



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

A C Ó R D ã O
(SDI-1)
GMALR/tp/vln

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTOS PELA RECLAMANTE SOB A ÉGIDE DA LEI 13015/14. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MALIGNA. CÂNCER DE MAMA. Discute-se a aplicação da Súmula 443 do TST nas hipóteses de dispensa de empregado portador de neoplasia maligna. Da leitura do acórdão embargado, verifica-se que a Turma julgadora concluiu que o câncer, por si só, não possui natureza contagiosa nem estigmatizante, cabendo à empregada o ônus de provar que, no caso concreto, havia estigma ou motivação discriminatória em sua dispensa. Nesse contexto, constata-se a dissonância do julgamento com o entendimento recentemente firmado pela SbDI-1 que, ao interpretar a Súmula 443 do TST, fixou tese no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador de neoplasia maligna, presunção esta que só pode ser elidida mediante prova robusta em sentido contrário, a cargo da empresa. **Recurso de embargos conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037**, em que é Embargante **ANA RACHEL RIZZO** e Embargado **TEMON TÉCNICA DE MONTAGENS E CONSTRUÇÕES LTDA..**

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho conheceu do recurso de revista da Reclamada quanto ao tema "Dispensa discriminatória de empregado portador de câncer. Não configuração", por contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte, e, no mérito, deu-lhe provimento para afastar a hipótese de dispensa discriminatória e, em



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

consequência, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial (fls. 441/425).

A Reclamante interpõe embargos (fls. 501/524), os quais foram admitidos (fls. 607/610).

Impugnação aos embargos às fls. 612/626.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 95 do Regimento Interno do TST. É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade relativos à tempestividade (fls. 499 e 605) e à representação processual (fl. 19).

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MALIGNA. CÂNCER DE MAMA

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho conheceu do recurso de revista da Reclamada quanto ao tema "Dispensa discriminatória de empregado portador de câncer. Não configuração", por contrariedade à Súmula n° 443 desta Corte, e, no mérito, deu-lhe provimento para afastar a hipótese de dispensa discriminatória e, em consequência, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, ante a seguinte fundamentação:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE CÂNCER. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Quanto ao tema, o Regional se manifestou nos seguintes termos:

‘Da dispensa discriminatória

Incontroversos a dispensa injustificada em 25/11/13 (TRCT, fl. 35) e o diagnóstico de neoplasia maligna em 24/11/12 (razões recursais, fl. 207). O debate cinge-se ao caráter discriminatório ou não da demissão.



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

Conforme a jurisprudência cristalizada na Súmula nº 443, do C. TST, presume-se discriminatória a dispensa de portadores de doenças graves que suscitem estigma ou preconceito. Tal entendimento aplica-se à patologia que aflige a reclamante. Destacam-se julgados do C. TST sobre o tema.

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - EMPREGADA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. NEOPLASIA MALIGNA. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Constatada possível violação do artigo 818 da CLT, merece provimento o Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. II - RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - EMPREGADA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. NEOPLASIA MALIGNA. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Enquadrando-se a doença que acomete a Autora na circunstância narrada na Súmula 443 do TST (neoplasia maligna - câncer) e sendo incontroversa a ciência da empresa no que diz respeito a esta condição, cabia a Reclamada provar que a dispensa da trabalhadora teve motivação diversa daquela alegada (dispensa discriminatória). Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 444600-58.2009.5.09.0872 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 15/04/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015)

"RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. NEOPLASIA MALIGNA. DIREITO À REINTEGRAÇÃO 1. O Tribunal Superior do Trabalho, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV), da não discriminação (CF, art. 3º, IV e Convenção nº 111 da OIT), bem como dos princípios que dimanam da Recomendação nº 200 da OIT, editou a Súmula nº 443, que presume discriminatória a dispensa de empregado portador doença grave e estigmatizante. 2. Segundo a atual e iterativa jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, na hipótese de empregado acometido por neoplasia maligna (câncer), incide a diretriz perfilhada na Súmula nº 443 do TST, por tratar-se de doença grave e estigmatizante. 3. Recurso de revista interposto pela Reclamada de que não se conhece. 4. Recurso de revista adesivo interposto pela Reclamante de que não se conhece, com fulcro no art. 500, III, do CPC."(RR - 3800-16.2009.5.17.0004 , Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 21/05/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/09/2014)



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

Incumbia à recorrente demonstrar que a ruptura contratual não teve relação com a saúde da trabalhadora.

A testemunha ouvida a convite da empregadora declarou que houve redução no quadro de empregados, restando aproximadamente 1600, e que o departamento onde a reclamante atuava foi extinto em dezembro de 2013, mês posterior à dispensa (fl. 188-verso).

Não há qualquer indicação do critério utilizado para a escolha dos empregados a serem dispensados. Tampouco de que a reclamante não pudesse ser aproveitada em outro setor.

De outra banda, a trabalhadora demonstrou diversas ausências desde o diagnóstico de câncer de mama até a dispensa para tratamentos de saúde (fls. 49/113 e 137). Tal circunstância indica que sua produtividade era afetada, não sendo interessante para a empresa mantê-la em seus quadros.

A fragilidade da saúde da reclamante persistiu até o final do contrato, tanto que, em 10/12/13, foi internada no Instituto Brasileiro de Controle do Câncer e recebeu orientação para afastar-se de eventual trabalho por 15 dias (fl. 110).

A duração do tratamento médico e o estado físico comprometido jogam por terra a tese defensiva de que o largo lapso (um ano) entre a comunicação da doença e a ruptura contratual afastaria a caracterização de discriminação. A vulnerabilidade perdurou até a dispensa, já que a patologia enfrentada pela reclamante não permitiu pronto restabelecimento.

Acrescente-se, ainda, que, em agosto de 2013, foi encaminhada para especialista em psicologia, com referência expressa ao tratamento de neoplasia maligna, mastectomia e uso de tamoxifeno (fl. 49). A psicóloga que atendeu a reclamante elaborou documento declarando que apresentava *"muita angústia e receios em função do quadro de saúde"* (fl. 50). Mais um fato relacionado à doença que pode apontar decréscimo de produtividade ou dificuldade de relacionamento com os colegas e induzir a reclamada a romper o contrato de trabalho.

Como bem salientado pelo Juízo, tendo em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e função social da propriedade, cabe às empresas tentar manter os empregados que estão em tratamento de doenças graves. Não foi apresentada nenhuma justificativa para que a reclamante não fosse realocada em outro departamento. Tudo indica que não houve qualquer tentativa ou esforço da reclamada para preservar o emprego da trabalhadora.

À míngua de prova robusta de que a dispensa não tenha relação com a doença que acometeu a reclamante, mantém-se o julgado no que tange ao ato discriminatório.



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

Nem se alegue que o superior hierárquico foi solidário com a reclamante quando soube do diagnóstico. O comportamento adequado dele não obstou a dispensa operada pela empresa.

Da indenização pela dispensa

Inalterada a caracterização da dispensa como discriminatória, de rigor a manutenção da condenação ao pagamento em dobro dos salários, inclusive férias acrescidas de um terço, gratificações natalinas e FGTS e multa de 40% (Lei nº 9.029/95, art. 4º, II).

Com razão a argumentação relacionada ao termo final da indenização. Aplicável à hipótese o entendimento contido na Súmula nº 28, do C. TST, que fixa como limite a primeira decisão que converter a reintegração em pagamento em dobro. Destaca-se recente julgado do C. TST sobre o tema:

"I - AGRAVOS DE INSTRUMENTO DOS RECLAMADOS. ANÁLISE CONJUNTA. RECURSOS DE REVISTA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/14. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO. ARTIGO 4º, II, DA LEI Nº 9.029/95. TERMO FINAL. Mostra-se prudente o provimento dos agravos de instrumento para determinar o processamento dos recursos de revista, ante a provável contrariedade à Súmula 28 do Tribunal Superior do Trabalho. Agravos de instrumento providos. ... (omissis) ... IV - RECURSOS DE REVISTA DOS RECLAMADOS. ANÁLISE CONJUNTA. MATÉRIA COMUM. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO. ARTIGO 4º, II, DA LEI Nº 9.029/95. TERMO FINAL. Nos termos do entendimento traçado na Súmula nº 28 desta Corte, em caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão e não do trânsito em julgado da decisão. Precedentes. Recursos de revista conhecidos e provido, no particular." (RR - 1499-33.2013.5.09.0084 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 11/11/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015)

Reforma-se para limitar os pagamentos pertinentes à conversão da reintegração em indenização em dobro à data da publicação da sentença.

Da indenização por danos morais

Tendo em conta a gravidade do ato ilícito, dispensa discriminatória, o evidente abalo psíquico, o salário da reclamante (R\$ 2.428,31, TRCT, fl. 35) e o porte da reclamada (capital social de R\$ 10.100.000,00, dez milhões e cem mil reais, no ano de 2014, alteração contratual de sociedade limitada, cláusula 5ª, fl. 152), reputa-se adequado o valor fixado à



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

indenização por danos morais, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Do ressarcimento de despesas com plano de saúde

O rompimento prematuro e irregular do contrato de trabalho obrigou a reclamante, que estava em pleno tratamento de câncer de mama, a custear integralmente o plano de saúde que durante a contratualidade tinha seu pagamento repartido com a empregadora, que arcava com 70% do valor.

Tendo em conta a culpa da reclamada e a demonstração de prejuízo (fls. 138/141), mantém-se inalterada a decisão que determinou o ressarcimento.

Da manutenção do plano de saúde

Reconhecida a dispensa discriminatória e incontroverso nos autos o prosseguimento do tratamento, com previsão de término em junho de 2018, deve ser mantido o convênio médico nos moldes vigentes durante a contratualidade, inclusive em relação ao custeio de 70% pelo empregador.

Entendimento contrário cancelaria prejuízo incalculável à reclamante, inclusive de ordem moral, causado pelo ato ilícito da recorrente.

Inalterada a sentença no aspecto.

Da cassação da liminar que determinou a manutenção do plano de saúde

Caracterizada a dispensa irregular e presumidos os efeitos nefastos que teria o cancelamento de convênio médico da trabalhadora em tratamento de doença grave, neoplasia maligna, resta mantida a decisão liminar sobre a manutenção do benefício." (fls. 310/316)

Às fls. 330/343, a reclamada postula a revisão do julgado no tocante à caracterização da dispensa discriminatória. Aduz que a neoplasia maligna, doença que acomete a reclamante, não está abrangida pela Súmula nº 443 do TST, pois não se trata de doença grave que suscite estigma ou preconceito. Alega que a demissão da reclamante não tem nenhum viés discriminatório, tanto que ocorreu após 1 ano do diagnóstico.

Aponta violação da Lei nº 9.029/95, contrariedade à Súmula nº 443 do TST e divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O Tribunal *a quo* concluiu ter restado caracterizado o conteúdo discriminatório da dispensa, haja vista que a empregada é portadora de doença grave – câncer. Ressaltou que incumbia à reclamada demonstrar que



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

a ruptura contratual não teve relação com a saúde da empregada, ônus do qual não se desincumbiu.

Nesse sentido, o Regional manteve a sentença que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais e determinou a manutenção do plano de saúde, com ressarcimento dos gastos anteriores ao restabelecimento, tendo limitado a condenação ao pagamento dos salários em dobro à data da publicação da sentença.

A Súmula nº 443 desta Corte, indicada como contrariada pela reclamada, consubstancia o seguinte entendimento:

"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."

Este Colegiado já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria controvertida, consignando que o câncer, por si só, não possui natureza contagiosa nem estigmatizante, ou seja, que marca de forma negativa e indelevelmente, afastando, assim, a presunção de dispensa discriminatória. Nesse sentido, os seguintes julgados proferidos por esta 8ª Turma:

(...)

Conforme consta do acórdão regional, a reclamante foi diagnosticada com neoplasia maligna em 24/11/12 e dispensada imotivadamente em 25/11/13.

Pois bem, considerando que a doença, a princípio, não é estigmatizante, de per si, caberia à empregada provar que, no caso concreto, havia estigma ou motivação discriminatória em sua dispensa, o que não consta do quadro fático do acórdão regional.

Nesse contexto, a Corte de origem, ao concluir que a dispensa foi discriminatória em face de ser a reclamante portadora de doença grave - câncer, incorreu em aparente contrariedade à Súmula nº 443 do TST.

Sendo assim, ante a possível contrariedade à Súmula nº 443 do TST, **dou provimento** ao agravo de instrumento para mandar processar o recurso de revista.



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

Encontrando-se os autos suficientemente instruídos, propõe-se, com apoio no artigo 897, § 7º, da CLT, o julgamento do recurso na primeira sessão ordinária subsequente à publicação da certidão de julgamento do presente agravo, reatuando-o como recurso de revista e observando-se, daí em diante, o procedimento a ele relativo.

B) RECURSO DE REVISTA

(...)

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE CÂNCER. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Conforme consignado por ocasião da análise do agravo de instrumento, o recurso de revista tem conhecimento garantido, em razão da contrariedade à Súmula nº 443 do TST.

Conheço, pois, do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 443 do TST.

II - MÉRITO

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE CÂNCER. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Como consectário do conhecimento do recurso por contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte, o seu provimento é medida que se impõe.

Dou provimento ao recurso de revista para afastar a hipótese de dispensa discriminatória e, em consequência, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, bem como excluir a multa por embargos de declaração protelatórios. Custas pela reclamante, das quais fica dispensada, por ser beneficiária da justiça gratuita” (fls. 441/452).

Em suas razões recursais, a Reclamante defende, em síntese, a aplicação da Súmula 443 do TST aos casos de câncer (neoplasia maligna). Alega violação dos artigos 1º, III e IV e 170, III, da Constituição Federal e transcreve arestos para demonstração de dissenso de teses.

Com razão.

A Reclamante logrou demonstrar divergência jurisprudencial válida e específica, pois o aresto transcrito nas razões do recurso de embargos às fls. 514/516, oriundo da Primeira Turma, ostenta a seguinte antítese:



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA PORTADORA DE CÂNCER. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. ÔNUS DA PROVA. 1. O Colegiado Regional reformou a sentença a fim de declarar a nulidade da dispensa da empregada, por discriminatória, e condenar a reclamada ao pagamento de indenização substitutiva. Consignou que "restou demonstrado nos autos que a Reclamante foi acometida por doença grave (câncer de mama), diagnosticada em 08.06.2009, (...) submeteu-se a cirurgia conservadora de mama e a tratamentos de quimioterapia e radioterapia ao menos até 23.02.2010, (...) e ficou afastada de suas atividades laborais recebendo auxílio-doença por cerca de um ano (conforme fls. 119/129), sendo certo que a Reclamada tinha conhecimento do longo período de afastamento da empregada para tratamento de saúde". Registrou que "apesar de não haver prova nos autos de que a Reclamante estivesse doente quando de sua dispensa, tal fato não impede a aplicação da súmula 443, do c. TST, por analogia, eis que a Autora encontrava-se em situação que, a toda evidência, suscitava estigma ou preconceito (foi acometida por doença que acarretou a necessidade de longo afastamento das atividades laborais, notoriamente grave e que proporciona debilidade física do adoentado)" e própria reclamada, quando inquirida, ressaltou "a ausência de motivo para proceder à rescisão contratual, o que corrobora a tese quanto à dispensa discriminatória". Quanto ao ônus da prova, em casos como o analisado, asseverou o e. TRT que "a jurisprudência majoritária vem se inclinando pela inversão do ônus da prova em casos como o da Reclamante, tendo em vista, dentre outros, os princípios protetivo e da aptidão para a prova, eis que o empregado dificilmente consegue comprovar que a dispensa foi discriminatória". Ponderou que, na espécie, "a prova oral produzida reforça a conclusão de que a dispensa ocorreu de forma discriminatória". E, desse modo, concluiu - considerando que "a Reclamada não comprovou que a dispensa não ocorreu de forma discriminatória, ao contrário, já que os elementos dos autos indicam que houve discriminação decorrente da debilidade ocasionada pela doença" - que "a rescisão contratual foi discriminatória" e condenou a reclamada a pagar "indenização correspondente ao dobro da remuneração à que a Reclamante faria jus



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

durante todo o período de afastamento". 2. Acerca da dispensa de empregado portador de doença grave, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser discriminatória tal conduta do empregador ("Súmula 443 - **DIPENSA 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"). 3. Cumpre ressaltar, no entanto, que a presunção de despedida discriminatória pode ser afastada por prova em contrário, recaindo sobre o empregador o ônus de demonstrar que o ato de dispensa se deu em desconhecimento do estado do empregado ou que decorreu de outra motivação lícita que não a sua condição de saúde. Cabe à empresa, portanto, provar que a dispensa do empregado portador de doença grave se deu por motivo plausível, razoável e socialmente justificável capaz de afastar o caráter discriminatório do término contratual. 4. Na hipótese, no entanto, consoante registrado pelo Tribunal Regional, a reclamada não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de comprovar motivação lícita para a dispensa da empregada que não a sua condição de saúde, a demonstrar, assim, a arbitrariedade da dispensa e, como consequência, a procedência da condenação ao pagamento de indenização compensatória ante a inviabilidade de reintegração da reclamante no emprego. Precedentes. 5. Violação aos artigos 818 da CLT, 333 do CPC e 4º da Lei 9.029/95 não caracterizada. Arestos inespecíficos (Súmula 296, I, do TST). **DIPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM.** 1. Na espécie, o Colegiado de origem assentou que "restou reconhecido que a dispensa da Reclamante ocorreu de forma discriminatória em face da doença grave que a acometeu". Registrou, com base nos depoimentos das testemunhas, que a reclamante, ao retornar ao trabalho, "ficou debilitada em razão da doença, condição que perdurou mesmo após cessado o benefício auxílio-doença" e entendeu que a dispensa, "por certo, causou à empregada abalo moral, especialmente considerando que vivenciava momento de fragilidade em face da doença de notória gravidade que a acometeu e dos efeitos dela decorrentes". Dessa forma, concluiu "caracterizado o dano moral decorrente da forma como realizada a dispensa



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

da empregada, sendo devido o pagamento de indenização, pela Reclamada, com fundamento nos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, e 186 e 927, ambos do Código Civil" e condenou a empresa ao pagamento de "indenização por danos morais em R\$30.000,00". 2. De acordo com a doutrina e a jurisprudência, o dano moral é um dano in re ipsa, que prescinde de comprovação, bastando a demonstração do ato ilícito e do nexo causal. Logo, considerando que para a caracterização do dano é suficiente a prova de conduta apta a violar direito da personalidade, entende-se que, no caso, a dispensa imotivada da empregada portadora de doença grave, por si só, é capaz de caracterizar o ato ilícito ensejador do dano moral passível de indenização. Precedentes. 3. Doutro giro, no que se refere ao quantum indenizatório - no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) -, observa-se que Colegiado de origem, ao fixá-lo, levou em consideração fatores como a conduta da empresa de ter dispensado a reclamante de forma discriminatória, a extensão do dano suportado pela empregada e a capacidade econômica da ofensora, resultando, observados, portanto, os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedente. 4. Incólumes os artigos 5º, V e X, da CF e 884 e 944, do CC. Aresto inespecífico (Súmula 296, I, do TST). Recurso de revista integralmente não conhecido. (RR - 617-33.2012.5.09.0011 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 09/09/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015)".

Conheço dos embargos por divergência jurisprudencial.

2 - MÉRITO

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MALIGNA. CÂNCER DE MAMA

Discute-se a aplicação da Súmula 443 do TST nas hipóteses de dispensa de empregado portador de neoplasia maligna.

Da leitura do acórdão embargado, verifica-se que a Turma julgadora concluiu que o câncer, por si só, não possui natureza contagiosa nem estigmatizante, cabendo à empregada o ônus de provar que,



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

no caso concreto, havia estigma ou motivação discriminatória em sua dispensa.

Nesse contexto, constata-se a dissonância do julgamento com o entendimento recentemente firmado pela SbDI-1 que, ao interpretar a Súmula 443 do TST, fixou tese no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador de neoplasia maligna, presunção esta que só pode ser elidida mediante prova robusta em sentido contrário, a cargo da empresa, conforme se constata dos seguintes precedentes:

“RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI N° 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA PROSTÁTICA. DOENÇA QUE GERA ESTIGMA. SÚMULA N° 443 DO TST. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A Súmula n° 443 do TST estabelece presunção de discriminação na ruptura contratual quando o empregado apresenta doença grave, que suscite estigma ou preconceito. À luz de tal verbete, nesses casos, há inversão do ônus da prova e incumbe ao empregador comprovar ter havido outro motivo para a dispensa. É essa a hipótese dos autos, considerando que o autor foi acometido de neoplasia prostática, doença grave comumente associada a estigmas. Estigma nada mais é do que marca, sinalização, diferenciação, que procura assinalar alguém em face do grupo social. Ressalta a condição de inferioridade do indivíduo, que tende a justificar uma ação excludente ou discriminatória se a pessoa é acometida por neoplasia maligna. No caso, não há elementos que afastem a presunção de discriminação. Apesar de o Tribunal Regional ter mencionado que a dispensa decorreu dos ‘novos rumos da empresa’, não explicitou a razão pela qual o perfil profissional do reclamante não era compatível com essa direção. Os fundamentos exclusivamente econômicos invocados na decisão regional, tais como contratar empregados com salário menor, a fim de reduzir os custos e aumentar os lucros, como prática ‘típica do sistema capitalista’, não se sobrepõem a outros valores, como a função social da empresa, a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, num contexto em que o empregado dedicou quase 28 anos de sua vida profissional à reclamada e prestou-lhe serviços reconhecidamente relevantes.



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

O desempenho de destaque do autor é afirmado em algumas passagens do acórdão regional: ‘o autor era reconhecido como empregado eficiente e valorizado pela experiência [...] De outro lado, não faltaram ao reclamante felicitações, troféus e boas avaliações sobre sua competência funcional, independente da idade sua experiência era constantemente elogiada. Tanto que se aposentou na ré e continuou trabalhando, produzindo e ascendendo em sua carreira. Seu salário (R\$ 24.869,90) possivelmente era fruto de sua dedicação e merecimento’. Contribuiu, portanto, ao longo de todos esses anos, para o sucesso do empreendimento e, num momento delicado, em que fora acometido de doença grave, de conhecimento do empregador (como também se infere do quadro fático consignado), foi dispensado imotivadamente. Merece destaque, ainda, o registro de que a empresa estava numa fase pujante, ‘alcançando à época em que o autor laborava recordes de produção e crescimento’. O exercício da atividade econômica, premissa legitimada em um sistema capitalista de produção, está condicionado pelo artigo 170 da Constituição à observância dos princípios nele enumerados, entre os quais se incluem a valorização do trabalho humano, a existência digna, de acordo com a justiça social (*caput*) e a função social da propriedade (inciso III), este último perfeitamente lido como função social da empresa. Em sintonia com os aludidos mandamentos constitucionais, a Lei nº 9.029/95 dispõe acerca da proibição da exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Em seu artigo 1º, estabelece que ‘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 rol de condutas discriminatórias, a que se refere o citado dispositivo, é meramente exemplificativo. Em completa harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção nº 158 da OIT - ainda que denunciada pelo Governo Brasileiro e possua como objeto o término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, pode ser referenciada como *soft law* - dispõe em seu artigo 4º que ‘Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço'. Se o referido artigo trata das justificativas para o término da relação de emprego, o artigo 5º dispõe sobre os motivos que não servirão de justificativa: 'Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes: a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho; b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.'. Esse rol exemplificativo remete à Convenção nº 111 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 62.150/68 e que trata da vedação do tratamento discriminatório, dispõe no item 1.a do artigo 1º: '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'. A Súmula nº 443 do TST foi editada à luz desse arcabouço jurídico. Assim, a melhor interpretação que se faz dela é justamente a que se coaduna com as normas referidas e a ponderação que deve existir entre valores igualmente consagrados no âmbito constitucional. A esse propósito, assinala o Ministro Luís Roberto Barroso: '(...) a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações há de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética.’ (Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 4ª ed. 2013. p. 362). Na situação em concreto, feita a ponderação entre os princípios que garantem a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico e aqueles que tutelam o trabalho, prevalecem estes últimos, como diretriz de interpretação do verbete em discussão. Assim, há presunção de ser discriminatória a dispensa do empregado portador de neoplasia maligna e a Súmula nº 443 desta Corte, por tratar de presunção de discriminação, exige que esta seja afastada pela empresa, mediante prova cabal e insofismável, e não pelo empregado. Precedentes desta Corte. Recurso de embargos conhecido e não provido”. (E-ED-RR - 68-29.2014.5.09.0245 , Redator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 26/04/2019)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E ESTIGMATIZANTE (CÂNCER DE PELE). 1. A teor da Súmula 443 do TST, ‘presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito’. 2. No caso, o reclamante está acometido por doença grave e estigmatizante, qual seja, câncer de pele, presumindo-se discriminatória a sua despedida. 3. Destaca-se que não há no acórdão turmário, tampouco na decisão regional nele transcrita, qualquer notícia a respeito de eventual prova produzida pela reclamada no sentido de elidir a presunção relativa de que trata a Súmula 443 do TST. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR - 470-61.2016.5.09.0562, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 28/06/2019).

Assim, **dou provimento** ao recurso de embargos para restabelecer o acórdão regional, no particular.

ISTO POSTO



PROCESSO N° TST-E-ED-RR-2493-66.2014.5.02.0037

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos interposto pela Reclamante, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional, no particular.

Brasília, 20 de agosto de 2020.

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

ALEXANDRE LUIZ RAMOS

Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1003D2D880B7D7BCAC.