-médica, com aviso prévio indenizado, estando ainda acometida pela enfermidade.

É certo que séculos atrás, o trabalho humano foi marcado pela exploração do trabalhador, muitas vezes tratado como mercadoria. Mas após muita luta, confrontos históricos marcados com sangue, e a própria evolução das sociedades, surgiu o Direito do Trabalho, destacando o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, de modo que atos que atentem contra tais princípios, não podem mais serem suportados pela sociedade atual.

O tomador dos serviços, hoje não mais dono da mão de obra, possui apenas relação de subordinação jurídica com aquele que, por sua vontade, se coloca sob o poder diretivo do empregador, em troca de salário. E ao assumir condição de empregador, deve igualmente assumir sua postura diante dos princípios constitucionais e trabalhistas de valorização do homem trabalhador.

Com efeito, a Carta Magna valoriza a livre iniciativa, colocando-a como um dos fundamentos da República, assegurada em seu primeiro artigo, no inciso IV, que traz no mesmo dispositivo, como numa via de mão dupla, os valores sociais do trabalho. Assim, aquele que se propõe a exercer uma atividade econômica, assume uma responsabilidade perante a sociedade que retribuirá os benefícios prestados.

Essa responsabilidade abrange o desenvolvimento ambiental, econômico e social sustentável, assumida pelo empregador que ingressa na ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o de fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundamentada no pleno emprego (art. 170 da CF/88).

O ingresso na ordem econômica vincula-se à entrada na ordem social, que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF/88), que não exime o empregador de sua participação, como por exemplo ao dispor que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos inclusive à saúde, reiterando os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Constitucional.

Nesse mesmo sentido, o Brasil atua internacionalmente como membro da OIT, sendo signatário de diversos tratados e convenções, destacando-se aos autos a Convenção de nº 111, com adesão desde 1968, que dispõe sobre a não discriminação em matéria de emprego e profissão, compromisso reiterado em 1998 com a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

No âmbito interno, a Justiça do Trabalho tem atuado no sentido de coibir toda espécie de discriminação (art. 3º, IV, da CF), garantindo estabilidade a trabalhadores portadores de doenças graves, como AIDS, algumas doenças cardíacas e diabetes, chagas, como forma até mesmo de auxílio no tratamento, não se esquecendo de que em muitos casos, com a dispensa, o empregado perde o benefício do plano de saúde. A nação tem vivido um momento histórico de inclusão de trabalhadores portadores de deficiência e de doenças graves, com um avanço progressivo que não pode admitir retrocessos.

No caso dos autos, a ruptura arbitrária do contrato de trabalho representou prejuízo extremo ao empregado, que além de suportar o impacto psicológico e físico da doença e sua notícia, sofreu juntamente o impacto socioeconômico de uma dispensa sem justa causa.

Assim, o direito potestativo do empregador de despedir o empregado na circunstância dos autos não encontra amparo legal e moral, diante de uma interpretação sistemática da Constituição, revelando-se a rescisão contratual perpetrada pela reclamada em seu próprio interesse e capricho, completamente discriminatória e arbitrária.

Em relação ao ônus da prova, dá-se na hipótese, sua inversão, na medida em que ocorrida a dispensa logo após o retorno da empregada de auxílio-doença em virtude de câncer, deveria a empresa demonstrar que a dispensa, em tais circunstâncias, não fora discriminatória, tendo em vista que é patente a vinculação da dispensa com a doença grave.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta c. Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. ATO DISCRIMINATÓRIO E JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. JURISDICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL. O

trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a manutenção da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa do emprego) em face de sua circunstancial debilidade física causada pela grave doença (câncer). Decisão recorrida juridicamente assentada, que se mantém. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR - 4940-78.2006.5.02.0046 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/08/2009, 6ª Turma, DEJT 28/08/2009)

“RECURSO DE REVISTA REINTEGRAÇÃO. DOENÇA GRAVE. CÂNCER. O egrégio Tribunal Regional determinou a reintegração da reclamante, considerando discriminatória a sua dispensa, por ser portadora de doença grave. Os arestos colacionados não retratam essa mesma premissa fática, razão pela qual se mostram inespecíficos. Incidência da Súmula nº 296, I. Recurso de revista não conhecido.” (RR - 1066900-74.2005.5.09.0008 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 29/06/2011, 2ª Turma, DEJT 05/08/2011)

“REINTEGRAÇÃO. DOENÇA GRAVE. CÂNCER. Embora não exista lei específica relativa à garantia de emprego ao portador de doença grave, diante dos elementos fáticos consignados no acórdão regional de que o reclamado tinha conhecimento da doença, pois o diagnóstico do câncer que acometeu a reclamante ocorreu um ano antes da sua dispensa, e de que a injusta demissão não passou de procedimento discriminatório, tendo em vista a ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não há falar em violação aos dispositivos de lei apontados.” (RR - 171300-82.2005.5.02.0031 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 06/10/2010, 5ª Turma, DEJT 15/10/2010)

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA POR ATO DISCRIMINATÓRIO DO EMPREGADOR. O Tribunal Regional determinou a reintegração da Reclamante, considerando discriminatória a sua dispensa, por ser portadora de doença grave. A Reclamada, no recurso de revista, não logrou êxito em demonstrar ofensa a preceito de lei federal ou constitucional, tampouco divergência jurisprudencial válida e específica. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. O Tribunal Regional, acertadamente, dirimiu a controvérsia à luz dos arts. 3º, IV, e 7º, XXXI, da Constituição Federal, da Lei nº 9.029/95 e da Convenção nº 159 da OIT, considerando discriminatória a dispensa da Reclamante ocorrida logo após a comunicação ao empregador de sua doença. Nesse contexto, não houve violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 159 do Código Civil de 1916, mas sim observância dos referidos dispositivos, na medida em que o Tribunal “a quo” aplicou-os à hipótese, tendo em vista que, conforme situação fática delineada no acórdão revisando, não resta dúvida do dano moral causado à Autora pela dispensa discriminatória.” (RR - 1573200-35.2002.5.02.0900 , Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 01/10/2008, 1ª Turma, DEJT 10/10/2008)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista para determinar a reintegração da reclamante, com o pagamento das verbas trabalhistas e reflexos desde a data da extinção do contrato, conforme requerido na inicial.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para, destrancando o recurso de revista, dele conhecer por violação do art. 3º, IV, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar a reintegração da reclamante, com o pagamento das verbas trabalhistas e reflexos desde a data da extinção do contrato, conforme requerido na inicial.

Brasília, 8 de Fevereiro de 2012.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA
MINISTRO RELATOR

RR 317800-64.2008.5.12.0054 ,6ªT - Min. Mauricio Godinho Delgado

DEJT 10.06.2011/J-01.06.2011 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

(6ª Turma)

GMMGD/ja/jr

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-317800-64.2008.5.12.0054, em que é Recorrente RODRIGO GUIMARÃES e Recorrido LOJAS AMERICANAS S.A.

O TRT da 12ª Região deu provimento ao recurso ordinário da Reclamada para excluir da condenação a determinação de reintegração ao emprego e o pagamento de parcelas daí decorrentes, inclusive a indenização por danos morais, julgando totalmente improcedente a ação (fls. 185-189v).

Opostos embargos declaratórios pelo Reclamante (fls. 192-192v), o Egrégio TRT negou-lhes provimento (fls. 195-196).

O Reclamante interpôs recurso de revista (fls. 199-203v) que foi admitido pela Presidência do TRT por divergência jurisprudencial (fls. 204-205).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 206-211), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2o, RITST.

É o relatório.

V O T O

I) CONHECIMENTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Atendidos todos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. ATO DISCRIMINATÓRIO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO

O Eg. TRT reformou a sentença para excluir da condenação a reintegração do obreiro ao emprego, sob o fundamento de que o trabalhador portador de HIV não tem direito à reintegração, nos seguintes termos:

“DISCRIMINAÇÃO NÃO COMPROVADA. VALIDADE DA DISPENSA.

Pretende a recorrente a reforma da sentença de 1º grau, para se declarar a validade da dispensa e a improcedência da ação. Argumenta que a doença do autor (HIV/AIDS) era de conhecimento da gerência há mais de um ano e que sempre houve acordo para que as folgas do recorrido fossem às terças-feiras, para permitir seus exames e consultas. Aduz, ainda, que a lei não veda a dispensa de portador de HIV, sendo que a despedida decorreu de reestruturação no quadro de pessoal.

Tem razão a recorrente.

Na petição inicial o autor informou que: (1) foi admitido pela ré em 1º-12-2006, no cargo de operador comercial (setor de eletrônicos); (2) em 09-07-2007, por meio de exame clínico, descobriu que estava infectado pelo vírus HIV, fato confirmado pelo exame de contraprova de 19-09-2007 e

(3) foi dispensado, sem justa causa, em 16-07-2008, com aviso-prévio indenizado. Por tais fatos, postulou sua reintegração, alegando a nulidade da despedida, porque discriminatória.

Em contestação, a empresa contrapôs-se à pretensão do recorrido com os seguintes argumentos: 1) entre o conhecimento da patologia do autor pela empresa e a data da sua dispensa, transcorreu pelo menos um ano de contrato de trabalho; 2) sempre houve acordo para liberação do autor para realização de tratamento médico; 3) por possuir o autor perfeitas condições físicas, não poderia ser dado a ele tratamento muito diferenciado a ponto de prejudicar o ambiente de trabalho e seus colegas; 4) a legislação não veda a dispensa do empregado portador do vírus HIV; 5) a dispensa do autor, assim como de mais 5 empregados seus, decorreu de reestruturação do seu quadro de pessoal.

Destaco, em primeiro lugar, as considerações do Excelentíssimo Juiz Relator, sobre a relação ré-empregado, no ano que transcorreu entre o diagnóstico da doença e a dispensa:

[...] há de louvar-se a conduta ética da empresa-recorrente de, ao saber da doença do autor, não proceder à sua despedida, como infelizmente ocorre em tantos outros casos, e ainda facilitar seu tratamento, com ajuste de suas folgas para os dias de consultas e exames. Isso revela um comportamento empresarial maduro e profissional [...]

O parágrafo evidencia a ausência de qualquer tratamento discriminatório dado ao autor, pela ré, em decorrência da doença.

Além disso, e focando o momento da dispensa, cuja declaração de nulidade é buscada, destaca-se trecho do mesmo voto:

Não se discute, também, que a empresa passou por um processo de reestruturação - corte de pessoal, no período da despedida do recorrido - julho de 2008-, pois no mesmo período foram dispensados os empregados Jean C. Pereira (fl. 106 - 04.08.2008), Suellen O. Almeida (fl. 108 - 20.08.2008), Ricardo de Souza (fl. 110 - 20.08.2008), Clayton S. Arello (fl. 112 - 11.08.2008) e Pamela N. dos Santos (fl. 114 - 21.08.2008).

Não há evidência fática, portanto, de tratamento diferenciado dado ao autor no momento da dispensa, também.

Com a devida vênia, portanto, discordo da seqüência de argumentação do nobre relator, segundo o qual, pelo fato mesmo da doença e de sua gravidade, o autor deveria ter sido excluído do grupo de empregados que a ré despediu ao promover o ajuste de seu quadro de pessoal.

A doença em questão suscita, em qualquer um, sentimentos de solidariedade humana. Da mesma forma que acontece com os portadores de outras enfermidades cuja gravidade está expressamente reconhecida em lei e para as quais estão estabelecidos os mecanismos legais de amparo e proteção. Cabe à sociedade, como um todo, pela via do seu sistema de Seguridade Social, prover esse apoio e conforto a tais doentes.

Submeter o empregador ao ônus de incumbir-se, só ele, dos cuidados de quem, por atos livres e exclusivamente seus, sem conexão com a atividade empresarial, viu-se envolvido nas vicissitudes de um diagnóstico de HIV, fere basilares noções de justiça.

A relação empregatícia é uma relação contratual cujos contornos só podem ser alcançados, em detrimento de qualquer das partes, por disposição expressa de lei ou negociação coletiva, feita igualmente na forma da lei.

A natureza jurídica do liame entre ré e empregado não pode transmutar-se, em prejuízo dos poderes dos envolvidos na relação, pelo fato do adoecimento do autor, para o qual não contribuiu a ré.

Além disso, não há suporte legal para excluir da dispensa o portador do vírus HIV. E veja-se que o legislador já se debruçou sobre a questão de portadores de doenças graves, conforme acima mencionado. A lei 7.713/98, no seu artigo 6º, inciso XIV, menciona as doenças às quais concede tratamento tributário diferenciado:

moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida.

Vê-se, aí, incluída a AIDS.

Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.409/2005, cujo objetivo é ampliar o rol acima para incluir mais as seguintes doenças:

fibrose cística (mucoviscidose), distrofia lateral amiotrófica, polipose familiar, retocolite ulcerativa e doença de Crohn; pneumonia intersticial fibrosante, as doenças cerebrovasculares decorrentes de AVC, diabetes insulino-dependente e aneurisma da veia de galeno.

Considerando-se esse amplo rol de enfermidades cuja gravidade está cientificamente posta fora de discussão, o tratamento pretendido pelo recorrido, fundado no acometimento pela AIDS,

constituiria, ele sim, ato discriminatório vedado pelo princípio do tratamento igual insculpido no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Os esforços de adequação da norma geral para o caso particular, deixados ao encargo do juiz, embora demandem a consideração das circunstâncias relevantes da situação fática em julgamento, não podem ser feitos com o desprezo da perspectiva ampla do ordenamento jurídico que, na sua inteireza, reclama integridade como condição de justiça e imparcialidade.

Aliás, como bem destacado no voto do nobre relator, há posicionamento desta E. Corte no sentido de estabelecer a presunção *juris tantum* de ocorrência de discriminação na dispensa de empregado portador do vírus HIV. Ainda que se adotasse tal entendimento, a presunção, por óbvio, foi afastada, neste caso, pelos fatos amplamente comprovados de que (1) a ré manteve o empregado nos seus quadros, ao longo de todo um ano, após o diagnóstico da doença, com tratamento especial facilitador do tratamento e (2) a dispensa deu-se num momento de rearranjo do quadro, com redução de pessoal, com a dispensa de um grupo de 5 empregados, 4 dos quais, ao que consta, saudáveis.

Apenas o fato de a ré basear-se num teste de produtividade para selecionar quem iria dispensar não configura ato discriminatório, pois nem tinha a obrigação de realizar nenhum tipo de teste objetivo, podendo fundar-se apenas nas suas apreciações subjetivas atinentes à qualificação de seus empregados. Poderia até mesmo optar pela despedida dos de maior salário, para equilíbrio financeiro da empresa sem que se configurasse discriminação aos atingidos.

Diante disso, tem-se que a dispensa do recorrido não significou, da parte da ré, nenhum atentado ao objetivo republicano disposto no art. 3º, inc. IV, da Constituição ('promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' e nem ao princípio basilar de respeito à dignidade da pessoa humana, não se justificando o acolhimento do pedido pela via da hermenêutica principiológica.

Não houve, igualmente, ofensa a regra de lei infraconstitucional ou de instrumento coletivo.

Dessa forma, dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença recorrida no particular e, por conseguinte, declarar válida a dispensa e improcedente o pedido de reintegração.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A ré recorre, também, de sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00. Alega ausência de ato ilícito - discriminação - e, se mantida a reintegração, ausência de prejuízo.

Considerando a declaração de validade da dispensa, conforme fundamentos dados para o provimento do recurso no tocante à improcedência do pedido de reintegração, deve ser reformada a r. sentença de 1º grau, também, em relação à indenização por danos morais.

Assim, dou provimento ao recurso para afastar o pagamento, pela ré, da indenização por danos morais.” (fls. 185189v) (g.n.).

No recurso de revista, o Reclamante reputa discriminatória a dispensa sem justa causa, desservindo a tal fim a alegada reestruturação de pessoal. Lastreia o apelo em violação dos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e II, 7º, I e 170, III, da CF. Colaciona arestos para cotejo de teses.

O Recorrente logrou demonstrar divergência jurisprudencial a respeito do tema, expressa pelos arestos de fls. 202-202v, que exprimem o entendimento de que o empregado portador do vírus HIV deve ter assegurado o emprego, ainda que por analogia aos artigos 1º e 4º da Lei 9029/95.

CONHEÇO, pois, do recurso, no aspecto, por divergência jurisprudencial.

II) MÉRITO

DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. ATO DISCRIMINATÓRIO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO

Discute-se nos autos se o empregado portador do vírus HIV, dispensado por ato discriminatório, tem direito à reintegração ao emprego.

Conforme se depreende do acórdão, o Tribunal a quo não considerou abusiva a dispensa do obreiro, fundamentada em reestruturação de pessoal, que resultou na dispensa de outros três empregados, bem como no fato de o Reclamante haver permanecido no emprego por um ano após o diagnóstico da doença, com a sua liberação para a realização de tratamento médico.

Não se olvida que a denúncia vazia do contrato de trabalho, na ordem jurídica brasileira, traduz um direito meramente potestativo, realizando-se por meio de uma declaração volitiva de caráter receptício e constitutivo, com efeitos imediatos quanto à extinção contratual, tão logo recebida pela parte adversa.

Entretanto, tal direito potestativo encontra limites no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que algumas situações restringem ou até mesmo inviabilizam o livre exercício do poder resilitório (como exemplo, as garantias provisórias de emprego).

In casu, não se pode conferir validade à dispensa imotivada do obreiro portador do vírus HIV, porquanto decorrente de ato discriminatório, indo de encontro aos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral.

De fato, presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho, em que a recolocação no mercado de trabalho ainda constitui um óbice quase intransponível ao trabalhador portador de tal doença. Por outro lado, a manutenção da atividade laborativa e conseqüente afirmação social, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico dos trabalhadores portadores de doenças graves.

Acrescente-se, ainda, que tal conduta viola o caput do art. 5º da CF, que trata do princípio da igualdade, cujo desrespeito implica afronta à dignidade da pessoa humana, haja vista que sua conquista e afirmação não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego.

É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS.

Nesse contexto, ainda que a doença não tenha nenhuma relação com o trabalho - não implicando, em si, garantia de emprego -, tem efeitos no contrato, uma vez que a despedida discriminatória é repudiada pelo nosso ordenamento jurídico.

Tanto isso é exato que, por meio da MP nº 2.164-41 de 2001, foi incluída, entre as situações em que poderá ser movimentada a conta vinculada do FGTS, a hipótese de o trabalhador ou qualquer de seus dependentes ser portador do HIV.

Cabível, ainda, nos termos do art. 8º da CLT, a aplicação analógica da Lei 9029/95, que proíbe

práticas discriminatórias no acesso ao emprego e também em sua manutenção, conforme dispõe o art. 1º, verbis:

“Art. 1º - Fica proibida a 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”

O art. 4º, por sua vez, prevê a nulidade da dispensa discriminatória e o direito à reintegração ao emprego, verbis:

“Art. 4º- O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”

Cumprido ressaltar que a referida lei já vem sendo aplicada analogicamente nesta Corte Trabalhista para os casos de dispensa discriminatória de empregado portador do vírus HIV:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. A e. Turma negou provimento ao recurso da reclamada, ao fundamento de que (...) a reintegração do reclamante foi deferida em razão do ato discriminatório praticado pelo empregador, uma vez que restou incontroverso que ele era portador do vírus da aids. Nesse contexto, comprovada a atitude discriminatória da empresa, não se vislumbra malferimento aos dispositivos da Constituição Federal denunciados, mas a correta observância do que dispõem os princípios constitucionais que proíbem a discriminação e que valorizam o trabalho e protegem a dignidade da pessoa. Recurso de embargos não conhecido (TST-E-RR-36600-18.2000.5.15.0021, Rel Min Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 14.11.2008).

RECURSO DE REVISTA - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE - RISCO DE MORTE SÚBITA - REINTEGRAÇÃO. Muito embora não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência

de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido (RR - 18900-65.2003.5.15.0072, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 06/08/2010)

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a conseqüente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*). (RR - 721340-83.2006.5.12.0035, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 22/10/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do HIV, ciente o empregador da doença, resta presumida a ocorrência de discriminação. Precedentes. 2. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A reavaliação das provas que conduziram à caracterização de dano moral não é possível em via extraordinária, incidindo o óbice da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR - 69440-93.2007.5.02.0087, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 28/05/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. REINTEGRAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. O egrégio Tribunal Regional decidiu pela reintegração do reclamante, ao constatar que a dispensa teria sido motivada por ato discriminatório, razão pela qual aplicou preceito inserto na Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. 2. Decisão em conformidade com a jurisprudência desta Corte Uniformizadora. Precedentes. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (TST-AIRR - 35040-51.2004.5.03.0048, Rel. Min. Caputo Bastos, 7ª Turma, DEJT 11/12/2009).

Feitas estas observações, na hipótese, a Reclamada, ciente da situação do Reclamante à época da dispensa, poderia, em atenção aos princípios constitucionais citados, ao invés de discriminar o Reclamante, mantê-lo como empregado, a fim de proporcionar-lhe condições para o seu sustento e garantias que a legislação trabalhista oferece.

Por outro lado, pesa ainda o fato registrado no v. acórdão regional de que a Reclamada cessou o contrato de emprego com base não apenas em reestruturação de quadro de pessoal, mas também em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em relação

aos demais empregados, em virtude do seu debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia.

Assim, DOU PROVIMENTO para restabelecer a r. sentença de fls. 141-146, que condenou a Reclamada à reintegração do Reclamante no emprego, bem como ao pagamento de salários relativos ao período do afastamento, além de indenização por danos morais.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a r. sentença de fls. 141-146, que condenou a Reclamada à reintegração do Reclamante no emprego, bem como ao pagamento de salários relativos ao período do afastamento, além de indenização por danos morais.

Brasília, 01 de junho de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MAURICIO GODINHO DELGADO
MINISTRO RELATOR

RR 140700-19.2004.5.02.0062, 7ªT - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos

DEJT 19.12.2008/J-26.11.2008 - Decisão unânime

ACÓRDÃO

7ª Turma

GMCB/ea

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE. trabalhador portador do vírus HIV . demissão por justa causa arbitrária e discriminatória. A atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição no respeito aos direitos fundamentais que dela são emanados, dentre os quais os princípios gerais do direito à dignidade da pessoa humana, à vida e ao trabalho. Assim, mesmo naquelas hipóteses em que não haja previsão expressa a albergar determinada proteção estabilitária, referido direito como de regra qualquer outro subordina-se aos ditames constitucionais calcados nos direitos fundamentais. Nesse contexto, a circunstância de o sistema jurídico pátrio até o presente momento não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede que o julgador, na análise do fato concreto, conclua pelo direito do trabalhador à reintegração no emprego decorrente da presunção de discriminação. Na hipótese dos autos, verifica-se que a demissão do reclamante por justa causa, efetivada pela reclamada, além de discriminatória, causou-lhe sérios prejuízos, pois, como bem salientado pela Corte Regional: tal benefício após a dispensa é limitado e muito mais burocrático, tanto que o reclamante relata que pleiteou o benefício há 3 ou 4 meses, não tendo obtido resposta favorável . Isto porque, sendo a empregadora conhecedora do acometimento do empregado de doença incurável, era seu dever encaminhá-lo ao órgão previdenciário, para que pudesse usufruir do seu direito ao gozo do auxílio-doença previdenciário durante o prazo que fosse necessário ao tratamento e, se for o caso de constatada a incapacidade laborativa, possa este, usufruir do benefício de aposentadoria por invalidez. A jurisprudência, atenta à realidade social no que diz respeito à ainda enorme carga de preconceito e discriminação que o portador de AIDS/SIDA sofre em todos os setores da sociedade, tem evoluído no entendimento de que em circunstâncias nas quais o trabalhador seja portador do vírus HIV, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade (Precedentes desta Corte). Conclui-se, portanto, que a condenação da reclamada em reintegração do reclamante ao emprego, não contraria a legislação pertinente à matéria, e está em conformidade com o entendimento desta Corte Uniformizadora. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1407/2004-062-02-00.1, em que é Recorrente VIAÇÃO SANTA BRÍGIDA LTDA. e Recorrido JOSUÉ ANTONIO .

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por meio do v. acórdão constante de fls. 154/157, rejeitou a preliminar de obrigatoriedade da demanda de submissão à Comissão de Conciliação Prévia, nos termos do artigo 625-D da CLT, bem como manteve a condenação da reclamada em reintegração do reclamante, detentor da estabilidade adquirida em decorrência de ter contraído doença incurável (AIDS), declarando nula a demissão efetivada por justa causa, nos termos do artigo 9º da CLT, por obstativa ao gozo do auxílio-doença previsto no artigo 476 da CLT.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista às fls. 159/167. Insurge-se contra o afastamento da preliminar de extinção da reclamatória sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC, por falta de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia, apontando violação do artigo 625-D da CLT. Quanto a reintegração pela estabilidade adquirida, alega que não há qualquer demonstração de que houve dispensa obstativa, restando descacterizada a tese do reclamante de que a dispensa decorreu da ciência da reclamada sobre a moléstia apresentada. Acrescenta, a desnecessidade da manutenção do pacto laboral para recebimento do benefício previdenciário a que faria jus o reclamante, sendo certo que a estabilidade pleiteada é assegurada apenas quando configurado o acidente do trabalho ou doença profissional, além do que a qualquer tempo pode ser requerida a aposentadoria por invalidez, desde que se manifeste a doença causada pelo HIV, independente de estar trabalhando, conforme se depreende do artigo 43, § 1º, a, da Lei 8.213/91. Por fim, insurge-se contra as multas aplicadas (1% sobre o valor da causa e indenização de 5% do valor da causa), apontando violação do artigo 538, parágrafo único, do CPC e ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que os embargos declaratórios objetivaram afastar o argumento utilizado pelo Juízo de primeiro grau de existência de estabilidade prevista em Convenções Coletivas de outras categorias, havendo legislação previdenciária específica a respeito da matéria, além da ausência de discriminação da natureza jurídica das parcelas deferidas. Transcreve arestos para cotejo de divergência.

Despacho de admissibilidade (fls. 168/170).

Contra-razões apresentadas às fls. 171/174.

A d. Procuradoria Geral do Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

VOTO

1 - CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos do recurso referentes a prazo, a regularidade de representação processual e ao preparo, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.1 COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. SUBMISSÃO.

A Corte Regional manteve a r. sentença no que tange à rejeição de extinção do processo por ausência de submissão à comissão de conciliação prévia. Assim decidiu:

O art. 625-D da CLT, ao dizer que “qualquer demanda” será submetida à comissão de conciliação prévia, não estabelece que todas as demandas devem a ela ser apresentadas, porque existem ações em que não há sentido algum em se observar tal procedimento, como por exemplo, ação rescisória, ações contra Massa Falida, cautelares, tutelas antecipadas, monitorias etc.

Além disso, a lei é omissa quanto à consequência da falta de tentativa de conciliação prévia, não cominando qualquer pena, de forma que é necessária a vontade do autor em tentar a conciliação e esta é uma faculdade sua.

Interpretação diversa desaguaria em inevitável inconstitucionalidade, posto que não se pode olvidar que o inciso XXXV do art. 5º da CF estabelece a inafastabilidade da jurisdição.

Não se pode concluir, outrossim, que o legislador tenha criado outra condição da ação, que sabidamente são três: 1) legitimidade das partes; 2) interesse processual e 3) possibilidade jurídica do pedido. Evidente que a parte não perde legitimidade, não deixa de ter interesse processual ou seu pedido se torna juridicamente impossível, porque se recusou a tentar um acordo em instância administrativa, não se justificando a extinção do processo por carência.

Por derradeiro ressalto que a matéria está pacificada no âmbito deste Regional pela SÚMULA Nº 2, a saber:

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXTINÇÃO DE PROCESSO. (RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 08/2002 - DJE 12/11/02, 19/11/2002, 10/12/2002 E 13/12/2002). O COMPARECIMENTO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA É UMA FACULDADE ASSEGURADA AO OBREIRO, OBJETIVANDO A OBTENÇÃO DE UM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL, CONFORME PREVISTO PELO ARTIGO 625- E, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT, MAS NÃO CONSTITUI CONDIÇÃO DA AÇÃO, NEM TAMPOUCO PRESSUPOSTO PROCESSUAL NA RECLAMATÓRIA TRABALHISTA, DIANTE DO COMANDO EMERGENTE DO ARTIGO 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Acrescente-se que não houve intenção de conciliação das partes em audiência, circunstância que põe por terra a eficácia da negociação da referida comissão. Rejeita-se a preliminar (fls. 155/156)

A reclamada, no recurso de revista, insurge-se contra o afastamento da preliminar de

extinção da reclamatória sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC, por falta de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia, apontando violação do artigo 625-D da CLT.

Sem razão.

O entendimento jurisprudencial desta Corte é no sentido de ser necessária prova da tentativa de conciliação na Comissão de Conciliação Prévia, quando, na localidade da prestação de serviços houver sido instituída referida comissão, no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

Todavia, no presente caso, o Colegiado Regional é silente quanto à existência, ou não, de tal comissão instalada, nos moldes dos artigos 625-A, 625-B e 625-C da CLT.

Desse modo, para aferir a indicada afronta ao artigo 625 da CLT, necessário seria o reexame do quadro fático-probatório dos autos, o que é vedado, nesta fase recursal, pela Súmula nº 126.

Recurso de revista não conhecido.

1.2 REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE. TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV . DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA ARBITRÁRIA E DISCRIMINATÓRIA.

O Tribunal Regional manteve a condenação da reclamada, mediante os seguintes fundamentos:

Restou incontroverso que o reclamante é portador de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS. Os documentos de fls. 14/30 demonstram que o número de faltas ao trabalho não é mínimo. A reclamada dispensou o autor por justa causa sob o argumento de comportamento desidioso, pelas faltas ocorridas, entretanto não poderia ignorar que um portador do vírus HIV tem seu sistema imunológico enfraquecido e diante disto, fica vulnerável a inúmeras doenças oportunistas. Basta analisar as justificativas dos atestados médicos colacionados. Claro também que a indisposição e outros sintomas acometem o portador da doença, sendo nítidas as consequências daí advindas e a falta ao trabalho por certo é uma delas. Com o agravamento da doença, impõe-se o afastamento. O reclamante trabalhou para a reclamada até 29.04.2003. Pêlos documentos referidos, o autor teve sua doença agravada, com necessidade inclusive de internação por mais de uma semana, nas vésperas da rescisão. Clara a intenção, senão discriminatória, obstativa da reclamada.

O empregador sendo conhecedor de que o reclamante apresenta referida doença não poderia tê-lo dispensado, ainda mais por justa causa.

Como partícipe de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, a empresa

atualmente deve assimilar o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e é o que vem ocorrendo, com a convenção de condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego (acatando recomendação do Conselho Regional de Medicina) ou na vigência do contrato, e vedação à demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se à sua responsabilidade social.

O art. 7º da Constituição Federal confere proteção expressa contra a discriminação, para os trabalhadores portadores de deficiência (XXXI), dentre os quais, por óbvio, os portadores da letal deficiência do sistema imunológico.

Estando o trabalhador gravemente enfermo, em rigoroso e contínuo tratamento de doença incurável e tendo ciência o empregador através dos constantes comparecimentos do empregado ao médico, o ato de dispensa não pode subsistir a pretexto de continuadas faltas.

O ato da reclamada atenta contra os princípios constitucionais que velam pela dignidade humana, pela vida e pela não discriminação. Ademais, a dispensa arbitrária do empregado enfermo adquiriu feição obstativa ao gozo do auxílio-doença previsto no art. 476, da CLT, sendo nulo o ato patronal, a teor do disposto no art. 9º da CLT. Vale ressaltar que nem exame demissional foi realizado, conforme informação da testemunha Paulo Sérgio (fl. 43).

Não prospera a tese de que o reclamante não sofreu prejuízo com a dispensa por justa causa, visto que já solicitou o benefício previdenciário. Sabe-se que tal benefício após a dispensa é limitado e muito mais burocrático, tanto que o reclamante relata que pleiteou o benefício há 3 ou 4 meses, não tendo obtido resposta favorável.

Correta a determinação originária de reintegração do reclamante (fls. 156/157).

A reclamada, no recurso de revista, alega que não há qualquer demonstração de que houve dispensa obstativa, restando descaracterizada a tese do reclamante de que a dispensa decorreu da ciência da reclamada sobre a moléstia apresentada. Acrescenta, a desnecessidade da manutenção do pacto laboral para recebimento do benefício previdenciário a que faria jus o reclamante, sendo certo que a estabilidade pleiteada é assegurada apenas quando configurado o acidente do trabalho ou doença profissional, além do que a qualquer tempo pode ser requerida a aposentadoria por invalidez, desde que se manifeste a doença causada pelo HIV, independente de estar trabalhando, conforme se depreende do artigo 43, § 1º, a, da Lei 8.213/91.

Sem razão.

A atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição no respeito aos direitos fundamentais que dela são emanados, dentre os quais os

princípios gerais do direito à dignidade da pessoa humana, à vida e ao trabalho. Assim, mesmo naquelas hipóteses em que não haja previsão expressa a albergar determinada proteção estabilitária, referido direito como de regra qualquer outro subordina-se aos ditames constitucionais calcados nos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a circunstância de o sistema jurídico pátrio até o presente momento não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede que o julgador, na análise do fato concreto, conclua pelo direito do trabalhador à reintegração no emprego decorrente da presunção de discriminação.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a demissão do reclamante por justa causa, efetivada pela reclamada, além de discriminatória, causou-lhe sérios prejuízos, pois, como bem salientado pela Corte Regional: tal benefício após a dispensa é limitado e muito mais burocrático, tanto que o reclamante relata que pleiteou o benefício há 3 ou 4 meses, não tendo obtido resposta favorável.

Isto porque, sendo a empregadora conhecedora do acometimento do empregado de doença incurável, era seu dever encaminhá-lo ao órgão previdenciário, para que pudesse usufruir do seu direito ao gozo do auxílio-doença previdenciário durante o prazo que fosse necessário ao tratamento e, se for o caso de constatada a incapacidade laborativa, possa este, usufruir do benefício de aposentadoria por invalidez.

A jurisprudência, atenta à realidade social no que diz respeito à ainda enorme carga de preconceito e discriminação que o portador de AIDS/SIDA sofre em todos os setores da sociedade, tem evoluído no entendimento de que em circunstâncias nas quais o trabalhador seja portador do vírus HIV, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade (Precedentes RR-1404/2001-113-15-00, DJ 22/09/2006, Relator Ministro Lélío Bentes; RR-906/2004-006-04-00, DJ 10/11/2006, Relatora Ministra Maria Cristina Peduzzi; AIRR-206/2001-261-02-40, DJ 11/05/2007, Relator Ministro Barros Levenhagen).

Conclui-se, portanto, que a condenação da reclamada em reintegração do reclamante ao emprego, não contraria a legislação pertinente à matéria, e está em conformidade com o entendimento desta Corte Uniformizadora.

Recurso de revista não conhecido.

1.3 MULTAS APLICADAS (1% SOBRE O VALOR DA CAUSA E INDENIZAÇÃO DE 5% DO VALOR DA CAUSA) .

O Tribunal Regional assim decidiu quanto ao tema:

As teses lançadas pela reclamada nos embargos declaratórios são claramente protelatórias, visto que não condizem com a ocorrência de contradições, omissões ou obscuridades. Portanto,

correta a penalidade imposta (fl. 157).

A reclamada, no recurso de revista, aponta violação do artigo 538, parágrafo único, do CPC e ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob a alegativa de que os embargos declaratórios objetivaram afastar o argumento utilizado pelo Juízo de primeiro grau de existência de estabilidade prevista em Convenções Coletivas de outras categorias, havendo legislação previdenciária específica a respeito da matéria, além da ausência de discriminação da natureza jurídica das parcelas deferidas.

Transcreve arestos para cotejo de divergência.

Sem razão.

A penalidade pecuniária prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil é apenas uma das faculdades das que dispõe o julgador como meio eficaz de reprimir expedientes manifestamente procrastinatórios, prejudicando não só a parte contrária diretamente interessada no feito, mas a todo corpo social com um incontável número de demandas perpetuadas por garantias processuais astuciosamente utilizadas.

Assim, sempre que o intento protelatório ficar demonstrado às escâncaras, em que mesmo após explícitas razões de convicção segue-se a interposição de embargos declaratórios ao pretexto de requerer prestação jurisdicional aperfeiçoada, deve o órgão julgador valer-se da multa processual.

Desse modo, verificado o caráter manifestamente procrastinatório detectado pelo Juízo de primeiro grau, correta é a manutenção das multas aplicadas.

Recurso de revista não conhecido.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente do recurso de revista.

Brasília, 26 de novembro de 2008.

CAPUTO BASTOS
MINISTRO RELATOR

LEI Nº 9.029, DE 13 DE ABRIL DE 1995.

Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Fica proibida a 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. (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas 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 do disposto nesta lei são passíveis das seguintes cominações:

Art. 3o Sem prejuízo do prescrito no art. 2o e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência) (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

Art. 4o O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de abril de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo Paiva

Este texto não substitui o publicado no DOU de 17.4.1995

CONVENÇÃO N. 111 Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação

I — Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1958), entrou em vigor no plano internacional em 15.6.60.

II — Dados referentes ao Brasil:

a) aprovação = Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.64;

b) ratificação = 26 de novembro de 1965;

c) promulgação = Decreto n. 62.150, de 19.1.68;

d) vigência nacional = 26 de novembro de 1966.

“A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho e reunida a 4 de junho de 1958, em sua quadragésima segunda sessão;

Após ter decidido adotar diversas disposições relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão, assunto que constitui o quarto ponto da ordem do dia da sessão;

Após ter decidido que essas disposições tomariam a forma de uma convenção internacional;

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’;

Art. 1 — 1. Para os 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 oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou 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.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

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 às condições de emprego.

Art. 2 — 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 oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Art. 3 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos 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 conformidade com esta política e os resultados obtidos.

Art. 4 — Não são consideradas como discriminação quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.

Art. 5 — 1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

Art. 6 — Qualquer membro que ratificar a presente convenção compromete-se a aplicá-la aos territórios não metropolitanos, de acordo com as disposições da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Art. 7 — As ratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. 8 — 1. A presente convenção não obrigará senão aos Membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tenha sido registrada pelo Diretor-Geral.

2. Ele entrará em vigor doze meses depois que as ratificações de dois Membros tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

3. Em seguida, esta convenção entrará em vigor para cada Membro doze meses depois da data em que sua ratificação tiver sido registrada.

Art. 9 — 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos depois da data da entrada em vigor inicial da convenção, por ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia não terá efeito senão um ano depois de ter sido registrada.

2. Todo Membro que, tendo ratificado a presente convenção, dentro do prazo de um ano depois da expiração do período de dez anos mencionado no parágrafo precedente, não fizer uso da faculdade de denúncia prevista no presente artigo, será obrigado por novo período de dez anos e, depois disso, poderá denunciar a presente convenção no fim de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Art. 10 — 1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações que lhe forem comunicadas pelos Membros da Organização.

2. Notificando aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe for comunicada, o Diretor-Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data em que a presente Convenção entrar em vigor.

Art. 11 — O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho enviará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fim de registro, conforme o art. 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações, declarações e atos de denúncia que houver registrado conforme os artigos precedentes.

Art. 12 — Cada vez que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e examinará se é necessário inscrever na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Art. 13 — 1. No caso de a Conferência adotar nova convenção de revisão total ou parcial da presente convenção, e a menos que a nova convenção disponha diferentemente:

a) a ratificação, por um Membro, da nova convenção de revisão acarretará, de pleno direito, não obstante o art. 17 acima, denúncia imediata da presente convenção quando a nova convenção de revisão tiver entrado em vigor;

b) a partir da data da entrada em vigor da nova convenção de revisão, a presente convenção cessará de estar aberta à ratificação dos Membros.

2. A presente convenção ficará, em qualquer caso, em vigor, na forma e no conteúdo, para os Membros que a tiverem ratificado e que não tiverem ratificado a convenção de revisão.

Art. 14 — As versões em francês e em inglês do texto da presente convenção fazem igualmente fé.”

[1] Texto extraído do livro “Convenções da OIT” de Arnaldo Süssekind, 2ª edição, 1998. 338p. Gentilmente cedido pela Ed. LTR.

CARTILHA OIT

**Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à
Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**

CLIQUE PARA ACESSAR

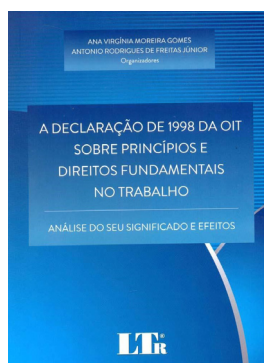
A DECLARAÇÃO DE 1998 DA OIT SOBRE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO: ANÁLISE DO SEU SIGNIFICADO E EFEITOS

Luiz Eduardo Gunther

A obra apresenta-se dividida em três grandes partes. A primeira trata sobre a “A Declaração e a regulação internacional do trabalho”. A segunda examina “A Declaração e a proteção aos direitos fundamentais do trabalho”. A terceira debruça-se sobre “A Declaração e a proteção à liberdade sindical”.

Na primeira parte encontram-se os seguintes textos: “Direitos sociais e direitos fundamentais na perspectiva da Declaração da OIT de 1998: um caso de soft law no rumo de sua efetividade”, de Antonio Rodrigues de Freitas Junior; “A Declaração da OIT de 1998: história, mudanças e desafios”, de Ana Virgínia Moreira Gomes; “As declarações internacionais e direito internacional do trabalho”, de José Augusto Fontoura Costa e Tatyana Scheila Friedrich; “Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho da OIT (1998) e seus obstáculos econômicos: análise sistêmica”, de Marco Aurélio Serau Junior.

Na segunda parte mostram-se os seguintes artigos: “A questão de gênero no centro do trabalho decente: a Declaração de 1998 sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho da OIT e a igualdade de gênero no âmbito do trabalho”, de Candy Thome; “A OIT e a discriminação no trabalho. Análise dos programas desenvolvidos no Brasil com a cooperação técnica da OIT”, de Patrícia Tuma Martins Bertolin e Fabiana Larissa Kamada; “A Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais e as políticas públicas de erradicação do trabalho infantil no Brasil”, de Ivan Erolino e Sandor Ramiro Darn Zapata; “Fiscalização e trabalho forçado”, de Vilma Dias Bernardes Gil.



Na terceira parte podem ser lidos os seguintes textos: “A Declaração

.....

Gomes, Ana Virgínia Moreira (Org). Freitas Júnior, Antonio Rodrigues de. (Org) A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos. São Paulo : LTr, 2014.

sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho da OIT de 1998 dezesseis anos depois - seu significado para a liberdade sindical e a negociação coletiva no Brasil e no mundo/comentários adicionais a debate permanente”, de Stanley A. Gacek; “A ultra-atividade dos efeitos das normas coletivas de trabalho na contramão ao efetivo direito de negociação coletiva”, de Christina de Almeida Pedreira; “Liberdade sindical, condutas antissindicais e a atuação do Ministério Público do Trabalho”, de Afonso de Paula Pinheiro Rocha; “Condutas antissindicais na atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”, de Edson Gramuglia Araújo.

Em 1998 a OIT aprovou a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais, reconhecendo cinco áreas importantes: 1) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; 2) a abolição efetiva do trabalho infantil; 3) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação; 4) a liberdade sindical; 5) o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva.

Essa Declaração, como é dito no introito do livro, “foi alvo de duras críticas, em geral voltadas ao curto rol de direitos fundamentais e à ênfase às atividades promocionais de cooperação em aparente detrimento à atividade regulatória da OIT expressa em suas convenções e recomendações” (p. 10). Não seria a Declaração, em síntese, “suficiente para reverter a posição de fragilidade da OIT no cenário da globalização econômica” (p. 10). Mais de dez anos após sua aprovação (quase vinte, aliás!), pode-se afirmar, com absoluta segurança que, embora não tenha sido a única forma da OIT reagir à globalização, a Declaração de 1998 “constitui o passo inicial no processo de reflexão acerca das mudanças necessárias nesse novo capítulo da história do trabalho” (p. 10). A experiência acumulada nesse período pela OIT e seus Estados Membros, quanto ao efetivo alcance da Declaração na realidade das relações de trabalho, fornece, sem dúvida, elementos para uma análise mais completa sobre o tema. O objetivo desse livro é explorar essa lacuna, analisando os efeitos da Declaração e tomando, como pano de fundo, o caso do Brasil.

Qual a razão pela qual esse livro foi escolhido para ilustrar a Revista Eletrônica sobre Discriminação? Porque esse tema consta da Declaração da OIT de 1998 e foi avaliado de forma profunda nessa obra, especialmente na Parte II.

Os leitores interessados no tema da discriminação sob a perspectiva internacional (da OIT), e a aplicabilidade da Declaração no Brasil, terão, aí, elementos importantes para refletir.

A IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther

Adverte a autora, na introdução ao livro, que os institutos da igualdade e da não discriminação não pertencem tão somente ao Direito, pois extravasam o campo jurídico e antecedem, até mesmo, a positivação de regras e normas que buscam sua regulamentação. Declara, como seu objetivo maior, “tratar da igualdade e não discriminação na qualidade de direitos reconhecidos pelo sistema jurídico, relacionando-os à sua aplicação nas relações de trabalho” (p. 13).

Nos dezessete capítulos enfrentam-se os seguintes temas: O conceito de igualdade sob o prisma da sociologia, política, religião e filosofia (p. 17-20); A igualdade formal na Revolução Francesa e no liberalismo (p. 21-23); A igualdade material na Revolução Industrial e após a Primeira Guerra Mundial (p. 24-27); A igualdade no período após a Segunda Guerra Mundial. Desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e proteção da igualdade voltada aos grupos, classes e minorias (p. 28-30); A igualdade e a não discriminação no período contemporâneo de proteção dos Direitos Humanos. O sistema global e regional de proteção (p. 31-37); A igualdade e a não discriminação no âmbito dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos (p. 38-43); A igualdade e a não discriminação na Constituição Federal Brasileira de 1988. As concepções e funções do direito à igualdade e à não discriminação (p. 44-70); A legislação internacional e nacional protetora do direito à igualdade e à não discriminação nas relações de trabalho (p. 71-105); Análise da Lei nº 9.029/95 (p. 106-122); Outras práticas discriminatórias nas relações de trabalho – interpretação extensiva do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.029/95 (p. 123-153); Âmbito de aplicação e sujeitos das práticas discriminatórias (p. 154-156); As práticas discriminatórias criminosas e suas penas (p. 157-159); Outras cominações para as práticas discriminatórias (p. 160-171); A igualdade e a não discriminação nas normas coletivas (p. 172-181); A igualdade e a



Peres, Célia Mara. A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. 247 p.

não discriminação nos regulamentos de empresa e contratos de trabalho (p. 182-186); Modalidades de discriminação nas relações de trabalho (p. 187-202); A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho no direito estrangeiro (p. 203-238).

Há um capítulo específico para as conclusões (p. 239- 240).

Entre tantos capítulos bem fundamentados, com análises de grande profundidade, destaca-se o que trata da igualdade e a não discriminação nas normas coletivas. Com percuciência, afirma a autora que sobre os direitos assegurados por lei, que tratam das garantias e direitos mínimos previstos aos trabalhadores (em regra aqueles previstos no art. 7º da Constituição Federal), bem como sobre seus direitos de personalidade (honra, intimidade, segurança, imagem, igualdade, não discriminação etc.), “a negociação coletiva deverá ser vista com cautela, sempre cumprindo o critério da razoabilidade e da ponderação da previsão, ou seja, com a observação da necessidade, adequação e proporcionalidade da norma coletiva em relação à restrição de outro(s) direito(s) da mesma natureza” (p. 175).

Como ressalta Fabíola Marques, o livro cuida de tema de grande relevância, não só para a Ciência Jurídica ou para o Direito do Trabalho, “mas para toda a sociedade porque analisa de forma ampla e didática o direito à igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho”.

Para descrição dos temas e sub-temas abordados pela autora, com profundidade, pode-se dizer, sem medo de errar, que a obra é indispensável a todos, juristas ou não, para compreender o fenômeno da discriminação e também para aprender como eliminar a incidência das atividades violadoras do princípio da igualdade nas relações de trabalho.

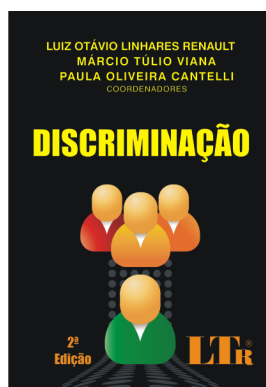
DISCRIMINAÇÃO

Luiz Eduardo Gunther

A obra divide-se em oito capítulos: 1) Discriminação e vida (p. 15-28); 2) Discriminação e Direito (p. 29-195); 3) Discriminação, justiça e processo (p. 197-285); 4) Discriminação e trabalho (p. 287-364); 5) Discriminação e meio ambiente (p. 365-371); 6) Discriminação nas artes, nas ciências e na escola (p. 373-403); 7) Discriminação na mídia e na política (p. 405-430); 8) Discriminação e psique (p. 431-471).

O primeiro capítulo apresenta um artigo só, de Dom Paulo Evaristo Arns, com a denominação “Para que todos tenham vida” (p. 17-28).

O segundo capítulo reúne o maior número de textos (10), iniciando com artigo de Luís Roberto Barroso, denominado “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil” (p. 31-58) e encerra com o trabalho de Egidia Maria de Almeida Aiexe, “Uma outra conversa sobre direitos humanos, cultura da violência e discriminação: o discurso das violações e a utopia de uma cultura de paz” (p. 176-195). Os outros oito artigos assim se intitulam: “Discriminação no emprego por motivo de sexo”, de Alice Monteiro Barros (p. 59-83); “Proteção jurídica ao trabalho das pessoas com deficiência”, de Sebastião Geraldo de Oliveira (p. 84-107); “Proteções contra discriminação na relação de emprego”, de Mauricio Godinho Delgado (p. 108-117); “Esperando o legisla(Deus) – por que o portador do vírus HIV e o aidético necessitam de proteção trabalhista especial”, de Luiz Otávio Linhares Renault (p. 118-134); “A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei 9.029/95)”, de Marcio Túlio Viana e Raquel Betty de Castro Pimenta (p. 135-142); Os dois modos de discriminar: velhos e novos enfoques”, de Márcio Túlio Viana (p. 143-149); “Orientação sexual e discriminação no emprego”, de Rodolfo Pamplona Filho (p. 150-163); e “A parassubordinação: proteção ou discriminação?”, de Lorena Vasconcelos Porto (p. 164-175).



Renault, Luiz Otávio Linhares. Viana, Márcio Túlio. Cantelli, Paula Oliveira. Discriminação. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. 471 p.

O terceiro capítulo trata da discriminação, justiça e processo, composto pelos seguintes textos: “Discriminação e processo do trabalho”, de Estêvão Mallet (p. 199-208); “Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas”, de José Roberto Freire Pimenta (p. 209-255); “O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham”, de Márcio Túlio Viana (p. 256-259). “Por que a má-fé persegue o advogado?”, de Celso Soares (p. 260-267); “A discriminação na jurisprudência”, de Luís Felipe Lopes Boson (p. 268-278); e “Processo do Trabalho: sonho, desejo e realidade”, de Adriana Goulart de Sena (p. 279-285).

O quarto capítulo versa sobre discriminação e o trabalho, trazendo os seguintes artigos: “Discriminação: desdém da pessoa humana em branco e preto”, de Luiz Otávio Linhares Renault e Maria Isabel Franco Rios (p. 289-311); “O negro e as ações afirmativas: a discriminação que inclui”, de Paula Oliveira Cantelli (p. 312-325); “Raça e trabalho: as fronteiras da exclusão”, de Antônia Vitória Soares Aranha e Mara Marçal Sales (p. 326-338); “A discriminação no contexto de trabalho – o caso dos portadores de lesões por esforços repetitivos”, de Maria Elizabeth Antunes Lima (p. 339-348); e “Discriminação etária nas relações de trabalho”, de Daniela Lustoza Marques de Souza Chaves (p. 349-364).

O quinto capítulo trata da discriminação e meio ambiente, com artigo escrito por Virgílio Maurício Viana denominado “Discriminação e empobrecimento socioambiental do Brasil” (p. 367-371).

O sexto capítulo refere-se à discriminação nas artes, nas ciências e na escola. Compõe-se de quatro artigos: “Dança e discriminação: relato de uma experiência”, de Anamaria Fernandes Viana (p. 375-382); “Artes & artistas: breve ensaio sobre discriminação”, de Patrícia Sousa Carmo (p. 383-389); “Discriminação na ciência”, de André Koch Torres Assis (p. 390-400); e “A discriminação na escola: recortes das vidas de L., S., P. e R.”, de Mariana Fernandes Viana (p. 401-403).

Dois artigos analisam, no sétimo capítulo, a discriminação na mídia e na política: “Discriminação e exclusão na mídia impressa”, de Valdir Heitor Barzotto (p. 407-413); e “Rito sumário: política, poder e discriminação – cassação de deputados operários em Minas Gerais”, de Lucília de Almeida Neves Delgado (p. 414-430).

Por fim, o oitavo, e último capítulo, trata da discriminação e psique, contendo os seguintes trabalhos: “Conduitas discriminatórias e o sujeito social: um olhar psicanalítico para reflexão”, de Regina Márcia Manicardi Vaz (p. 433-442); “Corda em casa de enforcado”, de Francisco Carminha (p. 443-445); “Prostituição e marginalidade: narrativas de identidade entre prostitutas”, de Carla de Méis (p. 446-466); e “Autodiscriminação: o inimigo dentro do trabalhador”, de Raquel Portugal Nunes (p. 467-471).

Pode-se dizer, sobre a obra em análise, que é uma das mais completas apreciando o tema da discriminação no Brasil.

Na apresentação, os coordenadores destacam que “podemos discriminar quando falamos ou quando nos calamos: com palavras, gestos, silêncios, olhares e até com o mais simples suspiro” (p. 13). Salientam, também, que “a discriminação está em muitos lugares e momentos, e por isso vem misturada com os cheiros, camuflada pelas cores, confundida com os barulhos” (p. 13). Por isso pode a discriminação “estar na fábrica, no shopping, no hospital, na música, na ciência, na audiência e até mesmo na lei” (p. 13).

Propõe-se a obra, ainda nas palavras daqueles que coordenaram a sua edição, “desvendar algumas das faces da discriminação, fazendo interagir o Direito com outros ramos do conhecimento”. Nesse sentido, “a proposta é alargar horizontes, abrindo espaço para novas possibilidades de ação – especialmente por parte do operador jurídico” (p.13).

Não há dúvida de que nossa sociedade precisa muito desse livro, nesse início do século XXI, para primeiro compreender como a discriminação acontece, mas, sobretudo, depois, para aprimorar mecanismos jurídicos preventivos e também punitivos.

Luiz Eduardo Gunther

IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Angélica Maria Juste Camargo

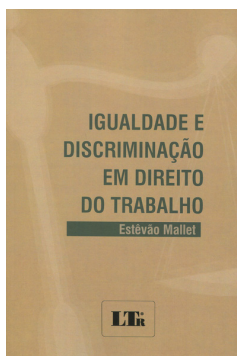
O autor é professor de Direito do Trabalho da Universidade de São Paulo. Mestre, doutor e livre-docente. Advogado, o autor é conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo desde 2007.

O autor inicia a obra com Considerações a respeito da igualdade e da desigualdade, da necessidade de definição de certos elementos de comparação para se estabelecer diferentes expressões de igualdade, bem como aborda a profunda relação entre igualdade e justiça.

No capítulo segundo, o professor aprofunda o estudo a respeito da igualdade, e incursiona no tempo para buscar suas origens. Fixa nas Revoluções Industriais dos Séc. XVIII e XIX a consagração da igualdade formal, no plano legislativo brasileiro, adentrando à pesquisa do tema na OIT, na ONU, na União Européia e no Mercosul.

No terceiro capítulo, o autor traça considerações sobre a igualdade no Direito do Trabalho e, mediante consistentes referências legislativas e jurisprudenciais do direito pátrio e do direito comparado, explora a questão da igualdade e da discriminação entre o homem e a mulher, igualdade racial e outras formas sob as quais a discriminação se manifesta, como por motivo de idade, crença religiosa, situação familiar ou estado civil, filiação ou parentesco, convicção política ou filosófica, opção e identidade sexual, procedência e nacionalidade, costumes e patronímico, situação financeira, antecedentes criminais, estado de saúde, excesso de peso, patrimônio genético, infertilidade, e até mesmo discriminação provocada pelo exercício de direitos.

No quarto capítulo, o autor revela os desdobramentos da igualdade por seus mais variados espectros: salarial, de benefícios, de tratamento, e em face da autonomia negocial e de normas regulamentares e coletivas.



.....

Mallet, Estevão. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

No capítulo quinto, o professor ressalta a importância da proibição de discriminação e sua distinção da proibição de diferenciação, pois esta somente se compreende naquela quando arbitrária, desarrazoada e injustificada. Observada a importância da noção de que a igualdade e a proibição de discriminação não são absolutas, o autor elenca situações cotidianas em que o estabelecimento de diferença de tratamento, pela lei e pelo empregador, é legítima, considerando-se critérios como o espaço temporal e geográfico, bem assim o contexto em que se executa o ato.

No capítulo sexto, o autor reconhece nas ações afirmativas e na inversão do ônus da prova duas ferramentas efetivas para a eliminação da discriminação que ainda subsiste, não obstante extirpada do ordenamento jurídico.

No capítulo sétimo, o autor enfatiza a relevância da igualdade para o aperfeiçoamento da democracia e da fraternidade, e sua dificuldade de assimilação em sociedades divididas por castas. Como enfatiza o autor, *“As sociedades divididas em castas, em grupos, em que há grandes desigualdades e há discriminação, são menos inclinadas a aceitar soluções democráticas e tendem a seguir caminhos autoritários. Mostram-se, ainda, mais instáveis”*.

Sendo o Brasil um país de grandes contrastes sociais, a obra constitui importante contribuição, dotada de elementos concretos ao aprimoramento da doutrina, das normas e da jurisprudência na busca da eliminação da discriminação e da igualdade entre todos.

LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Luiz Eduardo Gunther

Compõe-se o estudo de três capítulos. O primeiro trata da consideração devida à dignidade humana na relação de trabalho. O segundo refere-se aos direitos fundamentais: exigências jurídicas da dignidade humana, o direito à honra e à liberdade de expressão. O terceiro capítulo examina o poder de direção, a intimidade e a dignidade.

No primeiro capítulo apresentam-se quatro subtítulos: a tutela da dignidade humana na empresa; o direito e o dever de trabalhar - uma exigência da dignidade humana; o dever de boa-fé: núcleo duro do respeito à dignidade humana; a consideração devida à dignidade humana do trabalhador e o poder de direção do empresário. Quando se examina a tutela da dignidade humana na empresa, abordam-se os temas da empresa como comunidade humana - lugar de desenvolvimento da dignidade humana e a tutela da dignidade humana ante os atos e despedidas vexatórias. Na abordagem do direito e o dever de trabalhar como exigência da dignidade humana, explicam-se: o direito ao emprego efetivo, exigência da dignidade humana; o emprego efetivo relativamente à jornada de trabalho; a valoração objetiva da lesão à dignidade na falta de emprego efetivo. No desenvolvimento do tema do dever de boa-fé como núcleo duro do respeito à dignidade humana, examinam-se: o dever de reconhecimento mútuo, a boa-fé e a proibição da arbitrariedade; a relação entre veracidade, lealdade e dignidade humana; a convivência laboral e as normas mínimas de respeito à dignidade. Quanto à consideração devida à dignidade humana do trabalhador e o poder de direção do empresário, tratam-se dos seguintes aspectos: distinção entre dignidade humana e prestígio profissional; a consideração devida à dignidade na mobilidade funcional; o respeito à dignidade na modificação substancial das condições de trabalho; os limites do dever de obediência do trabalhador em relação à dignidade.



Zerga, Luz Pacheco. La dignidad humana en el derecho del trabajo. Navarra, Thomson Civitas, 2007. 343 p.

No segundo capítulo, desenvolvem-se dois subtítulos: os direitos e liberdades fundamentais como exigências jurídicas da dignidade humana; o direito à honra, à liberdade de expressão e o direito à informação. Na abordagem do primeiro subtítulo, contemplam-se análises sobre: a dignidade humana na jurisprudência constitucional, liberdades, direitos e boa-fé, delimitação dos direitos fundamentais e liberdades públicas, dignidade humana, conflito de interesses e conteúdo essencial dos direitos fundamentais, critérios hermenêuticos para delimitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais na relação laboral, os conflitos de competência entre Tribunais em matéria de direitos fundamentais e respeito à dignidade e as hipotéticas dimensões ou “níveis” de dignidade humana. No exame do segundo subtítulo, abordam-se as seguintes matérias: o conteúdo essencial do direito à honra, o conteúdo essencial da liberdade de expressão e informação e sua relação com o direito à honra e os sujeitos do direito à honra.

O terceiro capítulo apresenta três subtítulos: o direito à intimidade e à própria imagem; as medidas de controle e o direito à intimidade; a igual dignidade: uma fundamentação metajurídica da dignidade humana. No exame do primeiro subtítulo tratam-se dos seguintes temas: direito à intimidade; direito à própria imagem; o trabalhador como titular do direito à intimidade e à própria imagem. No subtítulo dois enfrentam-se os aspectos do: consentimento do trabalhador; os vigilantes e os detetives privados; o uso indevido do computador; as fotografias e as gravações em vídeo; o uso do telefone; a competência do sindicato na defesa do direito à intimidade de seus representados e o segredo das comunicações; o controle da saúde do trabalhador. No terceiro subtítulo examinam-se: os mecanismos de proteção do *minimum* inatacável de dignidade; uma hipótese anômala: as operadoras de disque-sexo; o conceito de dignidade humana.

No prólogo, Alfredo Montoya Melgar afirma que a ideia humanista, personalista, das relações de trabalho, ilumina a obra, desde a primeira até a última página. Diz mais, que, como toda verdadeira obra de Direito, não se reduz a um mero trabalho de engenharia ou relojoaria jurídica, mas, transcendendo à pura construção técnica, eleva-se à região dos valores.

Melgar registra, nessa apresentação, ainda, a ênfase da autora no sentido de que o Direito do Trabalho possibilita o respeito às partes contrato de trabalho em sua qualidade de sujeitos de Direito, evitando, assim, qualquer forma de codificação que implique sistemas ou situações de servidão ou escravidão moral ou física.

Como registra a autora, em sua introdução, a análise do conceito de dignidade humana e sua vinculação com os direitos fundamentais realizou-se a partir da perspectiva do Direito do Trabalho, que, embora seja uma disciplina especializada, tem a particularidade de constituir, como salienta Manuel Alonso Olea, “um observatório privilegiado para a contemplação atual de zonas vastíssimas do mundo do Direito, e ainda para generalizar sobre o Direito mesmo” (p. 25).

O livro examinado é, sem dúvida, fundamental na análise do tema da discriminação violadora da dignidade da pessoa humana no campo do trabalho.

LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADOR: O EQUILÍBRIO ESTÁ NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Luiz Eduardo Gunther

Divide-se a obra em três capítulos, além de uma introdução e uma conclusão. No primeiro capítulo trata dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana; no segundo examina a subordinação e no terceiro, o poder de direção do empregador.

O primeiro capítulo subdivide-se em dois tópicos: os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto aos direitos fundamentais, são abordados: o início da formalização dos direitos fundamentais; a evolução histórica dos direitos fundamentais; a evolução e afirmação dos direitos fundamentais sociais de segunda geração. No que diz respeito ao segundo tópico, explica-se o conceito e o princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional.

O capítulo segundo estuda, quanto ao tema da subordinação, conceito e fundamento, evolução histórica e necessidade de releitura dessa teoria.

O capítulo terceiro, relativamente ao poder de direção do empregador, aborda o conceito, a divisão, o fundamento, o *jus resistantiae*, os limites constitucionais e apresenta uma reflexão concreta sobre o correio eletrônico (*e-mail*) do empregado e o poder de direção do empregador.

Segundo o prefácio de Walter Claudius Rothenburg, o livro capta “aquela inquietação universal com a suposta crise de autoridade e a reinterpreta num discurso jurídico ancorado na perspectiva maior da democracia de sujeitos livres e iguais” (p. 7).



.....

Murari, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregador: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2008. 150 p.

Para o prefaciador, ainda, “a fotografia dos limites ao poder de direção do empregador está enquadrada na paisagem dos direitos fundamentais, fundados na dignidade” (p. 7).

Sintetiza o autor, em sua introdução, que o trabalho destina-se a investigar “o poder de direção do empregador, procurando configurá-lo como um direito fundamental”. Ressalta que, mesmo assim, “sofre as restrições impostas pelos direitos fundamentais dos empregados, fazendo com que não possa ser exercido ilimitadamente”. Afirma, também, que “os limites constitucionais impostos ao poder de direção do empregador devem ser analisados sempre em conformidade com os ditames do princípio dignidade da pessoa humana” (p. 15).

A conclusão do estudo é no sentido da “possibilidade de monitoramento formal e material das correspondências eletrônicas de uso estritamente profissional dos empregadores, pois estas comunicações não estão abrangidas pela inviolabilidade do sigilo de correspondência tradicional (art. 5º; XII, da CF/88)” (p. 143).

De qualquer forma, alerta o autor, “certos critérios devem ser obedecidos, afastando-se a possibilidade de um controle injustificado e indiscriminado por parte do empregador” (p. 143). Assevera, por fim, de forma didática e contundente: “o controle deve ser realizado somente quando necessário e, em todos os casos, os empregados devem ser previamente informados, dando-lhes ciência dos detalhes do monitoramento, sempre por escrito” (p. 143).

Pode-se assim, afirmar que “o direito do trabalho digno é o único que interessa ao Estado Democrático de Direito”. Isso quer dizer que é por meio da proteção “ao princípio da dignidade da pessoa humana que surge a proteção constitucional da relação de emprego, assim como dos direitos fundamentais dos trabalhadores”.

Espera-se que o leitor, ante as explicações dadas, concorde com a importância do livro, que pode servir para melhor compreender o fenômeno da “discriminação”. Através do poder de direção do empregador pode-se observar se está (ou não!) sendo respeitado o direito fundamental do empregado de não ser discriminado.

TRABALHO E IGUALDADE: TIPOS DE DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther

O livro é composto por três partes definidas. Na primeira parte abordam-se aspectos gerais da igualdade e da discriminação nas relações de trabalho. Na segunda parte enfrentam-se os tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Na terceira e última parte examinam-se os regimes especiais de trabalho e a discriminação.

Os textos que formam a primeira parte denominam-se: “Discriminação nas relações de trabalho e emprego: reflexões éticas sobre o trabalho, pertença e exclusão social e os instrumentos jurídicos de retificação”, de Daniela Muradas Reis; “Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho”, de Luciane Cardoso Barzotto; “Reconhecimento e trabalho: a teoria do reconhecimento de Axel Honneth no âmbito do trabalho”, de Aline Soares Arcanjo; “A concretização da fraternidade nas relações de trabalho: uma abordagem acerca da discriminação e exclusão social”, de Sílvia Beatriz Gonçalves Câmara; “Igualdade, diferença e identidade: três pilares da alteridade nas relações de trabalho de um mundo pluralista”, de Dartagnan Ferrer dos Santos; “Direito à não discriminação e a dignidade da pessoa humana”, de Tatiana Francio Salvador.

Na segunda parte organizam-se os seguintes estudos específicos: “Proteção constitucional contra despedida arbitrária. Dignidade da pessoa humana e os limites do poder diretivo do empregador”, de Cláudio Antônio Cassou Barbosa; “Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista”, de Andréa Saint Pastous Nocchi; “(Des)igualdade de remuneração entre gêneros”, de Tanara Lilian Pazzim; “A proteção dos trabalhadores contra despedidas arbitrárias e discriminatórias através da aplicação direta da legislação brasileira vigente e do uso da Convenção nº 158 da OIT como guia para interpretação dos dispositivos internos aplicáveis”, de Geovana Geib; “O ageísmo e o trabalhador empregado”, de Cristiana Sanchez Gomes Ferreira; “O trabalhador com deficiência e a discriminação no ambiente de trabalho”, de Rita de Cássia Gerlach Rodrigues; “Discriminação por acidente do trabalho ou por doença ocupacional”, de Maria Cecília Butierrez; “A discriminação ao



Barzotto, Luciane Cardozo. Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2012. 367 p.

portador de doença crônica no mercado de trabalho”, de Denise Oliveira dos Santos; “Discriminação dos jovens no trabalho”, de Danúbio Pereira Furtado; “Discriminação racial/étnica na relação de trabalho”, de Clarissa Felipe Cid; “A discriminação por orientação sexual nas relações de trabalho”, de Adroaldo Junior Vidal Rodrigues, Rodrigo Valin de Oliveira e Vicente Jalowitzki de Quadros.

A terceira e última parte compõe-se dos seguintes textos: “Índigenas do Brasil - Questão fundiária e busca de trabalho”, de Vicente Fontana Cardoso; “O princípio da não discriminação entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo integral no direito brasileiro”, de Vanessa Del Rio Szupzynski; “Análise juslaboral do teletrabalho nos países do Mercosul e União Europeia - e a inevitável discriminação aos teletrabalhadores”, de Daniela Ervis Remião; “Trabalhador na agricultura. Olhar contemporâneo. *Deficit* de trabalho decente”, de Cássia Rochane Miguel; “Terceirização”, de Roberta Ludwig Ribeiro; “O acordo sobre residência para nacionais dos Estados-Partes do Mercosul como instrumento de redução da discriminação nas relações de trabalho”, de Igor Fonseca Rodrigues.

Na apresentação do livro, Francisco Rossal de Araújo registra que apenas “a partir do final do século XVIII surgem as doutrinas de igualdade formal de todos perante a lei, como consequência dos postulados de que a lei representa a vontade geral da nação”. Mais tarde, com o advento da Revolução Industrial e os excessos do liberalismo econômico, “caracterizado pela exploração dos trabalhadores e pelas precárias condições de trabalho”, surgirá a discussão centrada na igualdade material, “base da reivindicação de uma melhor distribuição de riqueza e no fornecimento de melhores condições de infraestrutura de educação, saúde, lazer, entre outros”. Nasce aí o Estado Social de Direito que, com o Estado Democrático de Direito, que o sucede modernamente, “consagram o Princípio da Igualdade, dando-lhe característica positiva, não somente visando à defesa do cidadão, mas assegurando-lhe instrumento positivo de realização do bem comum” (p. 8-9).

Segundo essa introdução, o objetivo do livro é “investigar, refletir e lançar luzes sobre o problema da discriminação no trabalho”, questão que, no fundo, constitui um desafio do princípio de igualdade e, assim, “um desafio ao Estado Democrático de Direito”.

Como se pode aquilatar pela menção aos títulos dos artigos, essa coletânea, ao tratar do tema do trabalho e da igualdade, sob a ótica dos “tipos de discriminação no ambiente de trabalho”, produz importante e ampla análise que interessa a todos os operados do Direito e também às empresas e aos trabalhadores.

ALL É CONDENADA EM R\$200 MIL POR DISCRIMINAR PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

A Justiça do Trabalho condenou a América Latina Logística Malha Sul S/A (ALL), em Curitiba, a pagar R\$ 200 mil de indenização por danos morais coletivos devido à discriminação de candidatos a emprego, conforme o tipo de deficiência, e falhas relacionadas à acessibilidade nas instalações da empresa. A decisão é da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, da qual cabe recurso.

A condenação resultou de uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho a partir de denúncia de um funcionário da ALL que é deficiente físico com problemas de mobilidade.

O Ministério Público constatou que a empresa fazia uma pré-seleção dos currículos dos candidatos deficientes, eliminando antecipadamente os cadeirantes ou deficientes auditivos e visuais totais. Na análise dos procuradores do MPT, a prática era discriminatória e tentava minimizar os problemas de acessibilidade já existentes na ALL.

Uma perícia técnica comprovou a existência de uma série de locais na empresa com falhas de acessibilidade, incluindo o refeitório, os banheiros, a recepção, os elevadores e o estacionamento.

No refeitório, a altura das bandejas estava bem acima dos limites normativos, impedindo que fossem alcançadas por cadeirantes. Nos elevadores, cabines sem dimensões mínimas nem registro sonoro de chamada ou de posição no andar.

Ao analisarem o caso, os desembargadores consideraram legítimos os argumentos do MPT e enfatizaram que a ninguém é dado o direito de estabelecer critérios diferenciados de admissão ao emprego de pessoas com deficiência.

“A discriminação na oferta de vagas de emprego às pessoas com deficiência, revela-se ofensiva e intolerável, e afronta diretamente direitos e princípios constitucionais, tais como a garantia à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à igualdade, à não-discriminação e à busca do pleno emprego (artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, caput e I, 7º, XXX e 170, VII e VIII, da CF)”, ressaltou o relator do acórdão, desembargador Cassio Colombo Filho.

Os magistrados decidiram que o comportamento discriminatório não poderá se repetir, sob pena de multa, para cada descumprimento, de R\$ 1.000,00 em favor de uma entidade cuja atuação se destine à tutela de interesses dos trabalhadores com deficiência.

Também foi estabelecido prazo de 12 meses para que a ALL promova a execução das obras necessárias para corrigir os problemas de acessibilidade, cujo descumprimento implicará em multa no valor de R\$ 1.000, 00 por dia.

A ALL deverá pagar ainda uma indenização de R\$ 200 mil a título de danos morais coletivos a uma entidade que atue na defesa de interesse dos trabalhadores com deficiência, a ser definida pelo Ministério Público.

Processo número 36413-2013-014-09-00-9.

Notícia publicada em 08/04/2015
Assessoria de Comunicação do TRT-PR
(41) 3310-7309
ascom@trt9.jus.br

APROVADO SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS NOS CONCURSOS PÚBLICOS DO JUDICIÁRIO GAÚCHO

O Conselho da Magistratura do TJRS aprovou, na tarde dessa terça-feira, proposta de anteprojeto de lei para criação do sistema de cotas para negros e pardos nos concursos públicos do Poder Judiciário Estadual. A proposta, que agora segue para votação no Órgão Especial, contempla a reserva de 15% das vagas oferecidas nos concursos públicos de ingresso relativos às funções delegadas e aos cargos atinentes ao Judiciário gaúcho.

Em 27/01/14, a Lei Estadual nº 14.147/2012, que versa sobre reserva de cotas a negros e pardos nos concursos públicos promovidos pelos três Poderes do Estado, foi declarada parcialmente inconstitucional pelo Órgão Especial do TJRS, pois foi constatado vício de iniciativa no que concerne aos concursos públicos realizados pelo Judiciário.

Não há dúvida da relevância do tema e da necessidade de adoção de ações afirmativas para combater as profundas desigualdades existentes em nosso país e as diversas formas de exclusão. Sabe-se que a maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho é característica marcante em membros de grupos historicamente discriminados, afirmou o Desembargador Francisco José Moesch, 3º Vice-Presidente do TJRS.

Ao proferir o seu voto, o magistrado também ressaltou que, sob o ponto de vista da constitucionalidade, as políticas afirmativas que beneficiam determinados grupos étnicos por razões históricas já receberam a chancela do Supremo Tribunal Federal.

Autodeclaração

Sobre a fixação de percentual para reserva de vagas, o relator avaliou que se verifica nas diversas legislações que tratam do tema, inclusive no plano federal. Já sobre autodeclaração, o Desembargador Moesch destacou que, apesar de ser a mais comum verificada nos diversos textos legislativos, a experiência não vem se revelando eficaz, devido, especialmente, às burlas, já que o critério é subjetivo.

A proposta é de que, como requisito para inclusão, a autodeclaração seja acompanhada, já na inscrição, de qualquer documento oficial (admitindo-se por presunção documentação do pai ou da mãe) em que conste a raça do candidato.

E, ainda, a formação de uma Comissão para tratar dos casos. Como não se pode afastar a possibilidade de alguém, destacadamente negro ou pardo, não disponha de tais comprovações documentais, pode ser prevista, subsidiariamente, verificação presencial do postulante. Nesse caso, para evitar flagrante injustiça, seria confirmada a autodeclaração por exame da Comissão do Concurso, desde que evidente o pertencimento do candidato a uma das raças beneficiadas, explicou o relator.

Desempenho

Ainda de acordo com a proposta de anteprojeto de lei, ficou definido que, para participar do sistema de reserva de vagas, o candidato deverá ser aprovado no concurso, isto é, alcançar o número mínimo de acertos previsto no edital do certame.

O relator do expediente no COMAG, Desembargador Francisco José Moesch, destacou os pareceres do Juiz-Assessor Luís Antônio Behrendorf Gomes da Silva e da Assessora Superior Graciane Molinaro Reis Roenick, que auxiliaram no embasamento do voto.

Fonte: TJ Rio Grande do Sul

SELO PREMIA EMPRESAS COM INICIATIVAS PELA ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

As funcionárias da Caixa Econômica Federal anualmente fazem exames de mamografia pagos pelo banco, que também instituiu um programa de equivalência de gênero em cargos de gestão e uma ouvidoria para casos de discriminação contra as mulheres no ambiente de trabalho. A empresa foi uma das cerca de 60 instituições públicas e privadas que receberam da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) o selo do Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça de reconhecimento por implementarem ações voltadas para a promoção da equidade de gênero e raça no ambiente de trabalho.

A iniciativa, destinada a empresas de médio e grande porte, reúne experiências voltadas para deixar o trabalho mais igualitário ou diminuir a dupla jornada de trabalho enfrentada pelas mulheres. Durante a premiação, nesta quinta-feira (25), a ministra da Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM), Eleonora Menicucci, fez um balanço das ações implementadas pelas empresas que coíbem discriminações e citou a elaboração de planos de carreira, criação de ouvidorias e o incentivo ao compartilhamento dos afazeres domésticos

“As discriminações no mundo do trabalho nem sempre são percebidas e demandam ações específicas para a mudança”, disse Eleonora. “A conquista da autonomia e da igualdade entre mulheres e homens é fator primordial para o desenvolvimento econômico do país”. O selo que poderá ser usado nos materiais de publicidade das empresas atestando o compromisso com a não discriminação de gênero e etnia. Elas executaram ao menos 70% das ações pactuadas e obtiveram um desempenho considerado satisfatório ou muito satisfatório.

“As grandes empresas têm muita influência sobre os seus parceiros em geral, sejam fornecedores ou prestadores de serviço e podem contribuir com a mudança de mentalidade”, disse Rebecca Marques, diretora regional da ONU Mulheres, órgão das Nações Unidas criado em 2010 e voltado para a promoção da igualdade de gênero.

A desigualdade entre homens e mulheres pode ser percebida na remuneração. Mesmo sendo mais escolarizadas, as mulheres ganham menos. Segundo dados do Censo de 2010, na faixa etária de 25 anos ou mais, o percentual de homens com pelo menos o nível superior foi 9,9% e das mulheres, 12,5% e a taxa de abandono escolar precoce é maior entre os homens (41,1%) do que entre as mulheres (31,9%), entretanto o rendimento feminino corresponde a 73,8% do masculino.

“Apesar de termos avançado nos últimos anos, a desigualdade salarial ainda é um desafio que persiste e precisa ser enfrentado”, disse a ministra Gleisi Hoffmann, que falou sobre a sua experiência enquanto diretora da Usina de Itaipu, uma das primeiras empresas a participar do programa.

A desigualdade é maior quando envolve o recorte de etnia. Dados da pesquisa Retrato da Desigualdade de Gênero e Raça, feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em 2011, mostram que, em 2009, uma trabalhadora negra ganhava em média R\$ 364,80, uma renda inferior a de uma trabalhadora branca, em torno de R\$ 421,60. Em função dessa realidade, o recorte racial foi incluído entre as iniciativas premiadas pelo selo.

“O reconhecimento não é só um elemento simbólico, ele tem a capacidade de gerar mudanças na vida das pessoas e nas mentalidades corporativas, o que pode resultar em maior empoderamento das mulheres, especialmente as mulheres negras”, disse a ministra Luiza Bairros ao elogiar a iniciativa.

De acordo com a SPM, as diferenças entre homens e mulheres são mais evidentes nos níveis mais altos de chefia onde, para cada mulher no comando, há seis homens. Além disso, as mulheres ainda encontram piores condições de trabalho, salários mais baixos e sofrem com o acúmulo de tarefas em função da dupla jornada.

“O programa contribui com a missão de promover a justiça social e a corresponsabilidade dos homens nas tarefas domésticas”, disse a oficial de Projetos do Programa de Igualdade de Gênero e Raça da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Ana Carolina Querino. “O princípio da corresponsabilidade na divisão de tarefas entre mulheres e homens também é uma responsabilidade dos estado e das empresas”.

A lista das empresas que receberam a premiação pode ser acessada na página da secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM). Entre as ações implementadas estão: instalação de salas de aleitamento, ampliação das licenças maternidade e paternidade, adoção de linguagem inclusiva nos crachás e contracheques, adaptação de uniformes e equipamentos de proteção individual, estímulo nos contratos de trabalho da empresa inclusive com terceirizados à equidade de gênero, raça e etnia, inclusão nos editais de concursos públicos dos temas equidade de gênero e diversidade entre os conteúdos programáticos, concessão aos pais do direito de trabalhar 30 horas semanais em caso de filhas ou filhos com deficiência física ou mental.

Edição: Fábio Massalli

Fonte:Repórter da Agência Brasil

TST CONFIRMA DECISÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO DO PR E CONDENA EMPRESA QUE DESPEDIU EMPREGADO APÓS CRISES DE EPILEPSIA

Um trabalhador rural de Jaguariaíva conseguiu manter no Tribunal Superior do Trabalho decisão da Quarta Turma do TRT do Paraná que considerou que sua dispensa pela Arauco Florestal Arapoti S.A. foi abusiva e discriminatória. Apesar de trabalhar há mais de vinte anos para a Arauco e empresas do grupo, ele desenvolveu epilepsia e, quando as convulsões se tornaram mais constantes, foi demitido.

A Quarta Turma do TST não conheceu (não entrou no mérito) do recurso das empresas contra a condenação, e foi mantida a sentença.

O empregado foi admitido em agosto de 1990 e, entre 2006 e 2010, o contrato foi suspenso para tratamento de saúde. As crises se tornaram mais frequentes a partir de agosto de 2012 e, em setembro, ele foi dispensado. No pedido de reintegração, ele alegou que, apesar de a epilepsia não ser contagiosa, as convulsões dão margem a tratamento discriminatório.

As empresas, em sua defesa, afirmaram que a demissão ocorreu por reestruturação do quadro, não por discriminação, tanto que o trabalhador recebeu alta médica em junho de 2010 e foi dispensado apenas em outubro 2012. Acrescentaram que a epilepsia é doença crônica, não grave, situação que não gera a presunção de dispensa discriminatória.

A Vara do Trabalho de Jaguariaíva (PR) considerou a demissão discriminatória e violadora do princípio da boa-fé objetiva. A sentença declarou nula a rescisão e determinou a reintegração do trabalhador, com o pagamento dos salários do período de afastamento, e fixou indenização por danos morais no valor de R\$ 37 mil.

A decisão foi mantida pelo Justiça do Trabalho do Paraná com base na Súmula 443 do TST, que presume como discriminatória a despedida de portador do vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito. Segundo o TRT-PR, as empresas não conseguiram desconstituir essa presunção.

As empresas recorreram ao TST, mas a Quarta Turma entendeu que a Súmula 443 foi bem aplicada e não conheceu do recurso. Para a relatora, ministra Maria de Assis Calsing, a epilepsia, por si só, não seria enquadrada como doença grave a suscitar preconceito. Todavia, no caso deste processo, “é possível concluir que foi a causa determinante da ruptura contratual pela empresa, fazendo, assim, ser presumida a dispensa discriminatória”.

Quanto à indenização, a Turma afirmou que, havendo a comprovação da dispensa discriminatória, não há como se afastar o dano moral, que independe de prova da efetiva da lesão à honra ou imagem do empregado. A decisão foi unânime.

Numeração do processo no TRT-PR: 122-2013-666-09-00-0

Numeração do processo do TST: 129-19.2013.5.09.0666

(Com informações da Secretaria de Comunicação do TST)

Notícia publicada em 05/02/2015 A

ssessoria de Comunicação do TRT-PR

BOMPREÇO É CONDENADO POR REVISTA DISCRIMINATÓRIA DE BOLSAS E ARMÁRIOS

A revista em bolsas e armários apenas dos empregados da “categoria de base” levou à condenação o Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda. A empresa terá de pagar R\$ 20 mil de indenização por danos morais a um empregado que se sentiu ofendido com o procedimento. O Bompreço recorreu, mas a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu do recurso.

Segundo o trabalhador, contratado inicialmente como auxiliar de operador de carnes, diretores e gerentes não eram submetidos a revistas, e entravam na loja pela porta da frente, “enquanto os peões, além das revistas a que são obrigados a se submeterem, entravam pela porta dos fundos”. Uma testemunha disse ter visto o gerente determinar uma fiscalização mais rígida sobre o empregado, porque desconfiava que ele tivesse manipulado o inventário.

A fiscalização, que segundo ele eram realizadas pessoalmente por gerentes e encarregados e presenciadas por terceirizados, empregados e fornecedores, envolvia o exame do seu local de trabalho, inclusive o lixo, e questionamentos sobre a manipulação de balanço. O preposto da empresa, por sua vez, confirmou apenas a existência de recadastramento de armários para identificar os que estivessem desocupados.

O Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (AL), que impôs a condenação à empresa, entendeu que esse recadastramento “nada mais é do que um disfarce para revista de pertences dos trabalhadores”. A decisão levou em conta os depoimentos das testemunhas, que afirmaram que os armários eram vistoriados sem a presença dos empregados.

O recurso da empresa contra a condenação foi examinado pelo ministro Maurício Godinho Delgado. Segundo ele, não se trata de simples caso de revista em bolsas e sacolas, mas de discriminação, uma vez que as revistas eram realizadas somente em uma determinada categoria de empregados. O trabalhador foi submetido a situação vexatória, como ficou demonstrado na decisão regional.

O ministro esclareceu que o princípio antidiscriminatório está presente em diversos dispositivos constitucionais. “Para a Constituição de 1988, não há dúvida de que os princípios, regras e direitos fundamentais constitucionais aplicam-se, sim, às relações entre particulares, inclusive às

relações empregatícias”, afirmou. “Comprovado que as revistas tinham cunho de discriminação, atingindo apenas os trabalhadores mais simples (‘os empregados de categoria de base’), incidem os preceitos constitucionais civilizatórios, com as consequências normativas pertinentes, inclusive a indenização por danos morais”, concluiu, afastando a alegação de violação legal e constitucional da empresa.

A decisão foi unânime

(Mário Correia/CF)

Processo: RR-1449-82.2010.5.19.0003

BRASIL FOODS É CONDENADA POR DISCRIMINAR FUNCIONÁRIO QUE INGRESSOU COM AÇÃO TRABALHISTA

A BRF - Brasil Foods S.A. foi condenada a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 15 mil, por discriminar um funcionário que ingressou com ação trabalhista contra a empresa. A decisão da 5ª Câmara do TRT-SC confirma sentença da juíza Lisiane Vieira, da Vara do Trabalho de Joaçaba.

Dois dias depois de publicada a sentença favorável ao seu pedido de horas extras, o trabalhador foi transferido de setor e, um mês depois, dispensado sem justa causa. A empresa alega que a mudança aconteceu porque o autor tinha problemas de relacionamento com a equipe e por ele estar descontente com as atividades que exercia. Também argumentou que a demissão aconteceu porque a fábrica de processamento de ovos foi desativada, sendo necessário reduzir o quadro de funcionários.

Mas, para a juíza Lisiane, a BFR não provou o comportamento inadequado do funcionário, o que poderia ter sido feito por meio de comprovantes de punições. Ao contrário, o superior hierárquico, ouvido como testemunha, declarou que não sabe da aplicação de penalidades ao autor. Além disso, para a magistrada, é inacreditável que uma empresa de tal porte não saiba do processo de extinção de um setor, cerca de 30 dias antes do seu fechamento. Colaborou para o entendimento, a informação trazida pelas testemunhas de que todos os funcionários foram transferidos para outros setores, sendo dispensado apenas o autor. “Se somente o autor não foi aproveitado, e sendo fato notório que a ré sofre com falta de funcionários, tenho por comprovada a prática discriminatória”, registra a magistrada na sentença.

Os desembargadores concordaram com a juíza. Para eles, além de gerar dano moral ao autor, o comportamento demonstra a intenção da empresa de reprimir outros trabalhadores para que não adotem o mesmo comportamento, buscando seus direitos perante o Poder Judiciário. Mas, eles entenderam que o valor arbitrado de R\$ 10 mil, foi insuficiente para inibir a vontade da empresa de silenciar as manifestações de seus empregados. José Ernesto Manzi, desembargador-relator, assim se manifestou no acórdão: *“A realidade dos autos, longe de se buscar discursos ou divagações quanto ao papel social do capital, deixa claro o desrespeito daqueles que detém o meios de produção e capital para com o ser humano e para com as instituições de direito que o Estado lança mão na tentativa de equilibrar o tão perseguido fiel da balança da Justiça. (...) O comportamento da ré, além de equivocado e pouco recomendável, atrai penalidade exemplar no intuito de inibir futuros comportamentos similares e demonstrar que os conceitos de Justiça e humanidade estão acima de outros conceitos relativos à economia e à produtividade.”* A empresa recorreu ao TST.

Fonte: TRT 12 (SC)

BRASILEIRO GANHA US\$ 2 MILHÕES POR RACISMO EM TRABALHO NOS EUA

O brasileiro Andre De Oliveira, 56, ganhou, assim como seis colegas seus, uma indenização de US\$ 2 milhões por discriminação racial na empresa Matheson Trucking, onde trabalha desde 2006. De acordo com a ação, os funcionários negros eram humilhados e separados dos brancos na companhia, que presta serviços para os Correios. Oliveira, que vive no Colorado (EUA) há 21 anos, diz que ainda não sabe o que fará com o dinheiro.

Eu vim para os EUA em 1993, para me tornar mestre em tae kwon do. Sempre fui ligado à arte marcial, fui campeão brasileiro cinco vezes e depois técnico no Brasil. Tive que ralar muito, trabalhei na limpeza, na construção civil, vendi carros.

Em 2005, consegui abrir a minha academia, Champion Taekwondo Academy.

Mas a economia ia mal e tive que arrumar um emprego de meio expediente para conseguir mantê-la.

Entrei na Matheson em 2006, era uma empresa bacana. Mas, em 2008, a empresa contratou uma nova gerente e ela mudou o clima do lugar. Com o tempo, percebemos que ela tratava negros e imigrantes de um jeito diferente, nunca falava conosco.

No galpão em que trabalhamos, há duas seções e uma delas tem um volume de correspondências bem maior que o outro. E ela, ao fazer a escala, sempre colocava os negros na área mais dura –às vezes, quando terminávamos nossa parte, éramos mandados para a outra seção para terminar o trabalho dos brancos.

Começamos a reclamar e todo mundo passava o problema para frente. Em meio às denúncias, as coisas foram ficando piores. Gritavam com a gente, nos chamavam de “nigger” (termo em inglês usado de forma pejorativa para se referir a pessoas negras). Vi meus amigos sendo chamados de “africanos estúpidos e preguiçosos”.

Um funcionário me dizia não entender por que a empresa contratava pessoas de outro país, que não tinham capacidade de fazer o trabalho. Um maluco que tinha uma arma em casa disse que ia trazê-la para a empresa um dia e matar todos os africanos e estrangeiros.

Em 2010, a gerente mudou a escala e tirou os nossos nomes, teríamos que esperar eles nos ligarem quando houvesse trabalho para nós, era uma demissão disfarçada. E ela contratou novos funcionários, todos brancos.

Fui à empresa, reclamei muito e eles me devolveram meu emprego. Mas em 2011, fizeram isso de novo. No mesmo ano, procuramos um advogado.

Quando viram o processo era sério, me ofereceram meu trabalho de volta. Aceitei, por orientação do meu advogado e continuo trabalhando na empresa até hoje.

O julgamento foi muito emocionante para todos nós. O que eu passei foi humilhante, nunca contei para minha família, amigos, tinha vergonha. Não foi fácil, mas hoje eu sou considerado pelo que eu sou, não pela minha cor ou pela minha origem.

Vou pedir demissão da empresa, claro, só estou aguardando uma posição dos meus advogados –eles disseram que a Matheson vai apelar da decisão. Mas para mim, o importante é que conseguimos provar que há discriminação.

Eu ainda não pensei no que vou fazer com o dinheiro. Nesse momento, estou mais focado em desabafar.

Mas minha prioridade sempre será minhas três filhas –quero dar a elas uma condição melhor de vida.

Fonte: Folha online

CERVEJARIA É CONDENADA POR DISCRIMINAÇÃO CONTRA EMPREGADO CARIOCA

A Justiça do Trabalho condenou empregador ao pagamento de indenização por danos morais em favor de gerente de vendas, que após transferência do Rio de Janeiro para Brasília, foi alvo de comentários de seu superior hierárquico que, além de se referir aos cariocas como “malandros e espertos”, fazia piadas deselegantes sobre a esposa do empregado.

Na visão do Juiz do Trabalho Cristiano Siqueira de Abreu Lima, em exercício na 11ª Vara do Trabalho de Brasília (DF), o cenário de “zombarias infanto-juvenis” a que foi submetido reiteradamente o empregado no ambiente de trabalho pelo gerente regional constitui-se conduta de assédio moral vertical descendente, na medida em que abusiva e ofensiva à dignidade psíquica do empregado, com intenso potencial de comprometimento da capacidade do assediado de se relacionar profissional e socialmente com colegas de trabalho.

Reclamação

O autor ajuizou reclamação trabalhista, alegando que teria sofrido assédio moral durante os pouco mais de cinco meses em que esteve em Brasília, pois, além de orquestrado boicote que impossibilitava sua atuação laboral, foi obrigado a ouvir comentários depreciativos dirigidos à sua origem regional e à sua esposa.

Testemunhas

De acordo com o magistrado, a despeito do mencionado “tom de brincadeira”, os comentários dirigidos pelo gerente regional tinham potencial ofensivo à integridade moral do empregado, pois dirigidos em reuniões de trabalho, na frente de toda a equipe de vendas, gerenciada pelo Reclamante.

“O ambiente de trabalho não deve ser palco de manifestações de estereótipos regionais ou de zombarias à vida familiar dos empregados. O apreço da chefia por brincadeiras de gosto duvidoso, relacionadas à origem e à relação conjugal de determinado empregado, extrapola os limites do poder diretivo, consistindo grave vulneração dos deveres de urbanidade, respeito, lealdade e boa-fé que devem reciprocamente permear as relações trabalhistas”.

Como responsável por conferir ambiente de trabalho hígido e saudável, imune a comportamentos que ofendam a dignidade psíquica de seus empregados, prosseguiu o magistrado, o empregador não pode estimular a prática de deboches que coloquem o trabalhador em posição constrangedora perante seus pares.

Direito às diferenças

Comentários pejorativos aos cariocas, ou a qualquer naturalidade, potencializam estereótipos infundados que servem para aumentar as diferenças entre as pessoas em virtude apenas do local de nascimento, como se a “bondade” ou a “maldade”, a retidão e a corrupção, a perfeição ou o defeito, dependessem de critérios geográficos, argumentou o juiz.

Diante do constrangimento a que foi submetido o empregado, o magistrado estipulou em R\$ 40.000,00 o valor da indenização por danos morais, a ser paga pela Cervejaria.

Comunicação

Na sentença, o magistrado negou pedido do empregado para que fosse exigida judicialmente da empresa pedido de desculpas e manifestação de reconhecimento profissional. Contudo, o juiz disse entender que a reparação integral à honra e à imagem é feita por meio da ciência da sentença que censurou a prática discriminatória e assediadora, sem prejuízo da compensação pelos danos morais. Assim, seguindo precedente do Tribunal Superior do Trabalho, o magistrado determinou que fosse “divulgado o inteiro teor desta decisão a todos os empregados da Reclamada, por meio eletrônico (ou equivalente), com referência expressa a essa determinação”.

(Mauro Burlamaqui / Áudio: Isis Carmo)

Processo nº 0001610-78.2014.5.10.0011

Fonte: Tribunal Regional do Trabalho - 10ª Região

CONDENAÇÕES POR TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO SINALIZAM MUDANÇAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Duas condenações recentes por dano moral confirmadas pelo Tribunal Superior do Trabalho demonstram que, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, certas situações até então toleradas no ambiente de trabalho são hoje consideradas atentatórias à dignidade do trabalhador. Nos dois casos, o motivo da condenação foram ofensas relacionadas à origem dos trabalhadores e aos estereótipos a ela relacionados.

Na primeira decisão, o TST dobrou o valor da indenização que a TVA Sul Paraná terá de pagar a um empregado que era chamado por seu superior hierárquico de *“baiano preguiçoso”* – e, numa medida inédita, terá de divulgar o teor da decisão a todos os seus empregados. Na outra, a Doux Frangosul S. A. Agro Avícola não conseguiu reverter condenação a indenizar um trabalhador congolês que era chamado de *“árabe sujo”*.

Mudança nas relações

O ministro Vieira de Mello Filho, presidente da Sétima Turma, órgão que julgou o caso da TVA, destacou que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para julgar casos de reparação de danos materiais e morais vem alterando substancialmente a cultura das relações de trabalho no Brasil. Segundo ele, a falta de um instrumento jurídico efetivo para coibir condutas ética e moralmente reprováveis acabou criando um padrão cultural nas relações de trabalho. *“Acredito que nenhum cidadão gostaria de passar pelas situações que temos visto no nosso dia-a-dia, ao julgar esses casos”*, observou. *“E isso é um fato comum”*.

Para Vieira de Mello, o Brasil parece ter perdido um pouco a consciência de seus valores morais e éticos. *“As pessoas acham que tudo é uma piada. Mas não é assim. Aqui, não era uma piada, era uma ofensa. E nós estamos aqui exatamente para coibir esse tipo de procedimento numa relação de trabalho onde há uma condição de subordinação ou, no mínimo, de dependência econômica, que muitas vezes impede o trabalhador de reagir”*, concluiu.

“Baiano preguiçoso”

Na reclamação trabalhista contra a TVA, o trabalhador, contratado como vendedor de pacotes de assinatura, disse que seu supervisor *“cobrava metas impossíveis e acima do razoável”*, e, quando havia algum equívoco em suas vendas, perguntava, de forma discriminatória, *“se ocorreu alguma ‘baianada’”*, além de ofendê-lo com expressões de baixo calão. Testemunhas ouvidas no processo confirmaram o tratamento desrespeitoso: o supervisor fazia comentários alusivos à origem do vendedor, chamando-o de preguiçoso e oferecendo uma rede para descansar. *“O supervisor ‘pegava no pé’ dele por ser baiano”*, afirmou uma das testemunhas.

Em recurso ao TST, o trabalhador sustentou que o caso configurava discriminação racial no ambiente de trabalho, e que o valor de R\$ 4 mil inicialmente arbitrado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) não compensava a humilhação, o constrangimento e o abuso de poder sofridos.

A Sétima Turma do TST seguiu a proposta do relator, ministro Cláudio Brandão, de aumentar a indenização para R\$ 10 mil. “Não se admite que o ambiente de trabalho seja palco de manifestações de preconceito e que não se observe o mínimo exigido para que as pessoas – empregadas ou não – sejam tratadas com respeito próprio de sua dignidade”, afirmou o relator.

Banana no campo

Para o ministro Cláudio Brandão, “a grande questão não está na designação de ‘baiano’, mas no que o fato em si representa”. A relevância, segundo ele, “está na suposição, partida de algumas pessoas, de que são superiores a outras e na ‘coisificação’ do ser humano; de que a condição pessoal de alguém lhe impinge determinada marca que pode ser utilizada como sinal de distinção pejorativa no grupo social no qual convive”. O que está em jogo, destacou, “é o menosprezo, o descaso com a condição humana”.

Cláudio Brandão afirmou que a intenção é que deve ser investigada e, “*uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário*”, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho. “*Certamente quem assim pensa deve achar normal um torcedor jogar banana no campo de futebol como forma de ataque ao atleta*”, assinalou.

“Árabe sujo”

No caso da Doux Frangosul, o trabalhador, nascido no Congo, foi contratado para realizar o “abate islâmico”, ou halal, método religioso que consiste no degolamento manual das aves ainda vivas, ao invés da utilização de facas ou máquinas. Na reclamação trabalhista, ele relatou que ele e seus colegas muçulmanos eram humilhados e discriminados. Além de serem chamados de “*árabes sujos, molengas e imprestáveis*”, disse que era agredido pelos chefes do setor, que arremessavam contra ele os frangos mortos, cheios de sangue, toda vez que havia algum corte irregular ou quando a meta diária não era alcançada.

Em defesa, a Doux Frangosul alegou que não podia ser responsabilizada pelos problemas pessoais do empregado com os supervisores e que sempre ofereceu condições seguras e adequadas para seus empregados realizarem suas atividades. Condenada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) a pagar indenização de R\$ 15 mil, a empresa não teve seu recurso conhecido pelo TST.

A Terceira Turma, com base no quadro descrito, entendeu evidenciado que o tratamento humilhante e discriminatório dispensado pelos fiscais “extrapolou os limites do aceitável”, caracterizando o assédio moral. O ministro Alberto Bressiani, relator do recurso, afirmou que é obrigação do empregador “respeitar a consciência do trabalhador, zelando pela sua saúde mental e liberdade de trabalho, sua intimidade e vida privada, sua honra e imagem”, impedindo a ocorrência de práticas que o exponha a situações “humilhantes, constrangedoras, ridículas, degradantes, vexatórias, tendentes a incutir na psique do trabalhador ideia de fracasso decorrente de uma suposta incapacidade profissional”.

Divulgação

Além da indenização, a Sétima Turma adotou, no caso da TVA, uma decisão inédita: determinou que o inteiro teor da decisão seja divulgado a todos os empregados, por meio eletrônico ou equivalente, “como medida suasória para evitar comportamentos que tais, diante de sua gravidade, em virtude da necessidade de se agregar à decisão judicial instrumentos aptos a torná-la efetiva.” A medida tem fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, que autoriza ao juiz determinar “providências que assegurem o resultado prático” da decisão.

O dispositivo do CPC, segundo o relator, “é um verdadeiro ‘cheque em branco’ que se atribui ao magistrado para, diante do caso concreto, determinar quaisquer providências que, a seu juízo, possibilitem à decisão judicial produzir efeitos para além do mundo dos autos e alcance a vida real, o mundo dos fatos”. “Rompe-se, com isso, com a visão monetarista do processo”, afirmou, contribuindo-se “também para fazer cessar o comportamento lesivo”.

(Carmem Feijó e Taciana Giesel)

Processos: RR-305-63.2012.5.09.0009 e RR-861-24.2011.5.04.0661

DISCRIMINAR TRABALHADOR INDÍGENA GERA DANO MORAL INDIVIDUAL, NÃO SÓ COLETIVO

Uma transportadora de cargas da região de Farroupilha, na serra gaúcha, deve pagar R\$ 10 mil a um indígena que trabalhou sem registro em carteira de trabalho nem outros direitos trabalhistas, enquanto outros colegas não índios recebiam os benefícios. Para a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), a conduta discriminatória é “evidente” e dispensa a prova do abalo sofrido pelo empregado.

Em primeira instância, o juízo havia reconhecido o vínculo de emprego, mas entendeu que o autor não tinha direito à indenização por dano moral individual, por concluir que a conduta da empresa afetaria toda a população indígena local. Segundo a sentença, o correto seria fixar indenização por danos morais coletivos, o que não foi pedido na ação.

O trabalhador recorreu e acabou conseguindo mudar a decisão. Para o relator do processo TRT-4, desembargador Marcelo José Ferlin D’Ambroso, a diferença no tratamento de empregados que desempenhavam a mesma atividade (serviço de carga e descarga) desrespeitou a honra e a dignidade do trabalhador indígena, “na medida em que, devido à sua pouca (ou nenhuma) instrução, teve sua mão de obra ilicitamente intermediada, sem registro em sua CTPS e sem reconhecimento de direitos trabalhistas básicos”.

O relator apontou ainda que a proteção ao trabalho dos indígenas é dada pelo agrupamento de quatro diplomas legais: no âmbito internacional, pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas; e, no âmbito nacional, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973).

Em conjunto, segundo o desembargador, essas normas consagram garantias sociais e incluem acesso à Justiça, isonomia nos direitos trabalhistas e previdenciários, adaptação das condições de trabalho aos usos e costumes indígenas e assistência dos órgãos de proteção. O voto foi seguido por unanimidade. Com informações da Assessoria de Imprensa do TRT-4.

Fonte: CONJUR

EMPRESA É DENUNCIADA POR EXIGIR ‘HÉTERO E MAGRO’ PARA VAGA DE GARÇOM

Uma empresa de recursos humanos de Campinas (SP) foi denunciada por ter publicado em seu site um anúncio de vagas para garçom pedindo candidatos magros e heterossexuais. A denúncia de discriminação contra cidadãos homossexuais foi feita pelo grupo Identidade, que luta pela diversidade sexual na cidade.

(Correção: ao ser publicada, esta reportagem errou ao informar que a empresa está sendo processada. O que houve foram duas denúncias contra ela em comissões administrativas. O erro foi corrigido às 16h58.)

“Não há o que se justifique querer uma pessoa hétero ou homo. A orientação sexual é uma característica da pessoa como gênero. Do ponto de vista constitucional, é proibido qualquer forma de discriminação. Quem faz esse tipo de coisa está no século XIX”, afirma Paulo Tavares Mariante, coordenador de direitos humanos do grupo Identidade.

Nesta quarta-feira (1º), o advogado da empresa Companhia de Terceirização de RH (Ciaterh), Maurício Almeida, informou que a página onde estavam as duas ofertas para a função não publicava vagas desde outubro de 2013.

No início desta semana, a diretoria retirou a vaga do site e publicou uma mensagem informando que o site foi invadido, que “foram inseridos dizerem contrários à filosofia de trabalho” e a empresa “repudia veementemente qualquer tipo de discriminação racial, de credo, de opção sexual e outras, e não compactua com qualquer forma de homofobia”.

Anúncio restritivo

Para se candidatar, além de ser heterossexual e ter o Índice de Massa Corporal (IMC) dentro do padrão da Organização Mundial da Saúde (OMS), o profissional teria que ter boa aparência, ser maior de 18 anos, do sexo masculino ou feminino, não fumar, não possuir tatuagem, não usar piercing ou brincos exagerados.

Também constava na descrição que o candidato deveria ser educado, ter boa dicção e escrita, noções de matemática e morar nas proximidades da Chácara da Barra, bairro de classe média da cidade. Segundo Mariante, o anúncio chegou ao Identidade por meio de denúncia de uma militante LGBT na última quinta (28).

“O anúncio era bem objetivo. No nosso ponto de vista, o anúncio é explicitamente discriminatório. Não é obscuro. Hétero é uma das condições, diz com todas as letras. Há muito tempo a gente não via algo dessa forma”, afirma.

Processo

Mariante protocolou denúncias na sexta (29) junto à Comissão Processante Especial da Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania, com base em uma Lei Estadual que proíbe discriminação e estabelece penalidades (10.9/2001), e também à Comissão Especial Processante da Secretaria de Assuntos Jurídicos de Campinas, com base na Lei Municipal sobre o tema (9.809/1998).

“Deve servir como advertência para todas as empresas. Ninguém é obrigado a amar um homossexual, mas o respeito é fundamental”, diz.

O anúncio não informa o nome do estabelecimento que busca preencher as vagas de garçom. Para Mariante, é essencial saber quem fez essa solicitação desta forma. *“Colocamos no processo que a empresa informe o estabelecimento, para que ele também faça parte do processo. Se ela não der informação, pior, porque vai responder sozinha.”*

Sobre o site ter sido invadido, conforme informou a Ciaterh na página da internet, Mariante cobra que a companhia prove. *“Caberá à empresa comprovar que houve a invasão. Se eles comprovarem, a gente não terá nenhum problema em reconhecer isso, e o processo será arquivado”, completa.*

Empresa busca responsáveis

Nesta quarta, o advogado da empresa informou que esse portal deveria ter saído do ar em outubro de 2013, quando a Ciaterh passou a direcionar as atividades para a terceirização de serviços. *“A empresa não posta vagas desde então”, afirma Almeida.*

Segundo o advogado, nesta quinta (2) haverá uma reunião com a equipe que cuida do site, localizada em Piracicaba (SP). *“Vamos buscar quem está cuidando do site para entender o que aconteceu, como a vaga entrou e quando foi postada”, diz.*

Fonte: G1

FRIGORÍFICO ALVORADA É CONDENADO A INDENIZAR AUXILIAR VÍTIMA DE AGRESSÃO E INJÚRIA RACIAL

Uma auxiliar de serviços do Frigorífico Alvorada Ltda. (Friall), vítima de injúria racial e agressão pela superiora hierárquica, conseguiu garantir na Justiça do Trabalho indenização por danos morais. Para o relator do processo na Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Alexandre Agra Belmonte, nada justifica práticas dessa natureza, “que vilipendiam a dignidade humana e a personalidade do trabalhador”.

Na reclamação trabalhista, a auxiliar disse que foi agredida pela superiora após se recusar a transportar um recipiente com salsichas, pesando cerca de 40 kg. De acordo seu relato, após informar que não estava se sentindo bem e que não conseguiria carregar peso, levou um tapa no rosto e foi ofendida pela encarregada do setor, que disse que “preto era para sofrer mesmo” e “preto nasceu para carregar peso”. Após o ocorrido, foi obrigada a tirar férias e, quando retornou, foi dispensada do emprego.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), apesar de reconhecer que as testemunhas apresentaram depoimentos controversos sobre o caso, entendeu que as provas produzidas pela trabalhadora foram mais convincentes e concedeu indenização de R\$ 30 mil pelo dano sofrido, reformando a sentença que havia indeferido o pedido. De acordo com o TRT, as duas testemunhas levadas pela auxiliar foram uníssonas ao relatar o caso, enquanto as da empresa não apresentaram a mesma concordância quanto aos fatos narrados.

“Grave ofensa”

A empresa recorreu da decisão, mas teve o seguimento do recurso de revista negado pelo TRT. Ao apelar ao TST, via agravo de instrumento, a empresa sustentou a improcedência do pedido e a redução do valor da indenização para R\$ 1 mil. Mas para o relator do caso, ministro Alexandre Agra Belmonte, ficou comprovado que a trabalhadora foi vítima de agressão física e de discriminação racial, com “grave ofensa à dignidade”.

Ele ainda destacou que a prática do racismo é considerada crime inafiançável e imprescritível pela Constituição Federal. “Não há como tolerar o tratamento vexatório dispensado à empregada pela sua encarregada que, além de deferir-lhe um tapa no rosto, dirigiu-se a ela com menosprezo pela sua origem racial”, afirmou.

Por entender que a divergência jurisprudencial apresentada nos autos foi inespecífica, nos termos da Súmula 296 do TST, o relator negou provimento ao agravo empresarial.

Majoração da indenização

O agravo de instrumento da trabalhadora, que pedia a majoração da indenização, também foi rejeitado pela Terceira Turma, uma vez que o recurso apresentado pela defesa não indicou expressamente os dispositivos que entendeu violados, conforme exige a Súmula 221 do TST.

A decisão foi unânime.

(Taciana Giesel/CF)

Processo: AIRR-744-75.2012.5.03.0095

O TST possui oito Turmas julgadoras, cada uma composta por três ministros, com a atribuição de analisar recursos de revista, agravos, agravos de instrumento, agravos regimentais e recursos ordinários em ação cautelar. Das decisões das Turmas, a parte ainda pode, em alguns casos, recorrer à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1).

LANCHONETE INDENIZARÁ CLIENTE DEFICIENTE QUE SOFREU DISCRIMINAÇÃO.

A lanchonete Ka Lanches foi condenada a pagar R\$ 4 mil de indenização por danos morais a um cliente que sofreu discriminação por ser deficiente físico e catador de lixo.

A decisão é da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que reformou a sentença proferida pela comarca de Pouso Alegre.

Os clientes L.G.R. e R.D.G. entraram na Justiça contra a lanchonete, afirmando que no dia 1º de março de 2012 os dois se encontraram em uma praça de Pouso Alegre e L. ofereceu um salgado ao seu amigo, que é deficiente físico e trabalha recolhendo lixo.

Ainda de acordo com L., os dois foram até a Ka Lanches e, ao entrar, o proprietário informou a ele que R. não poderia comer nem permanecer na sua lanchonete porque estava com mau cheiro. Para evitar uma discussão maior, L. pediu então a um atendente que colocasse o salgado em uma sacola, para que seu amigo o comesse fora do estabelecimento.

Em Primeira Instância, a lanchonete foi condenada a pagar R\$ 3.620 ao cliente L. e R\$ 7.240 a R., por danos morais.

A lanchonete recorreu da decisão ao Tribunal de Justiça, alegando que não houve ato discriminatório que justificasse a obrigação de indenizar, apenas uma discordância pelo atendimento. Ao analisar os autos, o relator do processo, desembargador José Flávio de Almeida, entendeu que L. não sofreu dano moral na situação apresentada e que a indenização por danos morais para R. deveria ser reduzida para R\$ 4 mil, valor adequado ao caso concreto. Ainda de acordo com o relator, o dano moral ficou configurado, pois os jornais da região repercutiram negativamente a imagem do deficiente.

Sendo assim, reformulou a sentença. Os desembargadores Anacleto Rodrigues e Maria Luiza Santana Assunção votaram de acordo com o relator.

Fonte: TJMG

NORMA QUE INCENTIVA DESLIGAMENTO DE EMPREGADOS ANTIGOS É DISCRIMINATÓRIA

Resolução do Banestes incentivava os empregados a aderir ao Plano Antecipado de Afastamento Voluntário, sob pena de desligamento automático e compulsório.

É discriminatória resolução do banco Banestes S.A. que incentivava os empregados a aderir ao Plano Antecipado de Afastamento Voluntário (PAAV), sob pena de desligamento automático e compulsório. Decisão é da 1ª turma do TST, que acolheu o recurso de revista de uma aposentada que alegou dano moral por ter sido obrigada a aderir ao PAAV e pedir aposentadoria proporcional para não ser demitida.

Com a decisão, o processo retorna à 3ª vara do Trabalho de Vitória/ES para que sejam julgados os pedidos da ação trabalhista. A aposentada pede a nulidade da adesão ao plano de desligamento e a reintegração aos quadros do banco, além de indenização por danos morais em virtude da discriminação por faixa etária.

Contra a CF

Ao acolher o recurso, o ministro Walmir Oliveira da Costa, relator do processo, destacou diversas normas brasileiras contra qualquer tipo de discriminação, como os artigos 3º e 7º da CF, a lei 9.029/95 e a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada no Decreto 62.150/68. Também lembrou o artigo 100, inciso II, do estatuto do idoso (lei 10.741/03), “com vistas justamente a abolir práticas que restrinjam o mercado de trabalho das pessoas em razão de sua idade”.

Para o ministro, embora a Resolução 696/08 do Banestes descreva apenas o critério relativo ao tempo de serviço (30 anos de serviços prestados ao banco), está claro que, ao condicionar a dispensa à possibilidade de aposentadoria integral ou proporcional, o banco, reflexamente, adotou critério etário, tendo em vista que o direito à aposentadoria está condicionado a dois requisitos cumulativos – idade mínima e tempo de serviço.

O relator ressaltou, ainda, que o critério supostamente “humanitário” alegado pelo banco de dispensar trabalhadores com fonte de renda assegurada (a aposentadoria) em vez dos mais jovens, que não têm renda garantida, não afasta a conclusão de que a aposentadoria é um ato espontâneo do trabalhador. Além disso, lembrou que o direito protestativo do empregador não é absoluto, “pois não lhe permite romper as relações de emprego a partir da adoção de critério discriminatório”.

O caso

Contratada em 1978, a empregada teve seu contrato rescindido em 2008. Na Justiça, afirmou que foi coagida a aderir ao PAAV, pois a Resolução 696/08 previa o desligamento de mulheres e homens com idades acima de 48 e 53, respectivamente. O Banestes contestou afirmando que a adesão se deu por livre vontade e, além das verbas previstas na legislação, a empregada recebeu indenização adicional de R\$ 19 mil.

A 3ª vara do Trabalho de Vitória rejeitou os pedidos da aposentada, decisão mantida pelo TRT da 17ª região. Para o regional, ao contrário de discriminatória, a política de desligamento de empregados do Banestes “contém uma preocupação social, na medida em que é melhor dispensar quem já tem uma renda assegurada do que aqueles que devem sair em busca de emprego”.

Embargos e recurso extraordinário

Após a publicação do acórdão, o Banestes interpôs embargos à Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST e recurso extraordinário, visando levar o caso ao STF.

Processo relacionado: RR-41700-02.2010.5.17.0003

Fonte: Migalhas

OI É CONDENADA POR DIVULGAR OSTENSIVAMENTE “DEZ MANDAMENTOS DA TELEFONIA”

A Oi S.A. foi condenada a pagar solidariamente com a Telecomunicações e Engenharia Ltda. (Telenge) indenização de R\$ 5 mil a um instalador/reparador de linhas que se sentiu assediado moralmente porque a empresa fixou várias vezes, em mural, os “dez mandamentos da telefonia”, com frases como “não terás vida pessoal, familiar ou sentimental” e “não verás teu filho crescer”. Condenada na instância regional, a Oi recorreu ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, em decisão da Segunda Turma, rejeitou o exame do mérito do recurso de revista.

Segundo o instalador, contratado pela Telenge para prestar serviços à Brasil Telecom S.A. (hoje Oi), um *e-mail* impresso com os “mandamentos da telefonia” foi afixado no mural do ambiente de trabalho frequentemente durante os dois anos e meio de contrato. Por diversas vezes o documento foi retirado do mural pelos empregados, inclusive ele mesmo, porque se sentiram ofendidos pelo seu conteúdo e com a prática da empresa. No entanto, ela “insistia em manter o *e-mail* ao alcance dos olhos de seus empregados”, afirmou o trabalhador.

Os “mandamentos” prosseguiam com “não terás feriado, fins de semana ou qualquer outro tipo de folga” e “a pressa será teu único amigo e as tuas refeições principais serão os lanches, as pizzas e o china in box”. Havia ainda “dormir será considerado período de folga, logo, não dormirás”.

Embora a Oi tenha negado a prática, os fatos narrados pelo empregado foram ratificados por testemunhas. A Telenge, por sua vez, alegou que se tratava de “uma piada, uma história, não para ofender os funcionários e, sim, para a empresa ter um clima de descontração e amizade”. Sustentou também que circulam na internet textos semelhantes.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRT-PR) considerou que a divulgação do texto em “rodas de amigos” ou na internet é diferente de se buscar institucionalizar os “mandamentos”. Para o TRT, a realização desses atos inculca no empregado “a sensação de que o conteúdo da mensagem era o correto e o esperado”.

No recurso ao TST, a Oi alegou que não foram demonstrados os requisitos que caracterizam o dano moral. Para o ministro José Roberto Freire Pimenta, relator do recurso, houve “evidente afronta à imagem e à dignidade da pessoa humana”. Ele frisou que o trabalhador foi submetido a pressão por parte da empresa com a fixação do texto no mural pois, segundo o ministro, era uma forma de

“manifestar o comportamento esperado dos seus empregados”.

O relator destacou que, para se concluir de maneira diversa da do Regional, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório, procedimento que é vedado na fase recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula 126 do TST.

Processo: RR-147400-10.2009.5.09.0072

Fonte: TST

LANÇAMENTO
“SÚMULAS, ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E
PRECEDENTES NORMATIVOS DO TST”
IGOR DE OLIVEIRA ZWICKER



A honrosa missão de redigir o prefácio desta obra me foi atribuída pelo seu próprio autor, Igor de Oliveira Zwicker, jovem talentoso, cuja caminhada profissional tenho tido oportunidade de acompanhar na Justiça do Trabalho da 8ª Região. Por certo, o prefaciante não deve se ater aos atributos do autor, eis que está, verdadeiramente, a serviço do

leitor, incumbindo-lhe a tarefa de instigar o “consumo da obra”. Todavia, previamente a esse objetivo e por justiça, hei de ressaltar aqui a competência e dedicação de Igor Zwicker, que com seu afinco no estudo do Direito e seu zelo pela boa escrita, está plenamente qualificado para bem contribuir com o mundo jurídico. Nesta publicação, o autor reúne Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos em vigor para, em seguida, concentrar os comentários nas alterações promovidas de 2010 a 2015, característica que imprime à obra o indispensável atributo da contemporaneidade, o que sempre se espera de um escrito jurídico, especialmente em nosso país, com ordenamento deveras diversificado e no qual impera a intensa atividade judiciária.

O autor preocupa-se com a correta exegese da jurisprudência, porém, não se exime da crítica pertinente. A análise à luz do novo Código de Processo Civil é outro aspecto que sustenta a relevância da obra, que se apresenta como pioneira neste particular.

Para os operadores do Direito, a obra haverá de estar permanentemente disponível para consulta, principalmente nos tempos atuais, quando muito se tem propagado a disciplina judiciária como instrumento para redução do elevado acervo processual nos tribunais nacionais. Nesse aspecto, a obra constitui ferramenta importante para auxiliar no aparentemente facial, porém,

tormentoso, uso da jurisprudência dominante. Os comentários do autor têm objetividade suficiente para a perfeita compreensão do alcance dos enunciados.

A interpretação clara e objetiva e a fundamentada crítica opositiva, sem dúvida, constituem o pilar de mérito desta obra, cuja leitura torna-se imperiosa para os que atuam no universo jurídico-trabalhista.

Espero que os leitores compartilhem essas impressões e bem absorvam o conhecimento que o jovem autor, brilhantemente, nos apresenta.

Claudine Teixeira da Silva Rodrigues -Especialista em Direito das Relações Sociais pelo Centro de Ensino Superior do Amapá – CEAP e em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas – Unicamp. Juíza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Belém. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 8ª Região – AMATRA 8.

SOBRE O AUTOR:

Igor de Oliveira Zwicker - Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia, Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Assessor Jurídico-Administrativo do TRT da 8ª Região.

DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

LIVRO

BARZOTTO, Luciane Cardoso, (coord.); BARZOTTO, Luciane Cardoso (Coord.) . **Trabalho e igualdade:** tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 367 p. ISBN 9788573488104. Localização: 331:316.647.82 B296t

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Discriminação por sobrequalificação.** São Paulo: LTr, 2009. 208 p. ISBN 978-85361-1324-1. Localização: 331.101.24 B755d

CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino do divã:** dominação e discriminação. São Paulo: LTr, 2007. 200 p. ISBN 978-85-361-0933-6. Localização: 331.101.24-055.2 C229t

JAKUTIS, Paulo. **Manual de estudo da discriminação no trabalho:** estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral, e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006. 349 p. ISBN 85-361-0857-6. Localização: 331.101.24 J25m

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2006. 333 p. ISBN 85-361-0907-6. Localização: 331.101.24 L732m

OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória.** São Paulo: LTr, 2008. 157 p. ISBN 978-85-361-1087-5. Localização: 331.101.24 O51d

SANCHES, Vanessa K. C. **A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 2009. 111 p. ISBN 978-85-361-1377-7. Localização: 331.101.24 S211d

ARTIGOS DE PERIÓDICOS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Discriminação racial e assédio moral no trabalho. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária.** São Paulo, v. 25, n. 307, p. 22-33, jan. 2015

ALVES, Rubens Valtecídes. Discriminação no emprego: paradigmas teóricos sobre a questão no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.** Uberlândia, v. 39, n. 1., p. 245-259, jan./jun. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SILVA, Alex Lino da ; CHACON, Luís Fernando Rabelo . Discriminação genética nas relações de trabalho e responsabilidade civil sob a ótica do Código Civil Brasileiro. **Ciência Jurídica do Trabalho.** Belo Horizonte, v. 18, n. 109, p. 52-78, jan./fev. 2015

GASPARINI, Maurício. Panorama atual brasileiro de proteção contra a discriminação no trabalho. **LTr**

Suplemento. São Paulo, v. 47, n. 19, p. 89-97, mar. 2011.

LAZZARIN, Sonilde Kugel; SIQUEIRA, Karen Dillenburg de . Modalidades e efeitos jurídicos da discriminação nas relações de emprego. **Justiça do trabalho.** Porto Alegre, v. 29, n. 337, p. 69-92, jan. 2012

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. Igualdade e não discriminação no ambiente de trabalho: uma questão constitucional de inclusão (e de proteção) do trabalhador portador de VIH/SIDA. **Revista trabalhista: direito e processo.** São Paulo, v. 13, n. 50, p. 29-48, abr./jun. 2014.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e o problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária.** São Paulo, v. 24, n. 294, p. 57-79, dez. 2013.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Relações de gênero, trabalho e não discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6. Região.** Recife, v. 21, n. 38, p. 130-152, jan./dez. 2011.

PAULA, Paulo Mazzante de; GIACON, João Paulo de Paula . Discriminação do empregado doméstico: igualdade ou manutenção do subemprego. **Trabalho em revista - Encarte.** Curitiba, n. 182, p. 6663-6669, abr. 2012

PESSANHA, Patricia Oliveira Lima. Um panorama jurídico das práticas discriminatórias nas relações de trabalho. **Repertório IOB de Jurisprudência.** São Paulo, v. 26, n. 23, cd. 2, p. 716-721, 1ª quinz./dez. 2012.

RANGEL, Ricardo Raemy. O dever de adaptação razoável e a discriminação por motivo religioso nas relações de trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho.** São Paulo, v. 77, n. 9, ex. 1, p. 1104-1110, set. 2013.

RODRIGUES, Rosane Aparecida. Práticas discriminatórias nas relações de trabalho. **Ciência Jurídica do Trabalho.** Belo Horizonte, v. 16, n. 97, p. 228-240, jan./fev. 2013.

SANTOS, Jackson Passos; MELLO, Simone Barbosa de Martins . Orientação sexual - a discriminação no ambiente de trabalho. **LTr Suplemento.** São Paulo, v. 47, n. 84, p. 427-431, jul. 2011

SILVA, René Marc da Costa. A Constituição de 1988 e a discriminação racial e de gênero no mercado de trabalho no Brasil. **Revista de informação legislativa.** Brasília, v. 50, n. 200, p. 229-248, out./dez. 2013.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus; MATTOS, Isabela Alves . A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual. **Revista dos tribunais (São Paulo).** São Paulo, v. 100, n. 907, p. 281-318, maio. 2011.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,

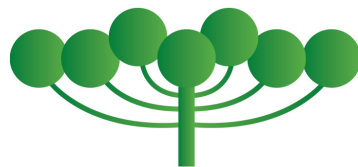
A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.



1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Arial, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 10 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRTPR

ESCOLA JUDICIAL