



ACÓRDÃO
SbDI-1
GMJRP/rb/JRP

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014.

PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE. EMPREGADO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. SÚMULA Nº 443 DO TST.

Esta Corte superior, por meio da Súmula nº 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave que cause estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa, sob pena de se presumir-la discriminatória. Nos termos da referida súmula, é *juris tantum* a presunção de que a dispensa do emprego ocorreu em razão de doença grave, cabendo ao empregador comprovar, de forma robusta, que dispensou o empregado, portador de doença grave, por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, tais como por razões disciplinares, técnicas, econômicas ou financeiras, de modo a afastar o caráter discriminatório da rescisão contratual. Desse modo, visando à proteção dos trabalhadores que se encontrem em situações de vulnerabilidade, impõe-se ao empregador um ônus probatório de demonstrar que a dispensa não possui contorno discriminatório, buscando, assim, assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho e a concretização do comando constitucional da busca do pleno emprego. Por outro lado, destaca-se que a jurisprudência desta Subseção adota o entendimento de que a neoplasia maligna é, sim, uma doença estigmatizante, consoante se infere do precedente E-ED-RR - 68-29.2014.5.09.0245, Redator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 26/4/2019, votação de 10 x 3, no qual se firmou entendimento de que “cabe ao empregador demonstrar que não houve motivação direta ou indireta com a enfermidade que o empregado apresenta ou que a causa da dispensa foi legítima e deve fazê-lo mediante prova insofismável, diante da presunção que se apresenta favorável à tese obreira”. Ademais, ficou ali firmado que o direito potestativo de dispensa sem justa causa reconhecido ao empregador não autoriza a prática de despedidas discriminatórias. Verifica-se, pois, que a jurisprudência deste Tribunal Superior do Trabalho, amparada na ordem jurídica nacional, mormente nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e da função social da propriedade, limita o exercício do poder potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato de emprego na hipótese de dispensa de empregado portador de doença grave, presumindo-a discriminatória quando o empregador não demonstrar que o ato ocorreu por motivos outros que não pela existência da moléstia direta ou indiretamente, tais como disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros. Na hipótese dos autos, ficou patente que o motivo da dispensa do autor alegado pela ré foi de que “a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar”, o que demonstra que ele está diretamente relacionada à doença de que padece, já que foi esta a causa que o levou a faltar várias vezes durante o curto pacto laboral (1º/11/2011 a 20/6/2012). Nesse contexto, tendo o Regional registrado que “Não tendo havido prova de conduta discriminatória por parte da Reclamada, não há falar em nulidade da despedida, que ocorreu sem justo motivo”, verifica-se que ele afrontou diretamente o entendimento previsto na Súmula nº 443 desta Corte, segundo a qual “Presume-se

discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito", uma vez que, em hipóteses como a dos autos, incumbe ao empregador provar que a dispensa não foi discriminatória e, não se desincumbindo do seu encargo probatório, considera-se discriminatória a denúncia vazia do contrato de emprego, o que acarreta a sua nulidade e a consequente reintegração do autor, nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95.

Embargos conhecidos e providos.

PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E DO CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE.

Ora, tendo sido comprovada a dispensa discriminatória, inclusive com o cancelamento abrupto do plano de saúde, faz jus o reclamante ao recebimento de indenação por danos morais.

Embargos conhecido e providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista** nº TST-E-ED-RR - 2091-27.2012.5.10.0006, em que é Embargante **WILNES HOLANDA LOIOLA TEIXEIRA** e é Embargado(a) **FUNDAÇÃO DE APOIO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE MINAS GERAIS - FUNDAÇÃO RENATO AZEREDO**.

O agravo interposto pelo reclamante foi provido em sessão para determinar o processamento do recurso de embargos.

É o relatório.

V O T O

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014

1. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE. EMPREGADO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. SÚMULA Nº 443 DO TST.

A Oitava Turma desta Corte não conheceu do recurso de revista interposto pelo autor, mantendo a improcedência dos seus pedidos de reintegração e de reinclusão no plano de saúde bem como de pagamento de indenização por danos morais e materiais, tudo isso sob a alegação de que houve dispensa discriminatória.

Eis os fundamentos da decisão embargada:

"O reclamante argui nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que o Regional, mesmo instado por meio de embargos de declaração, não se manifestou sobre as seguintes questões: a) as ausências ao trabalho eram exclusivamente por questões relacionadas à saúde, conforme se verifica dos laudos médicos e depoimentos das testemunhas; b) os próprios fundamentos adotados no acórdão recorrido reforçam a tese de que houve discriminação praticada pela reclamada; c) a quitação dos direitos trabalhistas ocorreu em 25/6/2012, o exame demissional foi marcado para o dia 12/7/2012 e a declaração de aptidão somente ocorreu em 13/8/2012; d) se seria possível a demissão e o cancelamento do plano de saúde mesmo com a determinação de avaliação da capacidade laboral por junta médica; e) omissão quanto à previsão do art. 168 da CLT, que determina a obrigatoriedade do exame médico demissional; f) declaração pelo Sr. André de que o motivo da demissão foi a quantidade de atestados médicos apresentados; g) prequestionamento do disposto nos artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, caput e XLI; 10, III, 50, caput, 170, caput, 193 e 196 da Constituição da República; 1º e 4º, da Lei nº 9.029/95. Alega violação dos artigos 93, IX, da Constituição da República; 832 da CLT; 458 do CPC/1973.

Sem razão.

O Regional assim se manifestou:

"Narrou o Reclamante que foi contratado pela Reclamada em 1º/11/2011 para trabalhar como operador de controle; que acumulou a função de operador de controle com a função de operador de vídeo-tape; que, em 2009, se submeteu a cirurgia para retirada de tumor maligno e, depois disso, esporadicamente se afastava do trabalho por não se sentir bem; que, em maio de 2012, a Ré recusou seu atestado médico de 14 dias, obrigando o Autor a trabalhar sem condições de saúde; que, finalmente, em razão dos vários atestados médicos apresentados, a Reclamada demitiu em 20/6/2012; que o atestado médico demissional apenas foi emitido em 13/8/2012; que referido atestado julgou o Autor apto, quando na verdade este não poderia ter sido demitido e sim afastado pelo INSS em razão de seu estado de saúde; que, com a demissão, ficou privado do emprego e também da assistência médica.

O Autor postula sua reintegração imediata (antecipação dos efeitos da tutela) assente na

premissa de que sofreu discriminação em face de sua saúde. Propugna, também, o restabelecimento do plano de saúde. Faz longa digressão a respeito de sua situação fática. Invoca os arts. 1º, III, IV, 3º, IV, 5º, caput, XLI, 170, 193, da Constituição Federal e a Súmula 443 do TST.

Data venia, comungo inteiramente das razões delineadas na sentença a respeito do tema.

Inicialmente, impende gizar que **não houve prova de que o Reclamante estivesse inapto para o trabalho quando foi despedido, seja porque o atestado médico demissional de fl. 35 declarou apto, seja porque o Reclamante continuou trabalhando em seu outro emprego (EBC).** Observe-se que o Reclamante não requereu benefício previdenciário ao INSS.

Por outro lado, **é incontroverso que o Reclamante, em 2009, foi submetido a cirurgia para retirada de um tumor maligno, necessitando de tratamento posterior. Foi contratado pela Reclamada em 1º/11/2011, tendo a prova oral indicado que a Ré sabia dos problemas de saúde do Autor e, nada obstante, o contratou. Nessa quadra, cai por terra a tese de que havia algum tipo de discriminação no âmbito da Reclamada pela saúde do Autor.**

O que se depreende do conjunto probatório é que **o Reclamante, em seis meses de Empresa, apresentou atestados médicos (muitos não ligados à doença por ele experimentada, a exemplo daqueles juntados às fls. 31 e 32), tendo ficado demonstrado que a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar.**

Como bem assinalou o Julgador de origem, 'quanto ao atestado médico de 14 dias (fl. 32), assinado por médico ortopedista e não neurologista, como consta da inicial, o autor não provou ter entregue o documento à empresa, ônus que lhe competia, logo, não considero provado que a Ré não tenha aceitado este atestado médico.'

Gize-se que não há pertinência à hipótese dos autos da Súmula 443 do TST invocada pelo Reclamante. Tal verbete está assim vazado:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Não há nos autos elemento material que revele que o Reclamante tenha ficado com sequelas após a cirurgia ou que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito. Ao revés, tem-se que a Reclamada considerava o Autor competente, tanto que o contratou (absorvendo-o como empregado da Fundação Padre Anchieta - TV Cultura), embora soubesse da doença por ele experimentada.

A primeira testemunha afirmou que ouviu o supervisor do Reclamante e o Coordenador comentando no corredor que o Reclamante tinha faltado de novo e que iriam demiti-lo. Tal assertiva, por si só, não revela conduta discriminatória, mas está dentro do poder potestativo do empregador, visto que, ao faltar muito, ainda que de forma justificada, estava ocasionando transtornos no labor.

A testemunha ANDRÉ LUIZ SOUSA COSTA, que era supervisor do Reclamante, disse que: **de fato, comentou com o sr. CAPRETA que o reclamante tinha faltado e que isso trazia problema para a empresa; que o problema não eram os atestados, mas sim a dificuldade de encontrar alguém para substituir em cima da hora o reclamante quando ele faltava pois ele trabalhava da meia-noite às 06 horas da manhã e tinha função de OPERADOR DE CONTROLE MESTRE; que isso levou à decisão de despedir o reclamante;** que quando eram faltas de 10, 12 dias seguidos, o reclamante trazia o atestado; que 01 ou 02 vezes o reclamante avisou em cima da hora porque estava passando mal; que quando o reclamante faltava 01 dia ou 02 normalmente não levava atestado, porém ele avisava que não ia pois dizia que estava passando mal; que o depoente não trabalhava junto com o reclamante; que o depoente era responsável por arrumar a pessoa para substituir o reclamante nas suas faltas; que o reclamante era tratado de forma absolutamente igual a todos os outros empregados; que o reclamante nunca sofreu preconceito por causa da doença; que a reclamada não fez nenhuma distinção quando substituiu a TV CULTURA, pois admitiu todos os funcionários da TV CULTURA; que os OPERADORES são aqueles que põem a emissora no ar; que são totalmente imprescindíveis; que por exemplo, **nas vezes em que o reclamante faltava mesmo que fosse difícil, era obrigatório encontrar alguém para substituí-lo; que tinham de fazer o OPERADOR do turno anterior dobrar a jornada, pois não havia como trabalhar sem o reclamante ou um substituto;** que **o depoente já sabia do problema de saúde do reclamante** e nunca fez qualquer sugestão para que ele não fosse contratado; que já aconselhou o reclamante a apresentar os atestados relativos aqueles 01/02 dias de falta em que dizia estar passando mal mas não apresentava atestado; que no mês de maio, realmente, o reclamante apresentou atestados, mas foram todos aceitos; que o depoente encaminhava tudo para o RH da reclamada. (fls. 659/660)

Por outro lado, não há prova de que o Reclamante tivesse se ausentado ao serviços por mais de 15 dias, razão pela qual não há suporte a alegação de que a Reclamada deveria ter encaminhado o Reclamante ao INSS.

Não tendo havido prova de conduta discriminatória por parte da Reclamada, não há falar em nulidade da despedida, que ocorreu sem justo motivo, com o pagamento das verbas a ela atinentes. Logo, não procedem os pedidos de reintegração e restabelecimento de plano de saúde. Incólumes todos os preceitos constitucionais invocados no recurso.

Nego provimento." (fls. 875/879)

E, no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo reclamante, consignou:

"Como delineado no relatório, o Reclamante, pela via ora eleita, pretende deixar claro que suas faltas ocorreram em virtude do tratamento de saúde necessário para a recuperação da retirada do tumor maligno. Alega que é contraditório o julgado porque, embora reforce a tese da discriminação, conclui que esta não ocorreu. Aduz que o problema que causava para a Reclamada era ficar doente e faz questionamentos acerca de tal fato. Sustenta que a quitação ocorreu no dia 25/6/2012 e o exame médico demissional em 12/7/2012; todavia, segundo fl. 34, a médica não concluiu se estava apto a ser demitido, tanto que solicitou complementação de exames, razão pela qual seu contrato estaria suspenso. Pontua que o cancelamento do plano de saúde no momento em que mais precisava é ilegal. Invoca os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, XLI, 170, 193, da Constituição Federal; 1º e 4º da Lei 9.029/95, 168 da CLT, bem como a Súmula 443 do TST. Faz longa digressão em torno da configuração de dano moral, dito configurado.

Sem razão, contudo.

Os embargos declaratórios são o recurso cabível para sanar omissão, obscuridade ou incongruência no julgado, a teor dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT. Não se prestam, portanto, para reabertura da discussão, na tentativa de que novo exame da causa seja dado pelo mesmo Órgão julgador.

Toda a controvérsia foi devidamente analisada pelo Colegiado à luz do conjunto probatório produzido.

Observe-se que não houve omissão acerca da validade da demissão ocorrida. Assim constou do acórdão embargado, verbis:

Inicialmente, impende gizar que não houve prova de que o Reclamante estivesse inapto para o trabalho quando foi despedido, seja porque o atestado médico demissional de fl. 35 o declarou apto, seja porque o Reclamante continuou trabalhando em seu outro emprego (EBC). Observe-se que o Reclamante não requereu benefício previdenciário ao INSS.

Ainda que fosse plausível a alegação obreira de que uma médica pediu exames complementares (fl. 34), não se pode olvidar que outra médica concluiu que ele estava apto a ser demitido (fl. 35). Acrescente-se o fato de que o Reclamante continuou trabalhando na outra empresa (EBC) e nem requereu benefício previdenciário, premissas indicativas de que seu estado de saúde não inviabilizava a ruptura contratual. Logo, não há falar que o contrato estava suspenso.

O fato de a demissão ter ocorrido antes mesmo do exame médico demissional não acarreta nulidade da rescisão, visto que ele revelou que o Reclamante estava apto. Nos termos do disposto no art. 201 da CLT, o descumprimento, pelo empregador, das normas relativas à segurança e à medicina do trabalho caracteriza mera infração administrativa.

Por outro lado, não há qualquer contradição no julgado, ao revés do que pretende fazer crer o Reclamante. **No acórdão há absoluta clareza da conclusão de que não houve prova de conduta discriminatória pela Ré. O fato de o Reclamante faltar, ainda que de forma justificada, acarretava problemas operacionais para a Reclamada, razão pela qual ela fez uso de seu poder potestativo para rescindir o contrato sem justo motivo.** A pergunta que o Reclamante faz nos embargos, no sentido de 'ninguém pode ficar doente', não se coaduna com o que constou da decisão, verbis:

O que se depreende do conjunto probatório é que o Reclamante, em seis meses de Empresa, apresentou atestados médicos (muitos não ligados à doença por ele experimentada, a exemplo daqueles juntados às fls. 31 e 32), tendo ficado demonstrado que a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar.

Ficar doente é situação que todo ser humano experimenta. Todavia, o empregador não está obrigado – se não restar configurada hipótese de estabilidade – a manter um contrato de trabalho que não atende a suas necessidades. Isso não é discriminação, mas direção do empreendimento. Ficou delineado, inclusive, que a Reclamada, mesmo sabendo do problema de saúde que havia acometido o Autor, quis absorvê-lo, contratando-o. Todavia, durante o pacto, ele não atendeu aos objetivos da instituição e esta, dentro de sua liberdade de demitir, arcando com todos os haveres trabalhistas, assim o fez.

Outrossim, não cabe, pela via declaratória, a alegação obreira de que houve mal exame das provas, notadamente em torno das faltas justificadas serem relativas àquela doença maligna que, infelizmente, experimentou. Ou seja, não cabe ao Juiz verificar se as cefaleias e as sinovites, por exemplo, estavam diretamente ligadas à neoplasia. **De toda forma, ligadas ou não à doença, as faltas ocorreram e foram aceitos os atestados pela Empresa.** Nesse particular, ficou consignado no acórdão que o Autor não provou ter entregue o atestado médico de 14 dias (fl. 32), assinado por médico ortopedista e não neurologista, à Empresa, ônus que lhe competia.

Também constou da decisão ora impugnada que não era o caso de pertinência da Súmula 443 do TST, porquanto não havia nos autos elemento material que revelasse que o Reclamante tivesse ficado com sequelas após a cirurgia ou que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito.

Diante do exposto, concluiu-se que não havia como condenar a Reclamada em indenização por danos morais e materiais se não cometeu ilícito. Sendo legal a rescisão contratual perpetrada, também não se poderia obrigar a Ré a continuar com o plano de saúde.

Com efeito, se houve decisão injusta ou equivocada, deve a Parte fazer uso de recurso com caráter infringente, não sendo esse o caso dos declaratórios.

Friso que constou do acórdão: 'incólumes todos os preceitos constitucionais invocados no recurso.' A respeito, esclareço que o prequestionamento é da tese e não de preceitos legais (OJ 118 da SDI-I do TST). Mostram-se, pois, hígidos os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, XLI, 170, 193, da Constituição Federal; 1º e 4º da Lei 9.029/95, 168 da CLT.

Nego provimento." (fls. 919/923)

(...)

O reclamante sustenta que o pedido de reintegração baseou-se na discriminação por motivo de saúde. Alega que o exame demissional não foi realizado na forma prevista em lei. Assevera que, no primeiro exame demissional, a médica solicitou parecer de junta médica para avaliar a capacidade laboral, o que, sob sua ótica, ocasionou a suspensão do contrato de trabalho. Sustenta que restou demonstrado o caráter discriminatório de sua dispensa, em razão dos problemas de saúde. Pleiteia a reintegração ao emprego e a reinclusão no plano de saúde. Alega contrariedade à Súmula 443 do TST e violação dos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Constituição da República; 168 da CLT; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95. Sem razão.

Conforme se verifica dos excertos transcritos no item anterior, **a reclamada contratou o autor tendo ciência da doença grave (câncer) que o acometeu. O Tribunal Regional consignou, ainda, que as faltas do reclamante, ainda que justificadas por atestados, comprometiam o andamento das atividades da reclamada, em razão da dificuldade em encontrar outro empregado para substituir o autor.**

Desse modo, verifica-se que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o reclamante, a qual já era do conhecimento da reclamada quando da contratação, mas dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar.

Assim, afastada a hipótese de dispensa discriminatória, não há como dividir contrariedade à Súmula 443 do TST, tampouco violação dos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, e 193 da Constituição da República; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95.

De outra parte, é impertinente a alegação de ofensa ao art. 170 da Constituição da República, uma vez que não trata da matéria em debate.

No que se refere ao art. 168 da CLT, ressalta-se que a ausência de realização do exame demissional não implica a nulidade da dispensa, constituindo infração administrativa, nos termos do art. 201 da CLT.

Não conheço.

3 – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

O reclamante insurge-se contra o indeferimento da indenização por danos morais e materiais. Sustenta que a não realização do exame demissional é penalizada com multa administrativa, o que caracteriza ato ilícito a ensejar dano moral. Assevera que a dispensa revestiu-se de caráter discriminatório. Sustenta que o cancelamento do plano de saúde deu-se antes da realização do

exame demissional para constatação da capacidade laborativa. Alega violação dos artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, caput, X e XLI, 10, III, 50, caput, 170, caput, 193 e 196, II, da Constituição da República; 186 e 927 do Código Civil; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95.

Sem razão.

O Regional, em relação ao tema, decidiu que:

"Assevera a Reclamada que a sentença se mostra contraditória porquanto, embora reconheça que a despedida do Autor foi legal e dentro do poder potestativo do empregador, condenou a Empresa ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

De fato.

O Juízo de origem deferiu indenização no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao Reclamante, a título de danos morais, e R\$ 200,00 (duzentos reais) como ressarcimento de despesa médica com lastro nos seguintes fundamentos:

Assim, o fato de a ré, para resolver seus problemas, haver optado pela solução mais fácil de despedir o autor, com o cancelamento de seu plano de saúde, mesmo sabendo que o ele sofre de doença grave (CID 10 D44), que demanda acompanhamento médico (Relatório Médico de fl. 36), demonstra descaso para com a saúde do empregado, constituindo uma afronta ao princípio da dignidade humana do trabalhador.

Mais grave ainda o fato de a ré haver despedido o reclamante, sem sequer ter realizado, previamente, o exame demissional para saber se ele estava ou não em condições de ser despedido, tendo em vista que a despedida se deu em 25.06.2012 e o atestado médico demissional data de 13.08.2012. De se consignar que a ré não provou a sua alegação de que o atestado médico somente tenha sido feito nessa data por culpa do reclamante, ônus que lhe competia.

Tendo ficado configurado que o Reclamante continuava trabalhando em outra empresa à época de sua despedida na Reclamada e ante a falta de requerimento de gozo de benefício previdenciário ao INSS, concluiu-se que o Autor estava apto ao ato da demissão, razão por que, ainda que tenha sido dado o resultado do exame demissional depois do próprio ato de ruptura, não há como se falar em dano moral.

Malgrado se reconheça que o Autor necessite de tratamento médico em face da doença que lhe acometeu e, por isso, relevante estar assistido por plano de saúde, não se pode concluir que a Reclamada tenha incorrido em algum ilícito porquanto, como já consignado em linhas pretéritas, a despedida não foi nula. Nessa quadra, com a rescisão do contrato, o plano de saúde, por corolário, teria que ser cancelado.

Somente há suporte jurídico para a condenação patronal em indenização (seja por dano moral, seja por dano material) se houver culpa e conduta ilícita – arts. 186 e 188 do CCB. Tais requisitos não ficaram demonstrados na hipótese em exame.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais e materiais." (fls. 881/883)

Conforme restou decidido no item anterior, o quadro fático delineado pelo Regional não permite demonstrar que a dispensa do reclamante deteve caráter discriminatório.

Assim, ausentes os requisitos configuradores do dano moral, correta a decisão regional ao excluir a indenização por danos morais e materiais.

No que se refere ao cancelamento do plano de saúde, igualmente não há como se concluir que houve dano moral, pois a validade da dispensa enseja, por consequência, a exclusão do plano.

lesos, portanto, os artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, caput, X e XLI, 10, III, 50, caput, 170, caput, 193 e 196, II, da Constituição da República; 186 e 927 do Código Civil; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95.

Por fim, registra-se que a alegação de ofensa ao art. 170 da Constituição da República é impertinente, uma vez que o dispositivo não trata da matéria em debate.

Não conheço" (grifou-se, seq. 10).

Interpostos embargos de declaração, assim se manifestou a Turma:

"O reclamante alega omissões no julgado. Sustenta, no que se refere à indenização por danos morais decorrentes do cancelamento do plano de saúde, que é possível extrair dos autos que a reclamada dispensou o reclamante com a intenção de isentar-se das obrigações decorrentes da doença que o acometeu. Assevera que a dispensa sem justa causa do reclamante em tratamento de saúde, bem como o cancelamento do plano de saúde no momento em que o autor mais precisava de assistência médica, configuram o dano moral, sendo desnecessária a prova de eventual vexame ou humilhação. Alega que a reclamada, ao dispensar imotivadamente o reclamante em tratamento de saúde, abusou de seu direito potestativo de demitir, uma vez que tinha plena consciência da delicada condição de saúde do autor. Assevera que o reclamante foi dispensado dois meses antes de o exame demissional considerá-lo apto. Sustenta que a justificativa da reclamada de ter dispensado o reclamante em razão de as faltas comprometerem o andamento de suas atividades não afasta o caráter discriminatório da dispensa. Pleiteia a reintegração ao emprego e a reinclusão no plano de saúde.

Sem razão.

Pontue-se, inicialmente, que a decisão é omissa quando o órgão julgador é instado a se pronunciar sobre questão debatida nos autos e assim não o faz.

Da leitura das próprias razões do embargante, constata-se que não há qualquer omissão no julgado, mas o nítido inconformismo com a decisão que lhe foi desfavorável.

Esta Turma analisou detidamente toda a matéria suscitada pelo embargante, tendo exposto os motivos pelos quais se concluiu pela não caracterização da dispensa discriminatória e do dano moral. Conforme restou consignado, houve comprovação de que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o reclamante, a qual já era do conhecimento da reclamada quando da contratação, mas em decorrência dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar. Concluiu-se, ainda, que a exclusão do reclamante do plano de saúde foi mera consequência da dispensa ocorrida de forma válida.

Portanto, verifica-se que o embargante, a pretexto de ter havido vício de expressão no julgado, pretende valer-se dos embargos de declaração para obter novo pronunciamento jurisdicional, reformando o anterior. A via declaratória é imprópria para impugnar a justiça da decisão. Se a parte embargante entende que houve erro no julgamento, a questão desafia recurso próprio.

Rejeito os embargos de declaração" (grifou-se, seq. 20).

Nas razões de embargos, o autor sustenta, em síntese, que é portador de moléstia grave, com diagnóstico médico de neoplasia maligna do corpo carotídeo (CID C 75.4) e que, após tratamento cirúrgico, passou a apresentar sequelas irreversíveis, como disfagia, déficit de mobilidade da

língua, do semiptose, do ombro e braço esquerdos e cordas vocais, causando prejuízo no aparelho fonador, enfermidades classificadas no CID D 44.6/ I 10/ R 52.1/ R 49.0/ R 13/ M 54.2.

Argumenta que o conhecimento da ré sobre a sua doença não a desonera, mas corrobora a tese relacionada à inviabilidade da dispensa e à discriminação.

Afirma que a dispensa sem justa causa do empregado ainda doente constitui abuso do direito potestativo de denúncia do contrato de trabalho, violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da função social da empresa.

Aduz que a sua dispensa aconteceu em virtude do seu necessário afastamento para tratamento de saúde.

Por outro lado, o autor reitera seu pedido de indenização pelo dano moral ocasionado em razão do cancelamento abrupto do plano de saúde no momento da dispensa, sem lhe dar a oportunidade de optar por permanecer no plano, considerando ser ele portador de doença grave.

Finaliza seu apelo, obtemperando que a ré, ao dispensá-lo imotivadamente, cancelando, conseqüentemente, o plano médico, abusou do seu direito potestativo de resilir, pois tinha plena consciência de sua delicada condição de saúde e não poderia tê-lo considerado apto à dispensa e muito menos dispensá-lo, e, deste modo, se o fez, o que se conclui é que tal dispensa se deu em caráter discriminatório, ou seja, pelo fato de o autor se encontrar doente e deixado de lhe ser útil.

Indica contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte e colaciona arestos para demonstrar divergência jurisprudencial.

O Presidente da Turma denegou seguimento ao recurso de embargos do autor, mediante os seguintes fundamentos:

“Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade referentes à tempestividade (fls. 1025 e 1050) e à regularidade de representação (fls. 22), passo ao exame dos pressupostos intrínsecos dos embargos.

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, mediante o acórdão de fls. 989/1003, complementado pelo acórdão de fls. 1022/1024, proferido em embargos de declaração, não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante - WILNES HOLANDA LOIOLA TEIXEIRA no tocante aos temas ‘Dispensa discriminatória. Reintegração. Reinclusão no plano de saúde’ e ‘Indenização por danos morais e materiais’.

Eis o teor da ementa do acórdão ora embargado:

‘DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. REINCLUSÃO NO PLANO DE SAÚDE. Conforme se verifica do quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, a reclamada contratou o autor tendo ciência da doença grave (câncer) que o acometeu. Restou consignado, ainda, que as faltas do reclamante, ainda que justificadas por atestados, comprometiam o andamento das atividades da reclamada, em razão da dificuldade de encontrar outro empregado para substituir o autor. Desse modo, verifica-se que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o reclamante, a qual já era do conhecimento da reclamada quando da contratação, mas dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar. Assim, afastada a hipótese de dispensa discriminatória, não há como divisar contrariedade à Súmula 443 do TST. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Tendo em vista a não demonstração do caráter discriminatório da dispensa, não restam preenchidos os requisitos configuradores do dano moral, razão pela qual se reputa correta a decisão regional ao excluir a indenização por danos morais e materiais. No que se refere ao cancelamento do plano de saúde, igualmente não há como se concluir que houve dano moral, pois a validade da dispensa enseja, por consequência, a exclusão do plano. Recurso de revista não conhecido.’ (fls. 989)

O reclamante interpõe embargos (fls. 1027/1049), sob a égide da Lei nº 13.015/2014. Alega violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, contrariedade à Súmula 443 do TST e transcreve arestos.

Inviável analisar, inicialmente, a alegação de ofensa a dispositivos de lei e da Constituição Federal, em face da redação dada ao artigo 894, II, da CLT, pela Lei nº 13.015/2014, que vinculou a admissibilidade dos embargos à demonstração de divergência jurisprudencial entre Turmas do TST ou entre Turma e a Seção de Dissídios Individuais ou de contrariedade a Súmula ou Orientação Jurisprudencial do TST ou Súmula Vinculante do STF.

Quanto aos temas em debate, os arestos transcritos às fls. 1031/1036, 1039/1041 e 1045 revelam-se inespecíficos, pois não tratam das mesmas especificidades fáticas do caso analisado, quais sejam: a) a reclamada ter contratado o autor tendo ciência da doença grave (câncer) que o acometeu; b) o reclamante encontrar-se apto para o trabalho na ocasião de sua demissão; c) a dispensa não ter se dado em razão da doença que acometia o reclamante, mas em decorrência dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas; d) o Tribunal Regional ter decidido pela exclusão da indenização por danos morais e materiais em virtude de ausência dos requisitos configuradores do dano moral. Incidência da Súmula 296, I, do TST.

Nesse contexto, não procede a alegação de contrariedade à Súmula 443 do TST, pois afastada a hipótese de dispensa discriminatória.

Ausentes, portanto, os pressupostos intrínsecos de admissibilidade previstos no artigo 894, II, da CLT.

Ante o exposto, **denego** seguimento aos embargos, com fulcro nos artigos 894, II, da CLT e 2º, § 2º, da Instrução Normativa nº 35/2012 do TST” (seq. 26).

No agravo, o autor renova suas razões trazidas no recurso de embargos.

A controvérsia dos autos cinge-se a perquirir se a dispensa do autor teve caráter

discriminatório ou não.

Consta do acórdão regional, transcrito na decisão da Turma, as seguintes premissas fáticas sobre o caso:

"(...) é incontroverso que o Reclamante, em 2009, foi submetido a cirurgia para retirada de um tumor maligno, necessitando de tratamento posterior. Foi contratado pela Reclamada em 1º/11/2011, tendo a prova oral indicado que a Ré sabia dos problemas de saúde do Autor e, nada obstante, o contratou (...). O que se depreende do conjunto probatório é que o Reclamante, em seis meses de Empresa, apresentou atestados médicos (muitos não ligados à doença por ele experimentada, a exemplo daqueles juntados às fls. 31 e 32), tendo ficado demonstrado que a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar. (...) Não há nos autos elemento material que revele que o Reclamante tenha ficado com sequelas após a cirurgia ou que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito. Ao revés, tem-se que a Reclamada considerava o Autor competente, tanto que o contratou (absorvendo-o como empregado da Fundação Padre Anchieta – TV Cultura), embora soubesse da doença por ele experimentada. A primeira testemunha afirmou que ouviu o supervisor do Reclamante e o Coordenador comentando no corredor que o Reclamante tinha faltado de novo e que iriam demiti-lo. Tal assertiva, por si só, não revela conduta discriminatória, mas está dentro do poder potestativo do empregador, visto que, ao faltar muito, ainda que de forma justificada, estava ocasionando transtornos no labor. A testemunha ANDRÉ LUIZ SOUSA COSTA, que era supervisor do Reclamante, disse que: de fato, comentou com o sr. CAPRETA que o reclamante tinha faltado e que isso trazia problema para a empresa, que o problema não eram os atestados, mas sim a dificuldade de encontrar alguém para substituir em cima da hora o reclamante quando ele faltava pois ele trabalhava da meia-noite às 06 horas da manhã e tinha função de OPERADOR DE CONTROLE MESTRE; que isso levou à decisão de despedir o reclamante; (...)" (grifou-se, págs. 4-6, seq. 10).

Concluiu o Regional: "Não tendo havido prova de conduta discriminatória por parte da Reclamada, não há falar em nulidade da despedida, que ocorreu sem justo motivo, com o pagamento das verbas a ela atinentes. Logo, não procedem os pedidos de reintegração e restabelecimento de plano de saúde" (grifou-se, pág. 6, seq. 10).

Ao responder aos embargos de declaração interpostos pelo autor, o Regional consignou que "No acórdão há absoluta clareza da conclusão de que não houve prova de conduta discriminatória pela Ré. O fato de o Reclamante faltar, ainda que de forma justificada, acarretava problemas operacionais para a Reclamada, razão pela qual ela fez uso de seu poder potestativo para rescindir o contrato sem justo motivo (...) Também constou da decisão ora impugnada que não era o caso de pertinência da Súmula 443 do TST, porquanto não havia nos autos elemento material que revelasse que o Reclamante tivesse ficado com sequelas após a cirurgia ou que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito" (grifou-se, págs. 8-9, seq. 10).

A Turma, por sua vez, consignou que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o autor, a qual já era do conhecimento da ré à época da contratação, mas dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do demandante em suas faltas, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar, concluindo, o Colegiado *a quo*, que não houve dispensa discriminatória.

Verifica-se clara contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte.

Com efeito, esta Corte superior, por meio da Súmula nº 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave que cause estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa, sob pena de se presumi-la discriminatória.

Confira-se:

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

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

Nos termos da referida súmula, *é juris tantum* a presunção de que a dispensa do emprego ocorreu em razão de doença grave, cabendo ao empregador comprovar, de forma robusta, que dispensou o empregado, portador de doença grave, por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, tais como por razões disciplinares, técnicas, econômicas ou financeiras, de modo a afastar o caráter discriminatório da rescisão contratual.

Desse modo, visando à proteção dos trabalhadores que se encontrem em situações de vulnerabilidade, impõe-se ao empregador um ônus probatório de demonstrar que a dispensa não possui contorno discriminatório, buscando, assim, assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho e a concretização do comando

constitucional da busca do pleno emprego.

Destaca-se que a jurisprudência desta Subseção adota o entendimento de que a neoplasia maligna é, sim, uma doença estigmatizante, consoante se infere do seguinte precedente, julgado com a presença de 13 Ministros, por 10 x 3 (apenas a Excelentíssima Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi não participou do julgamento por impedimento):

"RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA PROSTÁTICA. DOENÇA QUE GERA ESTIGMA. SÚMULA Nº 443 DO TST. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A Súmula nº 443 do TST estabelece presunção de discriminação na ruptura contratual quando o empregado apresenta doença grave, que suscite estigma ou preconceito. A 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. 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 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 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, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 26/4/2019, grifou-se).

Ao fundamentar sobre a presunção erigida pela Súmula nº 443 deste Tribunal Superior do Trabalho, o eminente Redator do acórdão do citado precedente, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, assinalou que “cabe ao empregador demonstrar que não houve motivação direta ou indireta com a enfermidade que o empregado apresenta ou que a causa da dispensa foi legítima e deve fazê-lo mediante prova insofismável, diante da presunção que se apresenta favorável à tese obreira” (pág. 23 do acórdão referente ao Processo nº E-ED-RR - 68-29.2014.5.09.0245).

Além disso, também ficou assentado no referido precedente que o direito potestativo de dispensa sem justa causa reconhecido ao empregador não autoriza a prática de despedidas discriminatórias.

Verifica-se, pois, que a jurisprudência deste Tribunal Superior do Trabalho, amparada na ordem jurídica nacional, mormente nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e da função social da propriedade, limita o exercício do poder potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato de emprego na hipótese de dispensa de empregado portador de doença grave, presumindo-a discriminatória quando o empregador não demonstrar que o ato ocorreu por motivos outros que não pela existência da moléstia direta ou indiretamente, tais como disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros.

Na hipótese dos autos, ficou patente que o motivo da dispensa do autor alegado pela ré foi de que “a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar”, o que demonstra que ela está diretamente relacionada à doença de que padece, já que foi esta a causa que o levou a faltar várias vezes durante o curto pacto laboral (1º/11/2011 a 20/6/2012).

Nesse contexto, tendo o Regional registrado que “Não tendo havido prova de conduta discriminatória por parte da Reclamada, não há falar em nulidade da despedida, que ocorreu sem justo motivo”, verifica-se que ele afrontou diretamente o entendimento previsto na Súmula nº 443 desta Corte, segundo a qual “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito”, uma vez que, em hipóteses como a dos autos, incumbe ao empregador provar que a dispensa não foi discriminatória e, não se desincumbindo do seu encargo probatório, considera-se discriminatória a denúncia vazia do contrato de emprego, o que a acarreta a sua nulidade e a consequente reintegração do autor, nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95.

Dou, pois, provimento ao agravo para determinar o processamento dos embargos por vislumbrar contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte quanto ao pedido de reintegração.

2. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E DO CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE

A Oitava Turma desta Corte não conheceu do recurso de revista interposto pelo autor, mantendo a improcedência dos seus pedidos de reintegração e reinclusão no plano de saúde bem de pagamento de indenização por danos morais e materiais, tudo isso sob a alegação de que houve dispensa discriminatória.

Nas razões de embargos, o autor alega haver divergência jurisprudencial sobre a matéria.

No mérito, reitera seu pedido de indenização pelo dano moral ocasionado em razão do cancelamento abrupto do plano de saúde no momento da dispensa, sem lhe dar a oportunidade de optar por permanecer no plano, considerando ser ele portador de doença grave.

Finaliza seu apelo, obtemperando que a ré, ao dispensá-lo imotivadamente, cancelando, conseqüentemente, o plano médico, abusou do seu direito potestativo de resilir, pois tinha plena consciência de sua delicada condição de saúde e não poderia tê-lo considerado apto à dispensa e muito menos dispensá-lo, e, deste modo, se o fez, o que se conclui é que tal dispensa se deu em caráter discriminatório, ou seja, pelo fato de o autor se encontrar doente e deixado de lhe ser útil.

O Presidente da Turma denegou seguimento ao recurso de embargos do autor, mediante os seguintes fundamentos:

intrínsecos dos embargos.

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, mediante o acórdão de fls. 989/1003, complementado pelo acórdão de fls. 1022/1024, proferido em embargos de declaração, não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante - WILNES HOLANDA LOIOLA TEIXEIRA no tocante aos temas 'Dispensa discriminatória. Reintegração. Reinclusão no plano de saúde' e 'Indenização por danos morais e materiais'.

Eis o teor da ementa do acórdão ora embargado:

'DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. REINCLUSÃO NO PLANO DE SAÚDE. Conforme se verifica do quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, a reclamada contratou o autor tendo ciência da doença grave (câncer) que o acometeu. Restou consignado, ainda, que as faltas do reclamante, ainda que justificadas por atestados, comprometiam o andamento das atividades da reclamada, em razão da dificuldade em encontrar outro empregado para substituir o autor. Desse modo, verifica-se que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o reclamante, a qual já era do conhecimento da reclamada quando da contratação, mas dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar. Assim, afastada a hipótese de dispensa discriminatória, não há como divisar contrariedade à Súmula 443 do TST. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Tendo em vista a não demonstração do caráter discriminatório da dispensa, não restam preenchidos os requisitos configuradores do dano moral, razão pela qual se reputa correta a decisão regional ao excluir a indenização por danos morais e materiais. No que se refere ao cancelamento do plano de saúde, igualmente não há como se concluir que houve dano moral, pois a validade da dispensa enseja, por consequência, a exclusão do plano. Recurso de revista não conhecido.' (fls. 989)

O reclamante interpõe embargos (fls. 1027/1049), sob a égide da Lei nº 13.015/2014. Alega violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, contrariedade à Súmula 443 do TST e transcreve arestos.

Inviável analisar, inicialmente, a alegação de ofensa a dispositivos de lei e da Constituição Federal, em face da redação dada ao artigo 894, II, da CLT, pela Lei nº 13.015/2014, que vinculou a admissibilidade dos embargos à demonstração de divergência jurisprudencial entre Turmas do TST ou entre Turma e a Seção de Dissídios Individuais ou de contrariedade a Súmula ou Orientação Jurisprudencial do TST ou Súmula Vinculante do STF.

Quanto aos temas em debate, os arestos transcritos às fls. 1031/1036, 1039/1041 e 1045 revelam-se inespecíficos, pois não tratam das mesmas especificidades fáticas do caso analisado, quais sejam: a) a reclamada ter contratado o autor tendo ciência da doença grave (câncer) que o acometeu; b) o reclamante encontrar-se apto para o trabalho na ocasião de sua demissão; c) a dispensa não ter se dado em razão da doença que acometia o reclamante, mas em decorrência dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas; d) o Tribunal Regional ter decidido pela exclusão da indenização por danos morais e materiais em virtude de ausência dos requisitos configuradores do dano moral. Incidência da Súmula 296, I, do TST.

Nesse contexto, não procede a alegação de contrariedade à Súmula 443 do TST, pois afastada a hipótese de dispensa discriminatória.

Ausentes, portanto, os pressupostos intrínsecos de admissibilidade previstos no artigo 894, II, da CLT.

Ante o exposto, **denego** seguimento aos embargos, com fulcro nos artigos 894, II, da CLT e 2º, § 2º, da Instrução Normativa nº 35/2012 do TST" (seq. 26).

No agravo, o autor reitera suas razões expendidas no recurso de embargos.

A Turma adotou a tese de que o quadro fático delineado pelo Regional não permite demonstrar que a dispensa do reclamante teve caráter discriminatório.

Quanto ao cancelamento do plano de saúde, a Turma concluiu que não houve dano moral, pois a validade da dispensa enseja, por consequência, a exclusão do plano.

Ora, o reconhecimento da dispensa discriminatória, por si só, já é suficiente para ensejar o processamento do recurso de embargos quanto ao pedido de indenização por danos morais, nos termos do artigo 4º, caput, da Lei nº 9.029/95, segundo o qual "O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, **além do direito à reparação pelo dano moral**, faculta ao empregado optar entre: a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais."

Além disso, o aresto colacionado à pág. 13 do recurso de embargos, oriundo da Primeira Turma (AIRR-436-34.2011.5.02.0020, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 13/8/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014), caracteriza divergência jurisprudencial específica, pois adota a tese de que "Fere o princípio da dignidade da pessoa humana, **a consubstanciar como prática de ato ilícito a exigir reparação de natureza civil a conduta do empregador que, no exercício irregular do poder potestativo que lhe é legalmente outorgado, dispensa o obreiro quando demonstrado que se encontrava fisicamente combalido pelo acometimento de doença, independentemente de caracterizada, ou não, como profissional**". 3. Verifica-se, do delineamento fático erigido pelo Tribunal Regional, que, **no caso concreto, restou configurado o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o dano causado à reclamante, demitida quando o empregador tinha ciência de que a obreira se encontrava acometida de doença grave, encontrando-se física e psicologicamente combalida**". Eis a ementa do referido julgado paradigma:

"DANOS MORAIS. DISPENSA ARBITRÁRIA. RECLAMANTE ACOMETIDA DE DOENÇA GRAVE. CÂNCER DE MAMA. 1. A caracterização do dano moral prescinde da comprovação objetiva de dor, sofrimento ou abalo psicológico, especialmente diante da impossibilidade de sua comprovação material. 2. Fere o princípio da dignidade da pessoa humana, a consubstanciar como prática de ato ilícito a exigir reparação de natureza civil a conduta do empregador que, no exercício irregular do poder potestativo que lhe é legalmente outorgado, dispensa o obreiro quando demonstrado que se encontrava fisicamente combatido pelo acometimento de doença, independentemente de caracterizada, ou não, como profissional. 3. Verifica-se, do delineamento fático erigido pelo Tribunal Regional, que, no caso concreto, restou configurado o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o dano causado à reclamante, demitida quando o empregador tinha ciência de que a obreira se encontrava acometida de doença grave, encontrando-se física e psicologicamente combatida. 4. Agravo de instrumento não provido. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Diante da ausência de critérios objetivos norteados a fixação do quantum devido a título de indenização por danos morais, cabe ao julgador arbitrá-lo de forma equitativa, pautando-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como pelas especificidades de cada caso concreto, tais como: a situação do ofendido, a extensão e gravidade do dano suportado e a capacidade econômica do ofensor. Tem-se, de outro lado, que o exame da prova produzida nos autos é atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, cujo pronunciamento, nesse aspecto, é soberano. Com efeito, a proximidade do julgador, em sede ordinária, da realidade cotidiana em que contextualizada a controvérsia a ser dirimida habilita-o a equacionar o litígio com maior precisão, sobretudo no que diz respeito à aferição de elementos de fato sujeitos a avaliação subjetiva, necessária à estipulação do valor da indenização. Conclui-se, assim, que não cabe a esta instância superior, em regra, rever a valoração emanada das instâncias ordinárias em relação ao montante arbitrado a título de indenização por danos morais, para o que se faria necessário o reexame dos elementos de fato e das provas constantes dos autos. Excepcionam-se, todavia, de tal regra as hipóteses em que o quantum indenizatório se revele extremamente irrisório ou nitidamente exagerado, denotando manifesta inobservância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferível de plano, sem necessidade de incursão na prova. 2. No caso dos autos, o Tribunal Regional, ao fixar o valor atribuído à indenização devida por danos morais, levou em consideração a extensão do dano e a capacidade econômica das partes, resultando observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que não se cogita na revisão do valor da condenação, para o que se faria necessário rever os critérios subjetivos que levaram o julgador à conclusão ora combatida, à luz das circunstâncias de fato reveladas nos autos. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. ITEM I DA SÚMULA N.º 338 DESTA CORTE SUPERIOR. 1. A jurisprudência desta Corte superior, consubstanciada no item I da Súmula n.º 338, encerra tese no sentido de que é ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT, sendo que a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário". 2. Em tais circunstâncias, inverte-se o ônus da prova, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada declinada na petição inicial, se dele não se desincumbir. 3. Não tendo a empresa demonstrado ter elidido tal presunção com a produção de prova em sentido contrário, resultam devidas à obreira as horas extraordinárias, valendo ressaltar que, consoante entendimento consagrado pela SBDI-I deste Tribunal Superior, desnecessária a determinação judicial para tanto. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-436-34.2011.5.02.0020, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 15/08/2014).

Nesse contexto, constata-se que, enquanto a decisão da Turma não considerou discriminatória a dispensa do autor e, portanto, concluiu pela improcedência do pedido de indenização por danos morais, o aresto paradigma retrata que a dispensa do obreiro, quando demonstrado que se encontrava fisicamente combatido pelo acometimento de doença, enseja, por si só, a compensação pecuniária por danos morais, estando devidamente demonstrada, pois, a alegada divergência jurisprudencial, nos termos em que exige o item I da Súmula nº 296 desta Corte.

Dou, pois, provimento ao agravo para determinar o processamento dos embargos por vislumbrar divergência jurisprudencial específica quanto ao pedido de pagamento de indenização por danos morais.

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014.

PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE. EMPREGADO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. SÚMULA Nº 443 DO TST.

I – CONHECIMENTO

1. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE. EMPREGADO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. SÚMULA Nº 443 DO TST.

A Oitava Turma desta Corte não conheceu do recurso de revista interposto pelo autor, mantendo a improcedência dos seus pedidos de reintegração e de reinclusão no plano de saúde bem como de pagamento de indenização por danos morais e materiais, tudo isso sob a alegação de que houve dispensa discriminatória.

Eis os fundamentos da decisão embargada:

"O reclamante argui nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que o Regional, mesmo instado por meio de embargos de declaração, não se manifestou sobre as seguintes questões: a) as ausências ao trabalho eram exclusivamente por questões relacionadas à saúde, conforme se verifica dos laudos médicos e depoimentos das testemunhas; b) os próprios fundamentos adotados no acórdão recorrido reforçam a tese de que houve discriminação praticada pela reclamada; c) a quitação dos direitos trabalhistas ocorreu em 25/6/2012, o exame demissional foi marcado para o dia 12/7/2012 e a declaração de aptidão somente ocorreu em 13/8/2012; d) se seria possível a demissão e o cancelamento do plano de saúde mesmo com a determinação de avaliação da capacidade laboral por junta médica; e) omissão quanto à previsão do art. 168 da CLT, que determina a obrigatoriedade do exame médico demissional; f) declaração pelo Sr. André de que o motivo da demissão foi a quantidade de atestados médicos apresentados; g) prequestionamento do disposto nos artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, caput e XLI; 10, III, 50, caput, 170, caput, 193 e 196 da Constituição da República; 1º e 4º, da Lei nº 9.029/95. Alega violação dos artigos 93, IX, da Constituição da República; 832 da CLT; 458 do CPC/1973.

Sem razão.

O Regional assim se manifestou:

"Narrou o Reclamante que **foi contratado pela Reclamada em 1º/11/2011** para trabalhar como operador de controle; que acumulou a função de operador de controle com a função de operador de vídeo-tape; que, **em 2009, se submeteu a cirurgia para retirada de tumor maligno** e, depois disso, esporadicamente se afastava do trabalho por não se sentir bem; que, em maio de 2012, a Ré recusou seu atestado médico de 14 dias, obrigando o Autor a trabalhar sem condições de saúde; que, finalmente, em razão dos vários atestados médicos apresentados, a Reclamada o **demitiu em 20/6/2012**; que o atestado médico demissional apenas foi emitido em 13/8/2012; que referido atestado julgou o Autor apto, quando na verdade este não poderia ter sido demitido e sim afastado pelo INSS em razão de seu estado de saúde; que, com a demissão, ficou privado do emprego e também da assistência médica.

O Autor postula sua reintegração imediata (antecipação dos efeitos da tutela) assente na premissa de que sofreu discriminação em face de sua saúde. Propugna, também, o restabelecimento do plano de saúde. Faz longa digressão a respeito de sua situação fática. Invoca os arts. 1º, III, IV, 3º, IV, 5º, caput, XLI, 170, 193, da Constituição Federal e a Súmula 443 do TST.

Data venia, comungo inteiramente das razões delineadas na sentença a respeito do tema.

Inicialmente, impende gizar que **não houve prova de que o Reclamante estivesse inapto para o trabalho quando foi despedido, seja porque o atestado médico demissional de fl. 35 o declarou apto, seja porque o Reclamante continuou trabalhando em seu outro emprego (EBC)**. Observe-se que o Reclamante não requereu benefício previdenciário ao INSS.

Por outro lado, **é incontroverso que o Reclamante, em 2009, foi submetido a cirurgia para retirada de um tumor maligno, necessitando de tratamento posterior. Foi contratado pela Reclamada em 1º/11/2011, tendo a prova oral indicado que a Ré sabia dos problemas de saúde do Autor e, nada obstante, o contratou. Nessa quadra, cai por terra a tese de que havia algum tipo de discriminação no âmbito da Reclamada pela saúde do Autor.**

O que se depreende do conjunto probatório é que **o Reclamante, em seis meses de Empresa, apresentou atestados médicos (muitos não ligados à doença por ele experimentada, a exemplo daqueles juntados às fls. 31 e 32), tendo ficado demonstrado que a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar.**

Como bem assinalou o Julgador de origem, 'quanto ao atestado médico de 14 dias (fl. 32), assinado por médico ortopedista e não neurologista, como consta da inicial, o autor não provou ter entregue o documento à empresa, ônus que lhe competia, logo, não considero provado que a ré não tenha aceitado este atestado médico.'

Gize-se que não há pertinência à hipótese dos autos da Súmula 443 do TST invocada pelo Reclamante. Tal verbete está assim vazado:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Não há nos autos elemento material que revele que o Reclamante tenha ficado com sequelas após a cirurgia ou que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito. Ao revés, tem-se que a Reclamada considerava o Autor competente, tanto que o contratou (absorvendo-o como empregado da Fundação Padre Anchieta – TV Cultura), embora soubesse da doença por ele experimentada.

A primeira testemunha afirmou que ouviu o supervisor do Reclamante e o Coordenador comentando no corredor que o Reclamante tinha faltado de novo e que iriam demiti-lo. Tal assertiva, por si só, não revela conduta discriminatória, mas está dentro do poder potestativo do empregador, visto que, ao faltar muito, ainda que de forma justificada, estava ocasionando transtornos no labor.

A testemunha ANDRÉ LUIZ SOUSA COSTA, que era supervisor do Reclamante, disse que: **de fato, comentou com o sr. CAPRETA que o reclamante tinha faltado e que isso trazia problema para a empresa; que o problema não eram os atestados, mas sim a dificuldade de encontrar alguém para substituir em cima da hora o reclamante quando ele faltava pois ele trabalhava da meia-noite às 06 horas da manhã e tinha função de OPERADOR DE CONTROLE MESTRE; que isso levou à decisão de despedir o reclamante;** que quando eram faltas de 10, 12 dias seguidos, o reclamante trazia o atestado; que 01 ou 02 vezes o reclamante avisou em cima da hora porque estava passando mal; que quando o reclamante faltava 01 dia ou 02 normalmente não levava atestado, porém ele avisava que não ia pois dizia que estava passando mal; que o depoente não trabalhava junto com o reclamante; que o depoente era responsável por arrumar a pessoa para substituir o reclamante nas suas faltas; que o reclamante era tratado de forma absolutamente igual a todos os outros empregados; que o reclamante nunca sofreu preconceito por causa da doença; que a reclamada não fez nenhuma distinção quando substituiu a TV CULTURA, pois admitiu todos os funcionários da TV CULTURA; que os OPERADORES são aqueles que põem a emissora no ar; que são totalmente imprescindíveis; que por exemplo, **nas vezes em que o reclamante faltava mesmo que fosse difícil, era obrigatório encontrar alguém para substituí-lo; que tinham de fazer o OPERADOR do turno anterior dobrar a jornada, pois não havia como trabalhar sem o reclamante ou um substituto;** que **o depoente já sabia do problema de saúde do reclamante** e nunca fez qualquer sugestão para que ele não fosse contratado; que já aconselhou o reclamante a apresentar os atestados relativos aqueles 01/02 dias de falta em que dizia estar passando mal mas não apresentava atestado; que no mês de maio, realmente, o reclamante apresentou atestados, mas foram todos aceitos; que o depoente encaminhava tudo para o RH da

reclamada. (fls. 659/660)

Por outro lado, não há prova de que o Reclamante tivesse se ausentado aos serviços por mais de 15 dias, razão pela qual não há suporte à alegação de que a Reclamada deveria ter encaminhado o Reclamante ao INSS.

Não tendo havido prova de conduta discriminatória por parte da Reclamada, não há falar em nulidade da despedida, que ocorreu sem justo motivo, com o pagamento das verbas a ela atinentes. Logo, não procedem os pedidos de reintegração e restabelecimento de plano de saúde. Incólumes todos os preceitos constitucionais invocados no recurso.

Nego provimento." (fls. 875/879)

E, no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo reclamante, consignou:

"Como delineado no relatório, o Reclamante, pela via ora eleita, pretende deixar claro que suas faltas ocorreram em virtude do tratamento de saúde necessário para a recuperação da retirada do tumor maligno. Alega que é contraditório o julgado porque, embora reforce a tese da discriminação, conclui que esta não ocorreu. Aduz que o problema que causava para a Reclamada era ficar doente e faz questionamentos acerca de tal fato. Sustenta que a quitação ocorreu no dia 25/6/2012 e o exame médico demissional em 12/7/2012; todavia, segundo fl. 34, a médica não concluiu se estava apto a ser demitido, tanto que solicitou complementação de exames, razão pela qual seu contrato estaria suspenso. Pontua que o cancelamento do plano de saúde no momento em que mais precisava é ilegal. Invoca os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, XLI, 170, 193, da Constituição Federal; 1º e 4º da Lei 9.029/95, 168 da CLT, bem como a Súmula 443 do TST. Faz longa digressão em torno da configuração de dano moral, dito configurado.

Sem razão, contudo.

Os embargos declaratórios são o recurso cabível para sanar omissão, obscuridade ou incongruência no julgado, a teor dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT. Não se prestam, portanto, para reabertura da discussão, na tentativa de que novo exame da causa seja dado pelo mesmo Órgão julgador.

Toda a controvérsia foi devidamente analisada pelo Colegiado à luz do conjunto probatório produzido.

Observe-se que não houve omissão acerca da validade da demissão ocorrida. Assim constou do acórdão embargado, verbis:

Inicialmente, impende gizar que não houve prova de que o Reclamante estivesse inapto para o trabalho quando foi despedido, seja porque o atestado médico demissional de fl. 35 o declarou apto, seja porque o Reclamante continuou trabalhando em seu outro emprego (EBC). Observe-se que o Reclamante não requereu benefício previdenciário ao INSS.

Ainda que fosse plausível a alegação obreira de que uma médica pediu exames complementares (fl. 34), não se pode olvidar que outra médica concluiu que ele estava apto a ser demitido (fl. 35). Acrescente-se o fato de que o Reclamante continuou trabalhando na outra empresa (EBC) e nem requereu benefício previdenciário, premissas indicativas de que seu estado de saúde não inviabilizava a ruptura contratual. Logo, não há falar que o contrato estava suspenso.

O fato de a demissão ter ocorrido antes mesmo do exame médico demissional não acarreta nulidade da rescisão, visto que ele revelou que o Reclamante estava apto. Nos termos do disposto no art. 201 da CLT, o descumprimento, pelo empregador, das normas relativas à segurança e à medicina do trabalho caracteriza mera infração administrativa.

Por outro lado, não há qualquer contradição no julgado, ao revés do que pretende fazer crer o Reclamante. **No acórdão há absoluta clareza da conclusão de que não houve prova de conduta discriminatória pela Ré. O fato de o Reclamante faltar, ainda que de forma justificada, acarretava problemas operacionais para a Reclamada, razão pela qual ela fez uso de seu poder potestativo para rescindir o contrato sem justo motivo.** A pergunta que o Reclamante faz nos embargos, no sentido de 'ninguém pode ficar doente', não se coaduna com o que constou da decisão, verbis:

O que se depreende do conjunto probatório é que o Reclamante, em seis meses de Empresa, apresentou atestados médicos (muitos não ligados à doença por ele experimentada, a exemplo daqueles juntados às fls. 31 e 32), tendo ficado demonstrado que a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar.

Ficar doente é situação que todo ser humano experimenta. Todavia, o empregador não está obrigado – se não restar configurada hipótese de estabilidade – a manter um contrato de trabalho que não atende a suas necessidades. Isso não é discriminação, mas direção do empreendimento. Ficou delineado, inclusive, que a Reclamada, mesmo sabendo do problema de saúde que havia acometido o Autor, quis absorvê-lo, contratando-o. Todavia, durante o pacto, ele não atendeu aos objetivos da instituição e esta, dentro de sua liberdade de demitir, arcando com todos os haveres trabalhistas, assim o fez.

Outrossim, não cabe, pela via declaratória, a alegação obreira de que houve mal exame das provas, notadamente em torno das faltas justificadas serem relativas àquela doença maligna que, infelizmente, experimentou. Ou seja, não cabe ao Juiz verificar se as cefaleias e as sinovites, por exemplo, estavam diretamente ligadas à neoplasia. **De toda forma, ligadas ou não à doença, as faltas ocorreram e foram aceitos os atestados pela Empresa.** Nesse particular, ficou consignado no acórdão que o Autor não provou ter entregue o atestado médico de 14 dias (fl. 32), assinado por médico ortopedista e não neurologista, à Empresa, ônus que lhe competia.

Também constou da decisão ora impugnada que não era o caso de pertinência da Súmula 443 do TST, porquanto não havia nos autos elemento material que revelasse que o Reclamante tivesse ficado com sequelas após a cirurgia ou que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito.

Diante do exposto, concluiu-se que não havia como condenar a Reclamada em indenização por danos morais e materiais se não cometeu ilícito. Sendo legal a rescisão contratual perpetrada, também não se poderia obrigar a Ré a continuar com o plano de saúde.

Com efeito, se houve decisão injusta ou equivocada, deve a Parte fazer uso de recurso com caráter infringente, não sendo esse o caso dos declaratórios.

Friso que constou do acórdão: 'incólumes todos os preceitos constitucionais invocados no recurso.' A respeito, esclareço que o questionamento é da tese e não de preceitos legais (OJ 118 da SDI-I do TST). Mostram-se, pois, hígidos os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, XLI, 170, 193, da Constituição Federal; 1º e 4º da Lei 9.029/95, 168 da CLT.

Nego provimento." (fls. 919/923)

(...)

O reclamante sustenta que o pedido de reintegração baseou-se na discriminação por motivo de saúde. Alega que o exame demissional não foi realizado na forma prevista em lei. Assevera que, no primeiro exame demissional, a médica solicitou parecer de junta médica para avaliar a capacidade laboral, o que, sob sua ótica, ocasionou a suspensão do contrato de trabalho. Sustenta que restou demonstrado o caráter discriminatório de sua dispensa, em razão dos problemas de

saúde. Pleiteia a reintegração ao emprego e a reinclusão no plano de saúde. Alega contrariedade à Súmula 443 do TST e violação dos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Constituição da República; 168 da CLT; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95. Sem razão.

Conforme se verifica dos excertos transcritos no item anterior, **a reclamada contratou o autor tendo ciência da doença grave (câncer) que o acometeu. O Tribunal Regional consignou, ainda, que as faltas do reclamante, ainda que justificadas por atestados, comprometiam o andamento das atividades da reclamada, em razão da dificuldade em encontrar outro empregado para substituir o autor.**

Desse modo, verifica-se que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o reclamante, a qual já era do conhecimento da reclamada quando da contratação, mas dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar.

Assim, afastada a hipótese de dispensa discriminatória, não há como dividir contrariedade à Súmula 443 do TST, tampouco violação dos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput e XLI, e 193 da Constituição da República; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95.

De outra parte, é impertinente a alegação de ofensa ao art. 170 da Constituição da República, uma vez que não trata da matéria em debate.

No que se refere ao art. 168 da CLT, ressalta-se que a ausência de realização do exame demissional não implica a nulidade da dispensa, constituindo infração administrativa, nos termos do art. 201 da CLT.

Não conheço.

3 – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

O reclamante insurge-se contra o indeferimento da indenização por danos morais e materiais. Sustenta que a não realização do exame demissional é penalizada com multa administrativa, o que caracteriza ato ilícito a ensejar dano moral. Assevera que a dispensa revestiu-se de caráter discriminatório. Sustenta que o cancelamento do plano de saúde deu-se antes da realização do exame demissional para constatação da capacidade laborativa. Alega violação dos artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, caput, X e XLI, 10, III, 50, caput, 170, caput, 193 e 196, II, da Constituição da República; 186 e 927 do Código Civil; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95.

Sem razão.

O Regional, em relação ao tema, decidiu que:

"Assevera a Reclamada que a sentença se mostra contraditória porquanto, embora reconheça que a despedida do Autor foi legal e dentro do poder potestativo do empregador, condenou a Empresa ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

De fato.

O Juízo de origem deferiu indenização no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao Reclamante, a título de danos morais, e R\$ 200,00 (duzentos reais) como ressarcimento de despesa médica com lastro nos seguintes fundamentos:

Assim, o fato de a ré, para resolver seus problemas, haver optado pela solução mais fácil de despedir o autor, com o cancelamento de seu plano de saúde, mesmo sabendo que o ele sofre de doença grave (CID 10 D44), que demanda acompanhamento médico (Relatório Médico de fl. 36), demonstra descaso para com a saúde do empregado, constituindo uma afronta ao princípio da dignidade humana do trabalhador.

Mais grave ainda o fato de a ré haver despedido o reclamante, sem sequer ter realizado, previamente, o exame demissional para saber se ele estava ou não em condições de ser despedido, tendo em vista que a despedida se deu em 25.06.2012 e o atestado médico demissional data de 13.08.2012. De se consignar que a ré não provou a sua alegação de que o atestado médico somente tenha sido feito nessa data por culpa do reclamante, ônus que lhe competia.

Tendo ficado configurado que o Reclamante continuava trabalhando em outra empresa à época de sua despedida na Reclamada e ante a falta de requerimento de gozo de benefício previdenciário ao INSS, concluiu-se que o Autor estava apto no ato da demissão, razão por que, ainda que tenha sido dado o resultado do exame demissional depois do próprio ato de ruptura, não há como se falar em dano moral.

Malgrado se reconheça que o Autor necessite de tratamento médico em face da doença que lhe acometeu e, por isso, relevante estar assistido por plano de saúde, não se pode concluir que a Reclamada tenha incorrido em algum ilícito porquanto, como já consignado em linhas pretéritas, a despedida não foi nula. Nessa quadra, com a rescisão do contrato, o plano de saúde, por corolário, teria que ser cancelado.

Somente há suporte jurídico para a condenação patronal em indenização (seja por dano moral, seja por dano material) se houver culpa e conduta ilícita – arts. 186 e 188 do CCB. Tais requisitos não ficaram demonstrados na hipótese em exame.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais e materiais." (fls. 881/883)

Conforme restou decidido no item anterior, o quadro fático delineado pelo Regional não permite demonstrar que a dispensa do reclamante deteve caráter discriminatório.

Assim, ausentes os requisitos configuradores do dano moral, correta a decisão regional ao excluir a indenização por danos morais e materiais.

No que se refere ao cancelamento do plano de saúde, igualmente não há como se concluir que houve dano moral, pois a validade da dispensa enseja, por consequência, a exclusão do plano.

Ilesos, portanto, os artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, caput, X e XLI, 10, III, 50, caput, 170, caput, 193 e 196, II, da Constituição da República; 186 e 927 do Código Civil; 1º e 4º da Lei nº 9.029/95.

Por fim, registra-se que a alegação de ofensa ao art. 170 da Constituição da República é impertinente, uma vez que o dispositivo não trata da matéria em debate.

Não conheço" (grifou-se, seq. 10).

Interpostos embargos de declaração, assim se manifestou a Turma:

"O reclamante alega omissões no julgado. Sustenta, no que se refere à indenização por danos morais decorrentes do cancelamento do plano de saúde, que é possível extrair dos autos que a reclamada dispensou o reclamante com a intenção de isentar-se das obrigações decorrentes da doença que o acometeu. Assevera que a dispensa sem justa causa do reclamante em tratamento de saúde, bem como o cancelamento do plano de saúde no momento em que o autor mais precisava de assistência médica, configuram o dano moral, sendo desnecessária a prova de eventual vexame ou humilhação. Alega que a reclamada, ao dispensar imotivadamente o reclamante em tratamento de saúde, abusou de seu direito potestativo de demitir, uma vez que tinha plena consciência da delicada condição de saúde do autor. Assevera que o reclamante foi dispensado dois meses antes de

o exame demissional considerá-lo apto. Sustenta que a justificativa da reclamada de ter dispensado o reclamante em razão de as faltas comprometerem o andamento de suas atividades não afasta o caráter discriminatório da dispensa. Pleiteia a reintegração ao emprego e a reinclusão no plano de saúde.

Sem razão.

Pontue-se, inicialmente, que a decisão é omissa quando o órgão julgador é instado a se pronunciar sobre questão debatida nos autos e assim não o faz.

Da leitura das próprias razões do embargante, constata-se que não há qualquer omissão no julgado, mas o nítido inconformismo com a decisão que lhe foi desfavorável.

Esta Turma analisou detidamente toda a matéria suscitada pelo embargante, tendo exposto os motivos pelos quais se concluiu pela não caracterização da dispensa discriminatória e do dano moral. Conforme restou consignado, houve comprovação de que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o reclamante, a qual já era do conhecimento da reclamada quando da contratação, mas em decorrência dos transtornos gerados pela dificuldade de substituição do autor em suas faltas, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar. Concluiu-se, ainda, que a exclusão do reclamante do plano de saúde foi mera consequência da dispensa ocorrida de forma válida.

Portanto, verifica-se que o embargante, a pretexto de ter havido vício de expressão no julgado, pretende valer-se dos embargos de declaração para obter novo pronunciamento jurisdicional, reformando o anterior. A via declaratória é imprópria para impugnar a justiça da decisão. Se a parte embargante entende que houve erro no julgamento, a questão desafia recurso próprio.

Rejeito os embargos de declaração" (grifou-se, seq. 20).

Nas razões de embargos, o autor sustenta, em síntese, que é portador de moléstia grave, com diagnóstico médico de neoplasia maligna do corpo carotídeo (CID C 75.4) e que, após tratamento cirúrgico, passou a apresentar sequelas irreversíveis, como disfagia, déficit de mobilidade da língua, do semiptose, do ombro e braço esquerdos e cordas vocais, causando prejuízo no aparelho fonador, enfermidades classificadas no CID D 44.6/ I 10/ R 52.1/ R 49.0/ R 13/ M 54.2.

Argumenta que o conhecimento da ré sobre a sua doença não a desonera, mas corrobora a tese relacionada à inviabilidade da dispensa e à discriminação.

Afirma que a dispensa sem justa causa do empregado ainda doente constitui abuso do direito potestativo de denúncia do contrato de trabalho, violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da função social da empresa.

Aduz que a sua dispensa aconteceu em virtude do seu necessário afastamento para tratamento de saúde.

Por outro lado, o autor reitera seu pedido de indenização pelo dano moral ocasionado em razão do cancelamento abrupto do plano de saúde no momento da dispensa, sem lhe dar a oportunidade de optar por permanecer no plano, considerando ser ele portador de doença grave.

Finaliza seu apelo, obtemperando que a ré, ao dispensá-lo imotivadamente, cancelando, conseqüentemente, o plano médico, abusou do seu direito potestativo de rescindir, pois tinha plena consciência de sua delicada condição de saúde e não poderia tê-lo considerado apto à dispensa e muito menos dispensá-lo, e, deste modo, se o fez, o que se conclui é que tal dispensa se deu em caráter discriminatório, ou seja, pelo fato de o autor se encontrar doente e deixado de lhe ser útil.

Indica contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte e colaciona arestos para demonstrar divergência jurisprudencial.

A controvérsia dos autos cinge-se a perquirir se a dispensa do autor teve caráter discriminatório ou não.

Consta do acórdão regional, transcrito na decisão da Turma, as seguintes premissas fáticas sobre o caso:

"(...) é incontroverso que o Reclamante, em 2009, foi submetido a cirurgia para retirada de um tumor maligno, necessitando de tratamento posterior. Foi contratado pela Reclamada em 1º/11/2011, tendo a prova oral indicado que a Ré sabia dos problemas de saúde do Autor e, nada obstante, o contratou (...) O que se depreende do conjunto probatório é que o Reclamante, em seis meses de Empresa, apresentou atestados médicos (muitos não ligados à doença por ele experimentada, a exemplo daqueles juntados às fls. 31 e 32), tendo ficado demonstrado que **a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar.** (...) Não há nos autos elemento material que revele que o Reclamante tenha ficado com sequelas após a cirurgia ou que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito. Ao revés, tem-se que a Reclamada considerava o Autor competente, tanto que o contratou (absorvendo-o como empregado da Fundação Padre Anchieta - TV Cultura), embora soubesse da doença por ele experimentada. A primeira testemunha afirmou que ouviu o supervisor do Reclamante e o Coordenador comentando no corredor que o Reclamante tinha faltado de novo e que iriam demiti-lo. Tal assertiva, por si só, não revela conduta discriminatória, mas está dentro do poder potestativo do empregador, visto que, ao faltar muito, ainda que de forma justificada, estava ocasionando transtornos no labor. A testemunha **ANDRÉ LUIZ SOUSA COSTA, que era supervisor do Reclamante, disse que: de fato, comentou com o sr. CAPRETA que o reclamante tinha faltado e que isso trazia problema para a empresa;** que o problema não eram os atestados, mas sim a dificuldade de encontrar alguém para substituir em cima da hora o reclamante quando ele faltava pois ele trabalhava da meia-noite às 06 horas da manhã e tinha função de OPERADOR DE CONTROLE MESTRE; que isso levou à decisão de despedir o reclamante; (...)" (grifou-se, págs. 4-6, seq. 10).

Concluiu o Regional: “**Não tendo havido prova** de conduta discriminatória por parte da Reclamada, não há falar em nulidade da despedida, que ocorreu sem justo motivo, com o pagamento das verbas a ela atinentes. Logo, não procedem os pedidos de reintegração e restabelecimento de plano de saúde” (grifou-se, pág. 6, seq. 10).

Ao responder aos embargos de declaração interpostos pelo autor, o Regional consignou que “No acórdão há absoluta clareza da conclusão de que **não houve prova de conduta discriminatória pela Ré**. O fato de o Reclamante faltar, ainda que de forma justificada, acarretava problemas operacionais para a Reclamada, razão pela qual ela fez uso de seu poder potestativo para rescindir o contrato sem justo motivo (...) Também constou da decisão ora impugnada que **não era o caso de pertinência da Súmula 443 do TST, porquanto não havia nos autos elemento material que revelasse** que o Reclamante tivesse ficado com sequelas após a cirurgia ou **que a Reclamada o tivesse tratado com preconceito**” (grifou-se, págs. 8-9, seq. 10).

A Turma, por sua vez, consignou que a dispensa não se deu em razão da doença que acomete o autor, a qual já era do conhecimento da ré à época da contratação, mas dos **transtornos gerados pela dificuldade de substituição do demandante em suas faltas**, porquanto as atividades que desempenhava eram essenciais para que a TV Justiça fosse ao ar, concluindo, o Colegiado *a quo*, que **não houve dispensa discriminatória**.

Verifica-se clara contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte.

Com efeito, esta Corte superior, por meio da Súmula nº 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave que cause estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa, sob pena de se presumi-la discriminatória.

Confira-se:

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

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

Nos termos da referida súmula, *é juris tantum* a presunção de que a dispensa do emprego ocorreu em razão de doença grave, cabendo ao empregador comprovar, de forma robusta, que dispensou o empregado, portador de doença grave, por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, tais como por razões disciplinares, técnicas, econômicas ou financeiras, de modo a afastar o caráter discriminatório da rescisão contratual.

Desse modo, visando à proteção dos trabalhadores que se encontrem em situações de vulnerabilidade, impõe-se ao empregador um ônus probatório de demonstrar que a dispensa não possui contorno discriminatório, buscando, assim, assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho e a concretização do comando constitucional da busca do pleno emprego.

Destaca-se que a jurisprudência desta Subseção adota o entendimento de que a neoplasia maligna é, sim, uma doença estigmatizante, consoante se infere do seguinte precedente, julgado com a presença de 13 Ministros, por 10 x 3 (apenas a Excelentíssima Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi não participou do julgamento por impedimento):

“RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA PROSTÁTICA, DOENÇA QUE GERA ESTIGMA. SÚMULA Nº 443 DO TST. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A Súmula nº 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. 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 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 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, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 26/4/2019, grifou-se).

Ao fundamentar sobre a presunção erigida pela Súmula nº 443 deste Tribunal Superior do Trabalho, o eminente Redator do acórdão do citado precedente, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, assinalou que "cabe ao empregador demonstrar que não houve motivação direta ou indireta com a enfermidade que o empregado apresenta ou que a causa da dispensa foi legítima e deve fazê-lo mediante prova insofismável, diante da presunção que se apresenta favorável à tese obreira" (pág. 23 do acórdão referente ao Processo nº E-ED-RR - 68-29.2014.5.09.0245).

Além disso, também ficou assentado no referido precedente que o direito potestativo de dispensa sem justa causa reconhecido ao empregador não autoriza a prática de despedidas discriminatórias.

Verifica-se, pois, que a jurisprudência deste Tribunal Superior do Trabalho, amparada na ordem jurídica nacional, mormente nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e da função social da propriedade, limita o exercício do poder potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato de emprego na hipótese de dispensa de empregado portador de doença grave, presumindo-a discriminatória quando o empregador não demonstrar que o ato ocorreu por motivos outros que não pela existência da moléstia direta ou indiretamente, tais como disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros.

Na hipótese dos autos, ficou patente que o motivo da dispensa do autor alegado

pela ré foi de que “a ausência do Reclamante no labor gerava grandes transtornos para a Reclamada na medida em que necessitava substituí-lo por ser a função dele indispensável para que a TV Justiça fosse ao ar”, o que demonstra que ela está diretamente relacionada à doença de que padece, já que foi esta a causa que o levou a faltar várias vezes durante o curto pacto laboral (1º/11/2011 a 20/6/2012).

Nesse contexto, tendo o Regional registrado que “Não tendo havido prova de conduta discriminatória por parte da Reclamada, não há falar em nulidade da despedida, que ocorreu sem justo motivo”, verifica-se que ele afrontou diretamente o entendimento previsto na Súmula nº 443 desta Corte, segundo a qual “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito”, uma vez que, em hipóteses como a dos autos, incumbe ao empregador provar que a dispensa não foi discriminatória e, não se desincumbindo do seu encargo probatório, considera-se discriminatória a denúncia vazia do contrato de emprego, o que a acarreta a sua nulidade e a consequente reintegração do autor, nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95.

Conheço, pois, dos embargos, por contrariedade à Súmula nº 443 desta Corte quanto ao pedido de reintegração.

II – MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por contrariedade à Súmula nº 443 do TST, dou-lhe provimento para reconhecer a dispensa discriminatória e condenar a reclamada a proceder à reintegração do reclamante, inclusive em relação à reinclusão no plano de saúde da reclamada, com o pagamento da remuneração devida durante o período de afastamento, autorizada a dedução das verbas indenizatórias comprovadamente quitadas; **alternativamente, caso assim prefira o reclamante**, condenar a reclamada ao pagamento em dobro da remuneração relativa ao período compreendido entre a data da dispensa e a presente decisão, tudo nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.029/95.

2. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E DO CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE

I - CONHECIMENTO

A Oitava Turma desta Corte não conheceu do recurso de revista interposto pelo autor, mantendo a improcedência dos seus pedidos de reintegração e reinclusão no plano de saúde bem de pagamento de indenização por danos morais e materiais, tudo isso sob a alegação de que houve dispensa discriminatória.

Nas razões de embargos, o autor alega haver divergência jurisprudencial sobre a matéria.

No mérito, reitera seu pedido de indenização pelo dano moral ocasionado em razão do cancelamento abrupto do plano de saúde no momento da dispensa, sem lhe dar a oportunidade de optar por permanecer no plano, considerando ser ele portador de doença grave.

Finaliza seu apelo, obtemperando que a ré, ao dispensá-lo imotivadamente, cancelando, consequentemente, o plano médico, abusou do seu direito potestativo de resilir, pois tinha plena consciência de sua delicada condição de saúde e não poderia tê-lo considerado apto à dispensa e muito menos dispensá-lo, e, deste modo, se o fez, o que se conclui é que tal dispensa se deu em caráter discriminatório, ou seja, pelo fato de o autor se encontrar doente e deixado de lhe ser útil.

A Turma adotou a tese de que o quadro fático delineado pelo Regional não permite demonstrar que a dispensa do reclamante teve caráter discriminatório.

Quanto ao cancelamento do plano de saúde, a Turma concluiu que não houve dano moral, pois a validade da dispensa enseja, por consequência, a exclusão do plano.

Ora, o reconhecimento da dispensa discriminatória, por si só, já é suficiente para ensejar o processamento do recurso de embargos quanto ao pedido de indenização por danos morais, nos termos do artigo 4º, caput, da Lei nº 9.029/95, segundo o qual “O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, **além do direito à reparação pelo dano moral**, faculta ao empregado optar entre: a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de

afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais."

Além disso, o aresto colacionado à pág. 13 do recurso de embargos, oriundo da Primeira Turma (AIRR-436-34.2011.5.02.0020, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 13/8/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014), caracteriza divergência jurisprudencial específica, pois adota a tese de que "Fere o princípio da dignidade da pessoa humana, **a consubstanciar como prática de ato ilícito a exigir reparação de natureza civil a conduta do empregador que, no exercício irregular do poder potestativo que lhe é legalmente outorgado, dispensa o obreiro quando demonstrado que se encontrava fisicamente combalido pelo acometimento de doença, independentemente de caracterizada, ou não, como profissional**. 3. Verifica-se, do delineamento fático erigido pelo Tribunal Regional, que, **no caso concreto, restou configurado o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o dano causado à reclamante, demitida quando o empregador tinha ciência de que a obreira se encontrava acometida de doença grave, encontrando-se física e psicologicamente combalida**". Eis a ementa do referido julgado paradigma:

"DANOS MORAIS. DISPENSA ARBITRÁRIA. RECLAMANTE ACOMETIDA DE DOENÇA GRAVE. CÂNCER DE MAMA. 1. A caracterização do dano moral prescinde da comprovação objetiva de dor, sofrimento ou abalo psicológico, especialmente diante da impossibilidade de sua comprovação material. 2. Fere o princípio da dignidade da pessoa humana, **a consubstanciar como prática de ato ilícito a exigir reparação de natureza civil a conduta do empregador que, no exercício irregular do poder potestativo que lhe é legalmente outorgado, dispensa o obreiro quando demonstrado que se encontrava fisicamente combalido pelo acometimento de doença, independentemente de caracterizada, ou não, como profissional**. 3. Verifica-se, do delineamento fático erigido pelo Tribunal Regional, que, **no caso concreto, restou configurado o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o dano causado à reclamante, demitida quando o empregador tinha ciência de que a obreira se encontrava acometida de doença grave, encontrando-se física e psicologicamente combalida**. 4. Agravo de instrumento não provido. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Diante da ausência de critérios objetivos norteados a fixação do quantum devido a título de indenização por danos morais, cabe ao julgador arbitrá-lo de forma equitativa, pautando-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como pelas especificidades de cada caso concreto, tais como: a situação do ofendido, a extensão e gravidade do dano suportado e a capacidade econômica do ofensor. Tem-se, de outro lado, que o exame da prova produzida nos autos é atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, cujo pronunciamento, nesse aspecto, é soberano. Com efeito, a proximidade do julgador, em sede ordinária, da realidade cotidiana em que contextualizada a controvérsia a ser dirimida habilita-o a equacionar o litígio com maior precisão, sobretudo no que diz respeito à aferição de elementos de fato sujeitos a avaliação subjetiva, necessária à estipulação do valor da indenização. Conclui-se, assim, que não cabe a esta instância superior, em regra, rever a valoração emanada das instâncias ordinárias em relação ao montante arbitrado a título de indenização por danos morais, para o que se faria necessário o reexame dos elementos de fato e das provas constantes dos autos. Excepcionam-se, todavia, de tal regra as hipóteses em que o quantum indenizatório se revele extremamente irrisório ou nitidamente exagerado, denotando manifesta inobservância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferível de plano, sem necessidade de incursão na prova. 2. No caso dos autos, o Tribunal Regional, ao fixar o valor atribuído à indenização devida por danos morais, levou em consideração a extensão do dano e a capacidade econômica das partes, resultando observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que não se cogita na revisão do valor da condenação, para o que se faria necessário rever os critérios subjetivos que levaram o julgador à conclusão ora combatida, à luz das circunstâncias de fato reveladas nos autos. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. ITEM I DA SÚMULA N.º 338 DESTA CORTE SUPERIOR. 1. A jurisprudência desta Corte superior, consubstanciada no item I da Súmula n.º 338, encerra tese no sentido de que é ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT, sendo que a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário". 2. Em tais circunstâncias, inverte-se o ônus da prova, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada declinada na petição inicial, se dele não se desincumbir. 3. Não tendo a empresa demonstrado ter elidido tal presunção com a produção de prova em sentido contrário, resultam devidas à obreira as horas extraordinárias, valendo ressaltar que, consoante entendimento consagrado pela SBDI-I deste Tribunal Superior, desnecessária a determinação judicial para tanto. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-436-34.2011.5.02.0020, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DEJT 15/08/2014).

Nesse contexto, constata-se que, enquanto a decisão da Turma não considerou discriminatória a dispensa do autor e, portanto, concluiu pela improcedência do pedido de indenização por danos morais, o aresto paradigma retrata que a dispensa do obreiro, quando demonstrado que se encontrava fisicamente combalido pelo acometimento de doença, enseja, por si só, a compensação pecuniária por danos morais, estando devidamente demonstrada, pois, a alegada divergência jurisprudencial, nos termos em que exige o item I da Súmula nº 296 desta Corte.

Conheço, pois, por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

Tendo em vista o reconhecimento da dispensa discriminatória e do cancelamento

do plano de saúde, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 vinte mil reais), conforme pedido inicial, considerando a extensão do dano imaterial suportado pelo empregado, em razão de ter sido dispensado no momento em que enfrentava graves problemas de saúde.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, I - por maioria, vencidos os Ex.mos Ministros Alexandre Luiz Ramos e Breno Medeiros, conhecer do recurso de embargos quanto ao tema "Pedido de Reintegração. Dispensa Discriminatória. Nulidade. Empregado Portador de Neoplasia Maligna. Súmula nº 443 do TST", por contrariedade à Súmula nº 443 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada a proceder à reintegração do reclamante, inclusive quanto à reinclusão no plano de saúde, com o pagamento da remuneração devida durante o período de afastamento, autorizada a dedução das verbas rescisórias comprovadamente quitadas, bem como dos descontos fiscais e previdenciários, nos termos da Súmula nº 368 do TST; **alternativamente, caso assim prefira o reclamante**, condenar a reclamada ao pagamento de indenização correspondente ao dobro da remuneração relativa ao período compreendido entre a data da dispensa e a presente decisão, tudo nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.029/95, II - por unanimidade, conhecer do recurso de embargos quanto ao tema "Pedido de Indenização por Danos Morais Decorrentes da Dispensa Discriminatória e do Cancelamento do Plano de Saúde", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais ao reclamante, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Correção monetária e juros de mora nos termos da lei e da ADC 58.

Brasília, 11 de dezembro de 2025.

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

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator

Firmado por assinatura digital em 29/01/2026 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.