



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

ACÓRDÃO
(2ª Turma)
GMMHM/dl/mmm/ms

I - AGRAVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

REGIME DE COMPENSAÇÃO. BANCO DE HORAS. HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST. No caso, o Tribunal Regional reputou válido o regime de compensação na modalidade de banco de horas, indeferindo o pagamento de horas extras ao fundamento de houve a efetiva compensação da jornada nos controles de frequência. Assentou, ainda, que *"o reclamante não demonstrou a existência de horas extras prestadas e não pagas"*. Entendimento em sentido contrário depende do reexame da prova, vedado pela Súmula 126 do TST. **Agravo não provido.**

INTERVALO INTRAJORNADA. VALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST. O Tribunal Regional, valorando a prova, delimitou a validade dos cartões de ponto como meio de prova da jornada de trabalho do autor, registrando que a prova oral não foi hábil a desconstituir a validade das anotações, inclusive quanto ao intervalo intrajornada. Entendimento em sentido contrário depende do reexame da prova, vedado pela Súmula 126 do TST. **Agravo não provido.**

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. PROVA DIVIDIDA. ÔNUS DA PROVA. A Corte Regional, após análise do conjunto fático-probatório, em especial da prova oral, afastou a ocorrência de assédio moral sob o



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

fundamento de que *"além da testemunha do autor trabalhar em setor diverso, suas declarações foram refutadas pelo depoimento da testemunha da empresa"*. A matéria é eminentemente fática, sendo certo que qualquer aprofundamento para se verificar a tese sustentada pelo reclamante implicaria ultrapassar o quadro fático-probatório traçado pelo acórdão e reexaminar toda a prova produzida, o que é vedado nesta instância recursal, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula 126 do TST. Ademais, verifica-se do quadro fático delineado no acórdão recorrido que a prova oral no aspecto foi dividida, não podendo, portanto, favorecer o reclamante, que detinha o ônus de comprovar suas alegações. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a existência de prova dividida enseja o julgamento em prejuízo de quem detinha o ônus de provar, no caso, o reclamante. **Agravo não provido.**

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL. Em face do possível desacerto da decisão agravada, dá-se provimento ao agravo para o processamento do agravo de instrumento. **Agravo a que se dá provimento.**

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. OBESIDADE. ESTIGMA E PRECONCEITO. Em face do possível desacerto da decisão agravada, dá-se provimento ao agravo para o processamento do agravo de instrumento. **Agravo a que se dá provimento.**

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL. Ante a possível violação do art. 489, § 3.º, do CPC, dá-se provimento ao agravo de instrumento. **Agravo de instrumento a que se dá provimento.**

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. OBESIDADE. ESTIGMA E PRECONCEITO. Ante a possível contrariedade à Súmula 443 do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento. **Agravo de instrumento a que se dá provimento.**

III - RECURSO DE REVISTA

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL. No presente caso, o juízo de 1.º grau fundamentou que, segundo laudo pericial, as atividades do reclamante foram caracterizadas como perigosas. No entanto, não constou do dispositivo tal condenação, restando expresso apenas que os honorários periciais de periculosidade deviam ser pagos pela reclamada. Na fundamentação do acórdão, o Tribunal Regional aplicou a preclusão quanto ao tema, em razão de o reclamante não ter oposto embargos de declaração para a correção do erro material. Em casos como o dos autos, o Supremo Tribunal Federal e este Tribunal Superior do Trabalho têm acolhido a tese da coisa julgada substancial, segundo a qual, o trânsito em julgado não está somente restrito à parte dispositiva da decisão, mas também à conclusão fundamentada no *decisum*, que é o ponto relevante do julgado que solucionou a controvérsia de maneira inequívoca, ainda que não reproduzido no dispositivo ou que tal reprodução contenha um claro erro material. O



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

equivoco ou erro material na parte dispositiva não prevalece sobre a fundamentação contrária com evidente conteúdo substancial decisório, nos termos do art. 489, § 3.º, do CPC. Entendimento estritamente formalista em sentido contrário poderia conduzir a uma decisão divorciada do real entendimento do julgador e a descrédito do Poder Judiciário. Precedentes. **Recurso de revista conhecido e provido.**

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. OBESIDADE MÓRBIDA. ESTIGMA E PRECONCEITO. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 443 DO TST. Hipótese em que se discute a configuração ou não da dispensa discriminatória de empregado portador de obesidade mórbida. Incontroverso dos autos que o reclamante, por ocasião da perícia médica, possuía o IMC de 41,8 Kg/m², classificado como obesidade de grau III ou obesidade mórbida. Consta do acórdão regional também *"a condição do autor de portador de hipertensão arterial, diabetes e insuficiência cardíaca"*, bem como seu afastamento previdenciário, no final do ano de 2015, em razão de tais doenças. Assim, partindo da premissa de que o reclamante, no ato da dispensa, era obeso mórbido com insuficiência cardíaca e que retornava, há menos de um ano, de licença médica, parece verossímil a alegada dispensa discriminatória. Se não vejamos: Acerca da obesidade mórbida, desde 2013, a American Medical Association, uma das organizações médicas mais respeitadas e influentes do mundo da ciência, decidiu classificar a obesidade como **doença**. Já obesidade grau III é o grau mais agressivo da doença que serve de gatilho para o



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

aparecimento de outras tantas enfermidades, tais como: hipertensão arterial, diabetes, insuficiência cardíaca, transtornos alimentares e mentais. Mas, além das doenças associadas à obesidade, no caso do autor a insuficiência cardíaca e o transtorno alimentar, as pessoas obesas enfrentam ainda um **grave estigma social**. O estereótipo que se criou em torno da doença é de que indivíduos com obesidade são preguiçosos, portanto, menos produtivos, indisciplinados e incapazes. Não por outra razão, a gordofobia (aversão a pessoas obesas) vem sendo pauta de inúmeros estudos e discussões. O combate ao estigma associado à obesidade tem sido objeto de grande preocupação por parte da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica e Metabólica (SBCBM). Sobre tal aspecto, a SBCBM disponibilizou em seu site um artigo publicado pela revista científica *Nature Medicine* que constatou que *"o preconceito contra a obesidade compromete a saúde, dificulta o acesso de pessoas acima do peso ao mercado de trabalho e a tratamentos adequados, afeta suas relações sociais e a saúde mental"*. Dados do artigo apontam que cerca de 19% a 42% das pessoas obesas sofrem com a discriminação. O próprio Ministério da Saúde, por meio do site oficial do governo, ao tratar sobre o impacto da obesidade, fixou que o excesso de peso pode não apenas afetar a saúde física, mas compromete a motivação e produtividade do empregado. Assim, por mais que se tenha fixado nesta Corte Superior que a obesidade, por si só, não atrai automaticamente a presunção de ato discriminatório, não parece a realidade constatada pela OMS e Ministério da

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100587D7EA61A07567.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Saúde. Sobre a tratativa jurídica, a Constituição Federal, além de ter erigido como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV), repudia todo tipo de discriminação (art. 3.º, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7.º, I). Acresça-se que integra compromisso internacional do Brasil (Convenção 111 da OIT) o repúdio a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Conclui-se, portanto, que, tanto no cenário internacional quanto no nacional, tem-se levado muito a sério a questão dos estigmas gerados pela obesidade, circunstância que indiscutivelmente pode atrair a presunção da despedida discriminatória contida na Súmula 443 desta Corte. **No caso**, verifica-se que inexistiu qualquer registro no acórdão regional de que a dispensa do reclamante ocorreu por motivo diverso do ato discriminatório. Claro que não se ignora que, além da viabilidade da dispensa por justa causa, é possível também que a rescisão sem justa causa do contrato de trabalho seja considerada legal e que não se repute discriminatório o ato de dispensa. **Todavia, esse não é o caso dos autos, em que sobram indícios de discriminação:** Em primeiro lugar, o adoecimento ocorreu **no curso dos 12 anos do contrato de trabalho**, situação que se agrava pelo fato de a dispensa ter ocorrido após o retorno do reclamante de licença médica (6 meses de afastamento) levada a efeito em decorrência das enfermidades ocasionadas pela obesidade. Acrescente-se ainda que além da insuficiência cardíaca desenvolvida pelo autor, existiu nos autos a indicação de cirurgia bariátrica. Assim,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100587D7EA61A07567.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

a dispensa deu-se com ampla ciência da empresa a respeito do adoecimento, cujos primeiros sinais ocorreram com o afastamento previdenciário no final de 2015, resultando na dispensa no início do ano de 2017. Portanto, evidencia-se dos elementos fáticos delineados pela Corte Regional que o empregador detinha pleno conhecimento sobre o quadro de saúde do reclamante, bem como sobre a probabilidade de novos afastamentos em razão da obesidade, em especial quanto à possível cirurgia indicada. Acrescenta-se ainda que o Tribunal Regional manteve a sentença para reconhecer que a dispensa do autor não foi discriminatória, sob os fundamentos de que o reclamante não *"logrou comprovar a alegada dispensa discriminatória em razão das doenças"*. Ocorre que, de acordo com o princípio da aptidão para a prova, atribui-se o ônus da prova à parte que tem maiores condições de produzi-la. Assim, sendo incontroverso que a dispensa se deu em período que envolve o retorno de afastamento previdenciário, o **ônus da prova da dispensa não discriminatória caberia ao empregador**. Precedentes. Nestes termos, cabível a reforma do decidido para afastar a tese acerca do ônus probatório. Desse modo, ante o ordenamento jurídico vigente e o quadro fático posto, constata-se que a dispensa do reclamante configurou-se discriminatória, ultrapassou os limites de atuação do poder diretivo do empregador e alcançou a dignidade do empregado, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade da despedida discriminatória, uma vez que o Tribunal Regional, ao entender que não houve discriminação na dispensa do reclamante, decidiu em dissonância com o entendimento

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100587D7EA61A07567.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

consubstanciado na Súmula 443 do TST.
Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo nº **TST-RRAg-1000647-66.2017.5.02.0077**, em que é Agravante e Recorrente **AISLAM MONTEIRO SANTOS** e Recorrido **ATACADÃO S.A.**

Por meio de decisão monocrática firmada com apoio nos arts. 932, III e IV, c/c 1.011, I, do CPC e 118, X, do RITST, esta relatora negou seguimento ao agravo de instrumento do reclamante.

O reclamante interpõe recurso de agravo.

Houve manifestação da parte agravada requerendo a imposição da multa do art. 266, § 5.º, do Regimento Interno do TST à parte reclamante.

É o relatório.

V O T O

I - AGRAVO

PEDIDO EM CONTRARRAZÕES. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 266, § 5.º, DO RITST. PENALIDADE INDEVIDA.

Trata-se de pedido de aplicação da multa (art. 266, § 5.º, do RITST) feito em contrarrazões.

Entretanto, verifica-se que o agravo manejado pela parte é o meio recursal próprio para obter o pronunciamento do órgão colegiado a respeito de matéria julgada pela decisão monocrática, de modo a viabilizar a interposição de recurso de revista.

Rejeito.

REGIME DE COMPENSAÇÃO. BANCO DE HORAS. HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST.

O reclamante interpõe recurso de agravo em que pretende o exame do agravo de instrumento pelo colegiado quanto à existência de labor extraordinário.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Insiste na divergência jurisprudencial, bem como na contrariedade à Súmula 338 do TST.

Consta do acórdão regional:

"HORAS EXTRAS

(...)

Análise dos cartões de ponto juntados com a defesa revela a anotação de jornada variável, inclusive com sobrelabor habitual. Nesse norte, a invalidade da prova documental exige a produção de prova robusta a infirmar a correção dos horários consignados nos cartões de ponto, encargo do qual o reclamante não se desincumbiu. **Outrossim, as CCTs da categoria autorizam a compensação de jornada por meio de banco de horas, a exemplo da cláusula 24 da CCT 2012/2013** (fls. 573/574).

Em réplica o reclamante não impugnou os cartões de ponto trazidos pela empresa, cuidando apenas de se rebelar contra a compensação de jornada noticiada nos documentos, sustentando que é inviável a realização de acordo de compensação firmado apenas pelas partes, sendo imprescindível a anuência do sindicato. **Ocorre que na hipótese vertente, como referido no parágrafo anterior, a compensação de jornada foi autorizada por negociação coletiva e, portanto, é válida.**

Por outro lado, refere o demandante que fazia horas extras habituais, situação que segundo seu entendimento torna sem valor o acordo de compensação. Esclareço, entretanto, que a hipótese prevista no parágrafo 2º, do artigo 59, da CLT, trata de banco de horas, cuja adoção irregular, sem previsão em norma coletiva, não atrai a aplicação da Súmula nº 85, do C. TST. A previsão constante no enunciado sumular aplica-se às compensações eventuais, que são realizadas na própria semana. A hipótese dos autos não é de compensação de horas excedentes à jornada diária dentro da mesma semana, mas de aplicação do parágrafo 2º, do artigo 59 da CLT.

Diante do acima exposto, não há como afastar a validade dos cartões de ponto juntados aos autos. Só o fato do reclamante não ter impugnado a validade desses documentos já autoriza o reconhecimento da idoneidade dessa prova. Não bastasse isso, o depoimento do autor não traz qualquer harmonia com o quanto sustentado na prefacial, vez que relatou ao juízo que "trabalhava ou das", enquanto a exordial 05h45 às 14h45 ou das 07h às 16h de segunda a sábado referiu que o autor trabalhava das 8h às 18h, com prorrogação da jornada em cinco horas diárias.

Outrossim, embora a única testemunha obreira tenha declarado que "*trabalhava das 06h às 14h20 de segunda a sábado com 01 hora de intervalo; 4. que quando chegava o reclamante já estava trabalhando; 5. Que quando saía o reclamante ainda permanecia*", não esclareceu qual era efetivamente o horário de trabalho do autor e suas declarações também não guardam consonância com a narrativa constante do libelo. E a única testemunha da empresa, afirmou que "*o reclamante trabalhava das 08h às 18h; 6. que os horários eram corretamente registrados nos cartões de ponto*" (grifei).



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Nesse contexto, **não há como afastar a validade dos cartões de ponto, os quais prevalecem para fins de apuração de sobrelabor prestado e não quitado.** E, considerando que o autor não demonstrou, com base na prova documental juntada aos autos, ainda que por simples amostragem, a existência de horas extras prestadas e não pagas, não há como se deferir suplementares ao recorrido.

E, julgando os embargos de declaração dispôs:

“Quanto às horas extras, acolheu-se a validade da compensação de jornada por meio de banco de horas, sendo certo que **eventual inexistência de manifestação de vontade por escrito do empregado configura mera irregularidade formal e não enseja a condenação pretendida e tampouco a invalidação do sistema, notadamente quando se constata a efetiva compensação da jornada nos controles de frequência.**

[...]

Consigno, de qualquer forma, que equívoco ou omissão na análise da prova não autorizam modificação pela via declaratória, mesmo porque a omissão autorizadora da oposição de embargos de declaração diz respeito à matéria sobre a qual deveria o juízo se manifestar, não sendo meio hábil para revisão de provas”.

Analiso.

No caso, o Tribunal Regional reputou válido o regime de compensação na modalidade de banco de horas, indeferindo o pagamento de horas extras ao fundamento de houve a efetiva compensação da jornada nos controles de frequência.

Assentou, ainda, que “o reclamante não demonstrou a existência de horas extras prestadas e não pagas”.

Entendimento em sentido contrário depende do reexame da prova, vedado pela Súmula 126 do TST.

Nego provimento.

INTERVALO INTRAJORNADA. VALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST.

O reclamante interpõe recurso de agravo renovando sua insurgência quanto mérito.

Insiste na violação dos arts. 71 e 85 da CLT, na divergência jurisprudencial, bem como na contrariedade à Súmula 437 do TST.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Consta do acórdão regional:

[...]

Quanto ao intervalo intrajornada a prova testemunhal do reclamante também não convence. Com efeito, a testemunha referiu que "*não trabalhava no mesmo setor do reclamante*" e, desse modo, não presenciava o desfrute do intervalo alimentar pelo demandante, não se acolhendo como verdadeiro o relato de que "*já viu o reclamante no refeitório, mas explica que no horário em que ele deveria estar almoçando, normalmente, ele estava no seu setor para fazer a troca das baterias; 15. que em média trocava a bateria 5 vezes por dia; 16. Que afirma que via o reclamante registrar o início do intervalo e voltar para o setor para trabalhar*".

Reformo para excluir da condenação as horas extras e reflexos, inclusive as decorrentes do intervalo intrajornada".

E, julgando os embargos de declaração dispôs:

"Por fim, ao contrário do que diz o embargante, o depoimento de sua testemunha foi devidamente avaliado, constando do acórdão que "*embora a única testemunha obreira tenha declarado que "trabalhava das 06h às 14h20 de segunda a sábado com 01 hora de intervalo; 4. que quando chegava o reclamante já estava trabalhando; 5. Que quando saía o reclamante ainda permanecia", não esclareceu qual era efetivamente o horário de trabalho do autor e suas declarações também não guardam consonância com a narrativa constante do libelo*". E, no que toca ao intervalo alimentar, o aresto apontou que "*a prova testemunhal do reclamante também não convence. Com efeito, a testemunha referiu que "não trabalhava no mesmo setor do reclamante" e, desse modo, não presenciava o desfrute do intervalo alimentar pelo demandante, não se acolhendo como verdadeiro o relato de que "já viu o reclamante no refeitório, mas explica que no horário em que ele deveria estar almoçando, normalmente, ele estava no seu setor para fazer a troca das baterias; 15. que em média trocava a bateria 5 vezes por dia; 16. Que afirma que via o reclamante registrar o início do intervalo e voltar para o setor para trabalhar", prevalecendo, assim, o registro do descanso constante dos cartões de ponto*".

Analiso.

O Tribunal Regional, valorando a prova, delimitou a validade dos cartões de ponto como meio de prova da jornada de trabalho do autor, registrando que a prova oral não foi hábil a desconstituir a validade das anotações, inclusive quanto ao intervalo intrajornada.

Entendimento em sentido contrário depende do reexame da prova, vedado pela Súmula 126 do TST.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Nego provimento.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. PROVA DIVIDIDA. ÔNUS DA PROVA.

Nas razões recursais, sustenta o reclamante que “é incontroverso a exigibilidade do dano, e a culpa do apelado”.

Argui que “o v. acórdão merece reforma neste específico, ou seja, para deferir e majorar a condenação de danos morais”.

Indica divergência jurisprudencial, bem como violação dos arts. 186 e 927 do CC.

Consta do acórdão regional:

“DANOS MORAIS

Relata o autor na exordial que em razão de seu estado de saúde e por ser obeso sofria perseguição e discriminação no ambiente de trabalho, referindo que passou a ser tratado exclusivamente por palavrões e apelidos, sendo motivo de piadas constantes, afirmando que seu superior hierárquico, senhor Donizete Silveira, determinava que “*varresse o pátio*” e que “*tirasse as bitucas de cigarros do caminho*”, ridicularizando-o ao apontar que suas roupas “*não lhe cabiam*” e que mostrava o “*umbigo*”, fazendo exposição pública do reclamante com palavras de baixo calão e “*brincadeiras*” de muito mal gosto.

O juízo a quo, amparando-se no depoimento da testemunha obreira, entendeu que ficou provado o assédio moral, condenando a reclamada no pagamento de indenização no valor de R\$ 20.000,00.

Ocorre que além da testemunha do autor trabalhar em setor diverso, suas declarações foram refutadas pelo depoimento da testemunha da empresa, que foi categórica em afirmar que “*nunca presenciou nenhuma situação do reclamante com o Sr. Donizete; (...); que nunca presenciou o reclamante recolhendo bitucas de cigarro*”. Ademais, a testemunha obreira quanto ao recolhimento das pontas de cigarro, afirmou “*que outros empregados poderiam limpar as bitucas de cigarro*”.

A despeito dos judiciosos fundamentos do julgado, o autor não se desincumbiu do encargo probatório que lhe cabia.

Reformo.”

Analiso.

A Corte Regional, após análise do conjunto fático-probatório, em especial da prova oral, afastou a ocorrência de assédio moral sob o fundamento de que “além da testemunha do autor trabalhar em setor diverso, suas declarações foram refutadas pelo depoimento da testemunha da empresa”.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

A matéria é eminentemente fática, sendo certo que qualquer aprofundamento para se verificar a tese sustentada pelo reclamante implicaria ultrapassar o quadro fático-probatório traçado pelo acórdão e reexaminar toda a prova produzida, o que é vedado nesta instância recursal, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula 126 do TST.

Ademais, verifica-se do quadro fático delineado no acórdão recorrido que a prova oral no aspecto foi dividida, não podendo, portanto, favorecer o reclamante, que detinha o ônus de comprovar suas alegações.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a existência de prova dividida enseja o julgamento em prejuízo de quem detinha o ônus de provar, no caso, a reclamante.

Nego provimento.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL.

O reclamante interpõe recurso de agravo em que renova as razões do recurso de revista quanto ao adicional de periculosidade.

Alega que “há na fundamentação da r. sentença de primeira Instância elementos abundantes para a interpretação do julgado na sua fundamentação” e que “havia periculosidade e o r. laudo ratifica tais condições narradas, a r. sentença de primeira Instância é clara e objetiva em sua fundamentação, o reclamante aceitou a decisão, a reclamada, ciente da conclusão da matéria recorreu da decisão quanto ao mérito, mas o Egrégio Tribunal ‘a quo’ não conheceu do recurso da reclamada e retirou a matéria deferida, não conhecendo o recurso da reclamada. Tal decisão, ademais, é *extra petita*, e não comporta julgar improcedente o pedido por tais circunstâncias”.

Insiste na violação dos arts. 489 do CPC e 832 da CLT, bem como divergência jurisprudencial.

Esta relatora entendeu que incidia o óbice da Súmula n.º 422, I, do TST.

Em face do possível desacerto da decisão agravada, **dou provimento** ao agravo.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. NULIDADE DA RESCISÃO. REINTEGRAÇÃO.

O reclamante interpõe recurso de agravo em que renova as razões do recurso de revista.

Alega que “iniciou seus préstimos na reclamada com 26 (vinte e seis) anos de idade, tem 1,65 (um metro e sessenta e cinco centímetros) de altura, ou seja, **no auge de suas forças físicas**, sendo necessário informar que na época tinha então menos de 90 Kg (noventa quilos) de peso. No ano de 2.017, o reclamante completou 38 (trinta e oito) anos de idade, sendo que trabalhou na reclamada por mais de 12 (doze) anos ininterruptos, e neste período não tem mais forças físicas, pesa atualmente mais de 200Kg (duzentos quilogramas), tem doença designada de OBESIDADE MORBIDA, problemas cardíacos, pressão alta, índices ruins de colesterol, diabetes, depressão e algumas incapacidades e limitações, como carregar pesos, e mesmo de fazer caminhadas”.

Argui que “teve afastamento ocorrido em 2015, (CID- F50 Síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos, Transtornos da alimentação, e CID I45, outras formas de doença do coração, outros transtornos de condução) o reclamante passou a ser discriminado, segregado das atividades corriqueiras, e efetivamente passou a ser destrutado por sua chefia”.

Insiste na violação dos arts. 3.º, IV, e 5.º, II, da CF; 186 e 927 do CC; das Convenções n. 111 e 117 da Organização Internacional do Trabalho; bem como em contrariedade à Súmula 443 do TST.

Esta relatora entendeu que incidia o óbice da Súmula n.º 126 do TST.

Em face do possível desacerto da decisão agravada, **dou provimento** ao agravo.

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conhecimento

Conheço do agravo de instrumento, uma vez que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Mérito



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL.

Nas razões recursais, o reclamante afirma que “há na fundamentação da r. sentença de primeira Instância elementos abundantes para a interpretação do julgado na sua fundamentação” e que “havia periculosidade e o r. laudo ratifica tais condições narradas, a r. sentença de primeira Instância é clara e objetiva em sua fundamentação, o reclamante aceitou a decisão, a reclamada, ciente da conclusão da matéria recorreu da decisão quanto ao mérito, mas o Egrégio Tribunal ‘a quo’ não conheceu do recurso da reclamada e retirou a matéria deferida, não conhecendo o recurso da reclamada. Tal decisão, ademais, é *extra petita*, e não comporta julgar improcedente o pedido por tais circunstâncias”.

Insiste na violação dos arts. 489 do CPC e 832 da CLT, bem como divergência jurisprudencial.

Nos termos do art. 489, § 3.º, do CPC:

A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Por observar possível violação do artigo 489, § 3.º, do CPC, **dou provimento** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. OBESIDADE. ESTIGMA E PRECONCEITO.

O reclamante sustenta que “teve afastamento ocorrido em 2015, (CID- F50 Síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos, Transtornos da alimentação, e CID I45, outras formas de doença do coração, outros transtornos de condução) o reclamante passou a ser discriminado, segregado das atividades corriqueiras, e efetivamente passou a ser destrutado por sua chefia”.

Insiste na violação dos arts. 3.º, IV, e 5.º, II, da CF; 186 e 927 do CC; e das Convenções n. 111 e 117 da Organização Internacional do Trabalho; bem como na contrariedade à Súmula 443 do TST.

Analiso.

Sobre o tema, a Súmula 443 do TST indica que:



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

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.

Por observar possível contrariedade à Súmula 443 do TST, **dou provimento** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

III - RECURSO DE REVISTA

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade, **examino** os pressupostos específicos do recurso de revista.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL.

Conhecimento

Nas razões recursais, o reclamante afirma que “há na fundamentação da r. sentença de primeira Instância elementos abundantes para a interpretação do julgado na sua fundamentação” e que “havia periculosidade e o r. laudo ratifica tais condições narradas, a r. sentença de primeira Instância é clara e objetiva em sua fundamentação, o reclamante aceitou a decisão, a reclamada, ciente da conclusão da matéria recorreu da decisão quanto ao mérito, mas o Egrégio Tribunal ‘a quo’ não conheceu do recurso da reclamada e retirou a matéria deferida, não conhecendo o recurso da reclamada. Tal decisão, ademais, é *extra petita*, e não comporta julgar improcedente o pedido por tais circunstâncias”.

Insiste na violação dos arts. 489 do CPC e 832 da CLT, bem como divergência jurisprudencial.

Consta do acórdão regional:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E REFLEXOS

Embora conste da fundamentação do julgado o deferimento do adicional de periculosidade e reflexos, **a parte dispositiva da decisão, que transita em julgado, não traz a condenação.** E não houve a interposição de embargos de declaração visando sanar a contradição existente.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Assim, tendo em vista que a coisa julgada é definida pela parte dispositiva da sentença, quanto a esse tópico, não possui a recorrente interesse recursal.

Não conheço no particular”.

E, julgando os embargos de declaração dispôs:

No que toca ao adicional de periculosidade, não vislumbro qualquer contradição. O aresto explicou que *"Embora conste da fundamentação do julgado o deferimento do adicional de periculosidade e reflexos, a parte dispositiva da decisão, que transita em julgado, não traz a condenação. E não houve a interposição de embargos de declaração visando sanar a contradição existente. Assim, tendo em vista que a coisa julgada é definida pela parte dispositiva da sentença, quanto a esse tópico, não possui a recorrente interesse recursal"*, devendo o embargante atentar que o artigo 504 do CPC fixa que:

"Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença".

Analiso.

No presente caso, o juízo de 1.º grau fundamentou que, segundo laudo pericial, as atividades do reclamante foram caracterizadas como perigosas. No entanto, não constou do dispositivo tal condenação, restando expresso apenas que os honorários periciais de periculosidade deviam ser pagos pela reclamada.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal Regional aplicou a preclusão quanto ao tema, em razão do reclamante não ter oposto embargos de declaração para a correção do erro material.

Em casos como o dos autos, o Supremo Tribunal Federal e este Tribunal Superior do Trabalho têm acolhido a tese da coisa julgada substancial, segundo a qual, o trânsito em julgado não está somente restrito à parte dispositiva da decisão, mas também à conclusão fundamentada no *decisum*, que é o ponto relevante do julgado que solucionou a controvérsia de maneira inequívoca, ainda que não reproduzido no dispositivo ou que tal reprodução contenha um claro erro material.

O equívoco ou erro material na parte dispositiva não prevalece sobre a fundamentação contrária com evidente conteúdo substancial decisório. Entendimento estritamente formalista em sentido contrário poderia conduzir a uma decisão divorciada do real entendimento do julgador e a descrédito do Poder Judiciário.



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Exatamente o teor do art. 489, § 3.º, do CPC:

A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Neste mesmo sentido, precedentes:

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL OCORRIDO NA FASE DE CONHECIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. 1. A sentença exequenda transitou em julgado para julgar procedente em parte a ação trabalhista ajuizada pelo Sindicato autor e "IMPROCEDENTE em relação à substituída SUSI SILVA SANTOS THAIZA NONATO RAMOS". Conforme o exposto pelo Tribunal Regional, o nome da substituída Thaiza Nonato Ramos foi equivocadamente grafado em junção do nome de Susi Silva Santos. 2. Constatou-se da fundamentação que não ficou comprovada a prestação de serviços da substituída Susi Silva Santos em favor da ré, razão pela qual a ação foi julgada improcedente em relação a ela. 3. Embora o banco executado defenda que sejam excluídos dos cálculos os valores referentes à substituída Thaiza Nonato Ramos, deve ser observada a regra constante do art. 489, § 3º, do CPC, no sentido de que " a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé ". 4. No caso, é evidente a existência de erro na decisão exequenda, pois a fundamentação do julgado não faz qualquer menção à improcedência da ação em relação à substituída Thaiza Nonato Ramos. 5. Ao reconhecer o erro material referente à inclusão do nome de Thaiza Nonato Ramos na parte dispositiva da sentença, o Juízo de primeiro grau não ofendeu a coisa julgada, mas apenas aplicou à hipótese o disposto no inciso I do art. 494 do CPC, que autoriza ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, alterar a sentença após sua publicação, para correção de inexatidão material. Agravo a que se nega provimento" (Ag-AIRR-2207-55.2012.5.05.0561, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 08/05/2023).

"AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS NA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO REGIONAL. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL. DESERÇÃO AFASTADA. **Em relação aos limites da coisa julgada, o TST adota a teoria substancial e entende que a coisa julgada não se restringe apenas à conclusão posta ao final da decisão, pois o dispositivo não deve se limitar à localização no texto, de forma isolada e dissociada da fundamentação; deve abranger, também, o conteúdo decisório referente ao enfrentamento das questões de mérito,**



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

consignado na fundamentação. Dessa forma, transita em julgado não apenas a parte dispositiva, mas também a conclusão fundamentada da decisão (ponto relevante do julgado que não se confunde necessariamente com os motivos de decidir), de forma que a omissão na parte dispositiva (aspecto formal) não prevalece sobre aquilo que efetivamente foi decidido (aspecto material), desde que não haja contradição entre dispositivo e fundamentação. Precedentes. **Tal entendimento aplica-se também às decisões prolatadas na vigência no novo CPC.** Na hipótese, a Corte Regional revogou os benefícios da gratuidade judiciária deferida ao sindicato; não obstante, ante o teor do art. 18 da Lei nº 7.347/85, isentou referida associação do pagamento de custas processuais. Todavia, o fato de não constar formalmente no dispositivo da decisão regional a isenção das custas processuais, mas tão somente a revogação dos benefícios da gratuidade judiciária, não impede a parte de usufruir da concessão da isenção das custas. Ainda que tal questão não conste formalmente do dispositivo, ela também transita em julgado. Nesse contexto, o fato de no dispositivo do acórdão constar apenas a revogação dos benefícios da gratuidade judiciária, sem mencionar a isenção das custas processuais, não tem o condão de causar a deserção do recurso interposto pela parte autora, pois a questão da isenção das custas foi expressamente decidida e sobre ela recai o manto da coisa julgada. (...) Agravo interno conhecido e não provido " (Ag-ED-E-ARR-457-94.2016.5.23.0005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 10/09/2021 - destaquei).

"I - AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO. EXECUTADA. (...) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO. EXECUTADA. COISA JULGADA SUBSTANCIAL. DIFERENÇAS DE QUILOMETROS RODADOS. DETERMINAÇÃO DE OBSERVÂNCIA DA QUILOMETRAGEM ANOTADA NOS RELATÓRIOS E DOS VALORES PAGOS EM HOLERITE. (...) 3 - No caso, o reclamante pleiteou na inicial dois pedidos relacionados à sua remuneração por quilômetros rodados, quais sejam: a) diferenças de quilômetros rodados em razão de pagamento a menor pela reclamada; b) diferenças de quilômetros rodados decorrentes da não concessão de reajustes normativos. 4 - A sentença de conhecimento indeferiu ambos os pleitos. Interposto recurso ordinário quanto aos pedidos indeferidos, o Tribunal Regional, também da fase de conhecimento, analisou e deferiu apenas o pleito referente às diferenças de quilômetros rodados decorrentes da não concessão de reajustes normativos, tendo registrado expressamente na fundamentação do acórdão: "Considerando a quilometragem realizada e o salário quitado, depreende-se que o valor KM rodado não foi devidamente reajustado, como aduzido na petição inicial. Assim sendo, devidas diferenças de KM rodado, decorrentes do reajuste convencional. Para a liquidação deverão ser observados a quilometragem anotada nos relatórios e os valores pagos em holerite ". Na parte dispositiva do referido acórdão constou apenas



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

o provimento do recurso ordinário do reclamante para "deferir o pagamento de diferenças de KM rodados, decorrentes do reajuste normativo ". 5 - Somente a parte reclamante opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados, mas não alegou omissão quanto ao pedido de diferenças de quilômetros rodados não analisado pelo TRT. Em seguida, as partes interpuseram recursos de revista, os quais foram denegados pelo juízo primeiro de admissibilidade exercido pelo TRT. Dessa decisão, somente o reclamante interpôs agravo de instrumento. A Sexta Turma do TST manteve decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento do reclamante. 6 - Já na fase de execução, a reclamada vem se insurgindo quanto aos cálculos apresentados pelo perito que, segundo ela, ao cumprir a determinação do TRT de observância da quilometragem anotada nos relatórios e dos valores pagos em holerite, teria acabado por apurar diferenças de quilômetros rodados não apenas oriundos de reajuste convencional, mas, também, decorrentes de diferenças de quilômetros rodados pagos a menor, pedido que não foi deferido na fase de conhecimento. 7 - O Tribunal Regional, no acórdão de agravo de petição, manteve os cálculos periciais e ratificou a decisão por ele proferida na fase de conhecimento no sentido de que a liquidação das diferenças de quilômetros rodados oriunda de reajuste normativo deve observar a quilometragem anotada nos relatórios e nos valores pagos em holerite, conforme determinado na fundamentação do título exequendo, mesmo tendo registrado a conclusão do perito de que "No que diz respeito às diferenças dos quilômetros rodados, salvo melhor entendimento, a reclamada está com a razão, tendo em vista que o V. Acórdão determinou apenas as diferenças decorrentes do reajuste convencional. Contudo, na fundamentação foi estabelecido que para a liquidação deveriam ser observados a quilometragem anotada nos relatórios e os valores pagos em holerite. Feito isso nos cálculos, resultou em apuração de diferenças de quilometragem, que não faz parte da condenação". 8 - A princípio, o registro do perito poderia levar a crer que os documentos mencionados no título executivo, que deveriam ser observados na liquidação do pedido deferido (diferenças de quilômetros rodados decorrentes de reajustes normativos), estariam sendo utilizados para apurar pedido não deferido (diferenças de quilômetros rodados pagos a menor). 9 - Contudo, considerando a fundamentação da decisão transitada em julgado e o fato de que o próprio TRT na fase de execução ratificou os termos do título exequendo, tem-se que o suposto equívoco não se trata de simples erro material, mas, sim, de possível erro de julgamento, o qual deveria ter sido combatido pela parte na fase de conhecimento, o que não ocorreu. 10 - **O entendimento na doutrina e na jurisprudência (STF, SBDI-1, SBDI-2 e Turmas do TST) é de que deve prevalecer a coisa julgada substancial: transita em julgado não apenas a parte dispositiva, mas também a conclusão fundamentada da decisão exequenda (ponto relevante do julgado que não se confunde necessariamente com os motivos de decidir). É dizer: o equívoco ou erro material na parte dispositiva (aspecto formal) não prevalece sobre aquilo que efetivamente foi**



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

decidido (aspecto material). Julgados. 11 - Logo, ainda que a determinação de observância de documentos não tenha constado expressamente na parte dispositiva da decisão transitada em julgado, constou expressamente na sua fundamentação. Logo, em atenção à prevalência da coisa julgada substancial, deveria a parte ter se atentado para aquilo que foi decidido e determinado também na fundamentação do julgado e ter se insurgido contra tal decisão no momento oportuno. 12 - Nesse contexto, não há como se reformar nesse momento processual decisão transitada em julgado em estrita observância à disposição do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna. Ilesos, portanto, os incisos II e XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal. 13 - Agravo de instrumento a que se nega provimento" (Ag-AIRR-2784-81.2015.5.09.0669, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 02/12/2022).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (...) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA DECIDIDA NA FUNDAMENTAÇÃO E QUE NÃO CONSTOU NA PARTE DISPOSITIVA. OFENSA À COISA JULGADA. CONFIGURAÇÃO. **A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que estando a matéria decidida na fundamentação do título exequendo, ainda que o decidido não conste da parte dispositiva da sentença ou do acórdão, opera-se a coisa julgada substancial. Assim, havendo o Tribunal Regional consignado que houve condenação em honorários advocatícios, muito embora tal condenação tenha constado tão-somente da fundamentação da decisão exequenda, sem que tenha havido referência a ela na parte dispositiva, a verba em questão deve ser incluída nos cálculos de liquidação, sob pena de violação à coisa julgada.** Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg-410-96.2018.5.07.0005, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 16/09/2022 - destaquei).

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 E DO CPC/2015 - DIFERENÇAS - ADICIONAL NOTURNO - ANÁLISE DO TEMA NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA - OMISSÃO NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA - COISA JULGADA SUBSTANCIAL - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA **De acordo com a doutrina substancialista, a coisa julgada atinge não apenas a parte dispositiva da decisão, mas também alcança a fundamentação em que o juiz proveu ou negou o pedido, em uma interpretação sistemática do conjunto do julgado. A omissão de um tema na parte dispositiva da decisão deve ser compreendida como erro material sanável, podendo integrar a coisa julgada por ter sido analisada e provida ou negada na parte da fundamentação. Esse é o entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 117060/MG, bem como pelo Eg. TST.** Julgados de SBDI-I, SBDI-II e Turmas. Recurso de Revista conhecido e provido" (RR-1002372-81.2017.5.02.0468, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 12/08/2022 - destaquei).



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE EXCLUSÃO DA RECLAMADA VARIG S.A. NO DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO EM FASE DE CONHECIMENTO EM EVIDENTE CONTRADIÇÃO COM A FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO QUE NA OCASIÃO FORA INTERPOSTO PELA RECLAMADA VRG LINHAS AÉREAS S.A. (ATUAL GOL LINHAS AÉREAS S.A.). ERRO MATERIAL DA DECISÃO EXEQUENDA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL. Ante a possível violação do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, deve ser provido o agravo de instrumento. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE EXCLUSÃO DA RECLAMADA VARIG S.A. NO DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO EM FASE DE CONHECIMENTO EM EVIDENTE CONTRADIÇÃO COM A FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO QUE NA OCASIÃO FORA INTERPOSTO PELA RECLAMADA VRG LINHAS AÉREAS S.A. (ATUAL GOL LINHAS AÉREAS S.A.). ERRO MATERIAL DA DECISÃO EXEQUENDA. TEORIA DA COISA JULGADA SUBSTANCIAL. Como se pode observar da decisão exequenda, a parte dispositiva, por evidente erro material, menciona a empresa "Varig S.A", que sequer recorreu na ocasião, no momento de conceder provimento e determinar a exclusão da recorrente do polo passivo da reclamação trabalhista, em vez de ter feito menção à real recorrente, qual seja a VRG LINHAS AÉREAS S/A. Toda a fundamentação, como se pode perceber, foi construída no sentido de rejeitar a tese de sucessão trabalhista e excluir a VRG LINHAS AÉREAS S/A do polo passivo da reclamação. **Em casos como o dos autos, o Supremo Tribunal Federal e este Tribunal Superior do Trabalho têm acolhido a tese da coisa julgada substancial, segundo a qual, o trânsito em julgado não está somente restrito à parte dispositiva da decisão, mas também à conclusão fundamentada no *decisum*, que é o ponto relevante do julgado que solucionou a controvérsia de maneira inequívoca, ainda que não reproduzido no dispositivo ou que tal reprodução contenha um claro erro material. O equívoco ou erro material na parte dispositiva não prevalece sobre a fundamentação contrária com evidente conteúdo substancial decisório. Entendimento estritamente formalista em sentido contrário poderia conduzir a uma decisão divorciada do real entendimento do julgador e a descrédito do Poder Judiciário.** Recurso de revista conhecido e provido" (RR-59200-66.2009.5.04.0007, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 04/12/2020 - destaques).

I - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/ 2014 E DO NCPC - INDENIZAÇÃO DE DESPESA - POSIÇÃO TOPOGRÁFICA DA PARTE DISPOSITIVA - IRRELEVÂNCIA Nos termos do art. 489, § 3º, do NCPC " a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé ". Neste contexto, revela-se irrelevante a posição topográfica do dispositivo na sentença, porquanto, ainda que localizada formalmente na fundamentação, integra o comando condenatório. Recurso de Revista conhecido e provido. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE EM RECURSO DE REVISTA



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/ 2014 E DO NCPC - DANO MORAL/EXISTENCIAL - PRESTAÇÃO EXCESSIVA DE HORAS EXTRAS Prejudicado, em razão do provimento dado ao Recurso de Revista" (ARR-1545-08.2015.5.12.0039, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 09/03/2018).

Nesses termos, ante a violação do art. 489, § 3.º, do CPC, **conheço** do recurso de revista.

Mérito

Conhecido por violação do art. 489, § 3.º, do CPC, **dou provimento** ao recurso de revista para reconhecer a existência de erro material na sentença, por incidência da teoria da coisa julgada substancial, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do Recurso Ordinário da Reclamada no tema "ADICIONAL DE PERICULOSIDADE" como entender de direito.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. OBESIDADE. ESTIGMA E PRECONCEITO.

Conhecimento

Nas razões recursais, o reclamante afirma que "iniciou seus préstimos na reclamada com 26 (vinte e seis) anos de idade, 1,65 (um metro e sessenta e cinco centímetros) de altura, ou seja, **no auge de suas forças físicas**, sendo necessário informar que na época tinha então menos de 90 Kg (noventa quilos) de peso. No ano de 2.017, o reclamante completou 38 (trinta e oito) anos de idade, sendo que trabalhou na reclamada por mais de 12 (doze) anos ininterruptos, e neste período não tem mais forças físicas, pesa atualmente mais de 200Kg (duzentos quilogramas), tem doença designada de OBESIDADE MORBIDA, problemas cardíacos, pressão alta, índices ruins de colesterol, diabetes, depressão e algumas incapacidades e limitações, como carregar pesos, e mesmo de fazer caminhadas".

Argui que "teve afastamento ocorrido em 2015, (CID- F50 Síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos, Transtornos da alimentação, e CID I45, outras formas de doença do coração, outros transtornos de condução) o reclamante passou a ser discriminado, segregado das atividades corriqueiras, e efetivamente passou a ser destrutado por sua chefia".



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Alega que “na demissão, a recorrida deixou claro que a fazia porque o reclamante já não era o mesmo, não tinha vigor físico, e ‘não servia’ mais para a empresa, **o que caracteriza os exatos termos da Súmula 443, ou seja, a dispensa foi discriminatória pela doença grave do reclamante**, que o estigmatiza e que criou o preconceito quanto ao seu estado de saúde”.

Insiste na violação dos arts. 3.º, IV, e 5.º, II, da CF; 186 e 927 do CC; das Convenções n. 111 e 117 da Organização Internacional do Trabalho, bem como na contrariedade à Súmula 443 do TST.

Requer a “determinação judicial de reintegração do reclamante ao trabalho na reclamada, pagamento dos salários do período de afastamento, observação das vantagens, contagem de prazo de férias, 13º salários, e depósitos fundiários, bem como observação dos seus efeitos no contrato de trabalho; ou alternativamente seja o reclamante indenizado compensatoriamente por todo o período até final do tratamento necessário ao seu restabelecimento e saúde, nos termos do artigo 21, IV, d, da Lei nº 8.213/91”.

Consta do acórdão regional:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Insiste o reclamante na tese de que sua dispensa foi discriminatória, em razão de ser portador de obesidade mórbida e problemas cardíacos, devendo ser observado o que dispõe a Súmula nº 443, do C. TST, determinando-se sua imediata reintegração ao trabalho.

Se por um lado esta Justiça Especializada tem aplicado contra a despedida motivada por ato discriminatório a Lei nº 9.029/95, por outro não se pode perder de vista que está inserido no âmbito do poder potestativo do empregador a possibilidade de dispensar o empregado.

E apenas quando o exercício dessa prerrogativa importar abuso de poder, com a extrapolação dos limites éticos e sociais e desrespeito à dignidade do trabalhador, é que deverá ser inibida. Na hipótese vertente, todavia, não foi provada qualquer conduta da empresa que possa ser enquadrada como excessiva, discriminatória ou obstativa de direitos.

A despeito de ser induvidosa a condição do autor de portador de hipertensão arterial, diabetes e insuficiência cardíaca, pesando, por ocasião da perícia médica realizada por auxiliar do juízo, 140 quilos, tal fato, por si só, não faz crer que sua dispensa foi discriminatória.

Como bem consignado na sentença, “o autor alega em sua inicial (ID. 0592536 - Pág. 4) que não apresentava baixa performance ou inadequação ao perfil da empresa, não sendo razoável concluir que a doença acometida pelo reclamante seja o real motivo da sua dispensa”. A própria prefacial reconhece que **os problemas de saúde do reclamante tiveram início em 2015, quando obteve afastamento sob “CID- F50 Síndromes comportamentais**



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos, Transtornos da alimentação, e CID I45, outras formas de doença do coração, outros transtornos de condução", mas seu desligamento da empresa ocorreu apenas dois anos depois. Por outro lado, nada há nos autos a indicar que por ocasião de sua dispensa estivesse no gozo de auxílio-doença a obstar a rescisão contratual, nos termos do artigo 63 da Lei nº 8.213/91. E tampouco cuida a hipótese daquela prevista no artigo 118 da mesma lei, porquanto não se trata de doença profissional.

A despeito de ser inuvidiosa a condição do reclamante de portador de diversas moléstias, essa constatação não faz crer que sua dispensa foi discriminatória, não incidindo a presunção de que trata a Súmula 443 do C. TST, até porque problemas cardíacos e diabetes são doenças que acometem grande número de trabalhadores e, apesar de alguns casos apresentarem gravidade, assim como a **obesidade mórbida**, essas doenças não estão entre aquelas que suscitam estigma ou preconceito, a exemplo do que ocorre com o portador de HIV, moléstia referida pela supracitada Súmula 443 do C. TST.

E nem mesmo a prova oral produzida logrou comprovar a alegada dispensa discriminatória em razão das doenças que acometem o obreiro.

Assim, tendo em visto que o conjunto probatório produzido nos autos evidencia a inexistência de qualquer óbice ao exercício do poder potestativo pelo empregador, a dispensa do reclamante não pode ser considerada discriminatória, não havendo se falar em reintegração.

Mantenho".

Analiso.

Incontroverso dos autos que o reclamante, por ocasião da perícia médica, possuía o IMC (Índice de Massa Corporal) de 41,8 Kg/m², classificado como obesidade de grau III ou obesidade mórbida. Consta do acórdão regional também "a condição do autor de portador de hipertensão arterial, diabetes e insuficiência cardíaca", bem como seu afastamento, no final do ano de 2015, sob "CID- F50 Síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos, Transtornos da alimentação, e CID I45, outras formas de doença do coração, outros transtornos de condução".

Assim, partindo da premissa de que o reclamante, no momento da perícia, era obeso mórbido com insuficiência cardíaca grave e que retornava há menos de um ano de licença médica, parece verossímil a alegada dispensa discriminatória.

Vejamos:



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

Acerca da obesidade mórbida, desde 2013, a American Medical Association, uma das organizações médicas mais respeitadas e influentes do mundo da ciência, decidiu classificar a obesidade como **doença**.

Da mesma forma, a obesidade é definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma “**doença crônica**, em que há acúmulo anormal ou excessivo de gordura no corpo” e se subdivide em três graus: sobrepeso (IMC 25 a 29,9), obesidade leve (classe 1 – IMC 30 a 34,9), moderada (classe 2 - IMC 35 a 39,9) e grave ou mórbida (classe 3 - IMC \geq 40).

Já obesidade grau III é o grau mais agressivo da doença que serve de gatilho para o aparecimento de outras tantas enfermidades, tais como: hipertensão arterial, diabetes, insuficiência cardíaca, transtornos alimentares e mentais. Mas, além das doenças associadas à obesidade, no caso do autor a insuficiência cardíaca e o transtorno alimentar, as pessoas obesas enfrentam ainda um **grave estigma social**.

O estereótipo que se criou em torno da doença é de que indivíduos com obesidade são preguiçosos, portanto, menos produtivos, indisciplinados e incapazes.

Não por outra razão, a gordofobia (aversão a pessoas obesas) vem sendo pauta de inúmeros estudos e discussões.

De acordo com uma pesquisa sobre obesidade e gordofobia feita pela SBEM (Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia) e pela Abeso (Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e Síndrome Metabólica), 85% das pessoas com obesidade já se sentiram constrangidas pelo peso¹.

Ganha relevo, inclusive, o Projeto de Lei 1.786/2022, que atualmente aguarda designação de Relator na Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial, que prevê a inclusão da discriminação ou preconceito em razão do peso corporal relacionado à obesidade nos crimes previstos na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

O combate ao estigma associado à obesidade tem sido objeto de grande preocupação por parte da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica e Metabólica (SBCBM). Sobre tal aspecto, a SBCBM disponibilizou em seu site um artigo publicado pela revista científica Nature Medicine que constatou que “o preconceito contra a obesidade compromete a saúde, dificulta o acesso de pessoas acima do peso ao mercado de trabalho e a tratamentos adequados, afeta suas relações sociais e a saúde mental”. Dados do artigo apontam que cerca de



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

19% a 42% sofrem com a discriminação, o preconceito cresce entre os obesos de IMC maiores².

O próprio Ministério da Saúde, por meio do site oficial do governo, ao tratar sobre o impacto da obesidade, fixou que o excesso de peso pode não apenas afetar a saúde física, mas comprometer a motivação e produtividade do empregado³.

1-<https://abeso.org.br/85-das-pessoas-com-obesidade-ja-sentira-m-preconceito-pelo-excesso-de-peso/>

2-<https://www.scbm.org.br/gordofobia-e-estigma-da-obesidade-precisam-ser-combatidos-com-informacao/>

3-<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-quer-o-ter-peso-saudavel/noticias/2022/o-impacto-da-obesidade#:~:text=Em%202021%209%2C1%20milh%C3%B5es,dados%20servem%20de%20grande%20alerta>

Assim, por mais que se tenha fixado nesta Corte Superior que a obesidade mórbida, por si só, não atrai automaticamente a presunção de ato discriminatório, não parece a realidade constatada por tais pesquisas.

Sobre a tratativa jurídica, a Constituição Federal, além de ter erigido como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV), repudia todo tipo de discriminação (art. 3.º, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7.º, I).

Acresça-se que integra compromisso internacional do Brasil (Convenção 111 da OIT) o repúdio a toda forma de discriminação no âmbito laboral.

Ademais, vale transcrever precedente desta Corte Superior no qual se reconheceu discriminação em razão do peso:

"III - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. No caso dos autos, constata-se que o valor arbitrado em R\$ 15.000,00 a título de indenização por danos morais não observou o princípio da proporcionalidade. Além da gravidade dos infortúnios e da extensão dos danos, importa ponderar a culpa da reclamada que, ao contrário do que diz o TRT, não foi mediana, mas gravíssima. A empresa não zelou pelo ambiente de trabalho de maneira



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

mínima, com o fim de impedir que sua preposta tratasse a reclamante de maneira reiteradamente abusiva, gerando, nas palavras da própria Corte Regional, indescritível constrangimento, vergonha e humilhação. A autora sofreu persistente assédio moral por parte da preposta durante todo o contrato de trabalho. No cotidiano do ambiente laboral a autora era insultada, menosprezada, sofria com pressões psicológicas desproporcionais, era perseguida em virtude de estar acima do peso e pelas limitações geradas em decorrência das doenças sofridas. À reclamante eram constantemente atribuídos adjetivos constrangedores, de maneira agressiva, aos gritos, na frente dos demais funcionários. Em tese seria possível enquadrar a conduta da preposta até mesmo na hipótese de discriminação (tratamento abusivo em razão de condição pessoal da reclamante - gordofobia). Dada a gravidade dos fatos, a reiteração ostensiva durante todo o contrato de trabalho, e o grau de culpa gravíssimo da empresa, deve ser majorado o valor arbitrado a título de indenização por danos morais para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Recurso de revista a que se dá provimento" (ARR-1036-93.2014.5.09.0072, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 14/09/2018).

Conclui-se, portanto, que, tanto no cenário internacional quanto no nacional, tem-se levado muito a sério a questão dos estigmas gerados pela obesidade, circunstância que indiscutivelmente pode suscitar estigma ou preconceito, a atrair a presunção da despedida discriminatória contida na Súmula 443 desta Corte.

Não é só.

Cumprе ressalvar que, no caso, verifica-se que inexistiu qualquer registro no acórdão regional de que a dispensa do reclamante ocorreu por motivo diverso do alegado pelo reclamante. Claro que não se ignora que, além da viabilidade da dispensa por justa causa, é possível também que a rescisão sem justa causa do contrato de trabalho seja considerada legal e que não se repute discriminatório o ato de dispensa.

Todavia, esse não é o caso dos autos, em que sobram indícios de discriminação:

Em primeiro lugar, o adoecimento ocorreu no curso dos 12 anos do contrato de trabalho, situação que se agrava pelo fato de que a dispensa ter ocorrido após o retorno do reclamante de licença médica (6 meses de afastamento) levada a efeito em decorrência das enfermidades decorrentes da obesidade. Acrescente-se ainda que além da insuficiência cardíaca grave desenvolvida pelo autor, existiu nos autos a indicação de cirurgia bariátrica.

Assim, a dispensa do reclamante pela reclamada deu-se com ampla ciência da empresa a respeito do adoecimento, cujos primeiros sinais ocorreram



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

com o afastamento previdenciário no final de 2015, resultando na dispensa no início do ano de 2017.

Portanto, evidencia-se dos elementos fáticos delineados pela Corte Regional que o empregador detinha pleno conhecimento sobre o quadro de saúde do reclamante, bem como sobre a probabilidade de novos afastamentos em razão da obesidade, em especial quanto à possível cirurgia indicada.

Acrescenta-se ainda que o Tribunal Regional manteve a sentença para reconhecer que a dispensa do autor não foi discriminatória, sob os fundamentos de que o reclamante não “logrou comprovar a alegada dispensa discriminatória em razão das doenças”.

Ocorre que, de acordo com o princípio da aptidão para a prova, atribui-se o ônus da prova à parte que tem maiores condições de produzi-la. Portanto, é do empregador o ônus de provar que a dispensa se deu por outro motivo, seja ele técnico, financeiro, operacional ou estrutural quanto a alegada dispensa discriminatória pelo empregado doente.

Assim, sendo incontroverso que a dispensa se deu em período que envolve o retorno de afastamento previdenciário, o **ônus da prova da dispensa não discriminatória cabe ao empregador.**

Ressalte-se que tal atribuição do ônus ao empregador visa a assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho, de forma a garantir efetividade à previsão constitucional de busca do pleno emprego, nos termos do art. 170, VIII, da Constituição Federal, e a preservar o valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, invocada a dispensa discriminatória, é ônus do empregador comprovar que o ato tinha outra motivação lícita, o que não ocorreu.

Nesse sentido, precedentes:

"EMPREGADO DIAGNOSTICADO COM ESCLEROSE MÚLTIPLA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÚMULA Nº 443 DO TST. A controvérsia cinge-se a definir se a dispensa do autor, diagnosticado com esclerose múltipla, teve caráter discriminatório. A jurisprudência desta Corte entende ser presumidamente discriminatória a dispensa, sem justa causa, de trabalhador com doença grave ou estigmatizante, invertendo-se, assim, o ônus da prova, de forma a atribuir à empresa a comprovação de que a dispensa não ocorrera de forma discriminatória. O entendimento consagrado no referido verbete sumular tem



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

a finalidade de conferir eficácia ao princípio fundamental da continuidade da relação de emprego (artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal) e proteger os trabalhadores que se encontrem em situações de vulnerabilidade, impondo ao empregador uma obrigação negativa, qual seja a comprovação robusta de que a dispensa não possui contorno discriminatório, alegando, para tanto, motivos técnicos, econômicos ou financeiros, buscando, assim, evitar a dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho e concretizar o comando constitucional da busca do pleno emprego. Desse modo, na hipótese dos autos, constata-se que foi imputado, equivocadamente, ao autor o ônus da prova da conduta discriminatória por parte do empregador e, por ausência de prova nesse sentido, decidiu-se contra ele. Nesse contexto, a decisão da Turma, ao considerar discriminatória a dispensa do autor, está em consonância com a Súmula nº 443 desta Corte, razão pela qual não merece reforma. Agravo desprovido " (Ag-ED-E-ED-RR-11176-71.2014.5.01.0053, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 01/09/2023).

(...) "2 - RETORNO DA LICENÇA MÉDICA. DISPENSA IMOTIVADA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. ÔNUS DA PROVA. Demonstrada possível violação do artigo 7º, I, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento parcialmente provido. II - RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.467/2017. RETORNO DA LICENÇA MÉDICA DISPENSA IMOTIVADA. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. DANO MORAL. 1. A dispensa discriminatória, nos termos da Lei n. 9.029/95, não abrange somente casos de doença infamante ou degradante, nos termos da Súmula nº 443, do TST. Havendo outros motivos razoáveis alegados pelo reclamante de que teria havido discriminação na sua dispensa, é princípio elementar de que seja determinada a inversão do ônus da prova. Não se trata de imposição de prova negativa, bastando que o empregador comprove fatos positivos que indiquem a razoabilidade do desligamento do empregado quando do retorno da licença médica, seja por prova testemunhal ou por qualquer elemento de prova apto a demonstrar os motivos da dispensa. Em situações análogas à presente, esta Corte tem entendido como abusiva e discriminatória a dispensa logo após o término de licença médica. Ademais, o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho, mediante iniciativa do empregador, como expressão de seu direito potestativo, não é ilimitado, encontrando fronteira em nosso ordenamento jurídico, notadamente na Constituição Federal, que, além de ter erigido como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV), repudia todo tipo de discriminação (art. 3.º, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7.º, I). Portanto, tendo em vista a proteção aos princípios constitucionais violados, notadamente o da não discriminação, o do valor social do trabalho e o da dignidade humana, condena-se a reclamada ao pagamento de



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

indenização substitutiva da remuneração em dobro, nos moldes do art. 4.º, II, da Lei 9.029/95, bem como à indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00, considerando-se a extensão do dano experimentado pelo autor (extinção do vínculo empregatício em delicado momento retorno da licença médica), o porte econômico da reclamada e a finalidade pedagógica da medida, além se mostrar em consonância com a linha de entendimento desta Corte, no exame de casos análogos de dispensa discriminatória. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 10935-82.2017.5.15.0092, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 02/12/2020, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2020)

"III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014 E DA IN 40 DO TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE. TRANSTORNO BIPOLAR E DEPRESSÃO. DOENÇAS MENTAIS ESTIGMATIZANTES. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 443 DO TST. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA À REINTEGRAÇÃO. PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA EM DOBRO. 1. Cinge-se a controvérsia em se definir se há regularidade jurídica na dispensa sem justa causa do reclamante, após o retorno da licença previdenciária levada a efeito por decorrência do desenvolvimento de transtorno afetivo bipolar e depressão. 2. O TRT modificou a sentença para reconhecer que a dispensa do autor não foi discriminatória, sob os fundamentos de que as doenças mentais que acometem o reclamante não suscitam estigma ou preconceito e de que era do autor o ônus de comprovar o fato constitutivo alegado na inicial quanto ao caráter discriminatório da dispensa. 3. O acórdão regional registrou expressamente a premissa fática de que, após a alta médica previdenciária, depois do afastamento por "depressão e transtorno afetivo bipolar", o empregador não considerou o reclamante apto para o exercício das funções laborativas e não permitiu que ele trabalhasse. 4. O entendimento desta Corte Superior tem se consolidado no sentido de que o ônus da prova da dispensa não discriminatória cabe ao empregador, à luz da sistemática de proteção da relação de emprego digna e isonômica (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, e 7º, I, da Constituição Federal) e da aplicação do princípio da aptidão para a prova. Ressalte-se que tal atribuição do ônus ao empregador visa a assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho, de forma a garantir efetividade à previsão constitucional de busca do pleno emprego, nos termos do art. 170, VIII, da Constituição Federal, e a preservar o valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil. 5. Saliente-se que a Constituição Federal, além de ter erigido como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), repudia todo tipo de discriminação (art. 3, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I). 6. Acresça-se que integra compromisso internacional do Brasil (Convenção 111 da OIT) o repúdio a toda forma de discriminação no âmbito laboral. 7. Dessa forma, é ônus do empregador comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

que o ato de dispensa tinha outra motivação lícita. Precedentes da 2ª Turma do TST. 8. No caso em análise, a natureza das doenças mentais que acometem o reclamante atrai a presunção contida na Súmula 443 desta Corte. Cumpre destacar que o combate ao estigma associado às doenças mentais tem sido objeto de grande preocupação por parte da Associação Mundial de Psiquiatria (AMP) e da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP). 9. Neste sentido, verifica-se que inexistiu qualquer registro no acórdão regional de que a dispensa do reclamante ocorreu por motivo disciplinar, técnico, econômico, financeiro ou outro. Evidencia-se dos elementos fáticos delineados pela Corte Regional que o empregador detinha pleno conhecimento sobre o quadro de saúde do reclamante, bem como sobre a probabilidade de novos afastamentos em razão das doenças mentais que o acometiam. 10. Desse modo, ante o ordenamento jurídico vigente, constata-se que a dispensa do reclamante configurou-se discriminatória e ultrapassou os limites de atuação do poder diretivo do empregador e alcançou a dignidade do empregado, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade da despedida discriminatória. Assim, conclui-se que o Tribunal Regional, ao entender que não houve discriminação na dispensa do reclamante, decidiu em dissonância ao entendimento consubstanciado na Súmula 443 do TST. Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg-1001135-14.2017.5.02.0241, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 21/10/2022).

Nestes termos, cabível a reforma do decidido para afastar a tese acerca do ônus probatório.

Desse modo, ante o ordenamento jurídico vigente e o quadro fático posto, constata-se que a dispensa do reclamante configurou-se discriminatória, ultrapassou os limites de atuação do poder diretivo do empregador e alcançou a dignidade do empregado, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade da despedida discriminatória.

Assim, conclui-se que o Tribunal Regional, ao entender que não houve discriminação na dispensa do reclamante, decidiu em dissonância com o entendimento consubstanciado na Súmula 443 do TST.

Conheço do recurso de revista, por contrariedade à Súmula 443 do TST.

Mérito

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula 443 do TST, **dou-lhe provimento** para, reconhecendo a natureza discriminatória da



PROCESSO Nº TST-RRAg - 1000647-66.2017.5.02.0077

dispensa do autor, determinar a reintegração do reclamante ao trabalho e o pagamento dos salários do período de afastamento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: **I - conhecer** do recurso de agravo e, no mérito, **dar-lhe provimento** quanto aos temas “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE” e “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA” em face do possível desacerto da decisão agravada; **II - conhecer** do agravo de instrumento e, no mérito, **dar-lhe provimento** quanto aos temas “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE” e “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA”, por possível violação do art. 489, § 3.º, do CPC e contrariedade à Súmula 443 do TST, respectivamente, determinando o processamento do recurso de revista, a reatuação dos autos e a intimação das partes e dos interessados para seu julgamento, nos termos dos arts. 935 do CPC e 122 do RITST; **III - conhecer** do recurso de revista quanto ao tema “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE”, por violação do art. 489, § 3.º, do CPC, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para reconhecer a existência de erro material na sentença, por incidência da teoria da coisa julgada substancial, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do Recurso Ordinário da Reclamada no tema “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE” como entender de direito; **IV - conhecer** do recurso de revista quanto ao tema “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA”, por contrariedade à Súmula 443 do TST, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para, reconhecendo a natureza discriminatória da dispensa do autor, determinar a reintegração do reclamante ao trabalho e o pagamento dos salários do período de afastamento; e **V - indeferir** o pedido de aplicação da multa do art. 266, § 5.º, do RITST.

Brasília, 22 de novembro de 2023.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MARIA HELENA MALLMANN
Ministra Relatora