



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)
GMDMC/Sc/rv/wa

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MAMÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Diante da possível contrariedade à Súmula n° 443 do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. **Agravo de instrumento conhecido e provido.** **B) RECURSO DE REVISTA. 1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.** Consoante o § 2° do art. 282 do NCPC, antigo § 2° do art. 249 do CPC, quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Dessarte, e tendo em vista o princípio da celeridade processual insculpido no inciso LXXVIII do art. 5° da CF, **deixa-se de analisar** a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. **2. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MAMÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.** Segundo o Tribunal de origem, a reclamante foi diagnosticada com câncer de mama em 2015, tendo obtido judicialmente, naquela época, sua reintegração no emprego e se submetido a tratamento cirúrgico para remoção da mama, encontrando-se atualmente em tratamento hormonal adjuvante para, de forma sistêmica, evitar a recidiva do câncer. Consignou aquela Corte, ainda, que a autora obteve rendimento insatisfatório, conforme avaliação de desempenho de 2018, razão pela qual foi novamente dispensada pelo empregador, sem justa causa. Do contexto trazido pelo Regional, não se observa tratar-se de dispensa discriminatória em razão de estigma ou preconceito. Por sua vez, ao largo da discussão acerca do caráter



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

estigmatizante da doença da reclamante (neoplasia mamária), é certo que a presunção da dispensa discriminatória estabelecida na Súmula n° 443 do TST é meramente relativa e, assim, pode ser desconstituída por prova em contrário, como na presente hipótese. Nesse contexto, a conclusão de que a reclamada não elidiu a presunção relativa quanto à dispensa discriminatória não encontra guarida no contexto fático e probatório trazido pelo Regional. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107**, em que é Recorrente **TOTVS S.A.** e Recorrida **ANA FLÁVIA DE LIMA PINTO**.

O Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mediante a decisão às fls. 527/528, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamada.

Inconformada, a reclamada interpôs agravo de instrumento (fls. 532/551).

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso de revista e contraminuta ao agravo de instrumento, às fls. 556/560.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 95 do RITST.

É o relatório.

V O T O

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.

I - CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, porque satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

II - MÉRITO

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MAMÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O Regional, nos termos da certidão de julgamento às fls. 438/442, adotou os seguintes fundamentos:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADA COM CÂNCER - REINTEGRAÇÃO DEFERIDA

Inconformada com a sentença de improcedência (ID d6c342a), a reclamante insiste no pedido de reintegração ao emprego, alegando que, injustamente dispensada enquanto se submetia a tratamento contra o câncer, foi vítima de discriminação.

Ao exame.

Na petição inicial (ID 74d3981), a reclamante narrou que, admitida nos quadros da reclamada em 01/08/2011, foi dispensada, sem justa causa, em 13/08/2015, já considerada a projeção do aviso prévio. Ocorre que, ainda no mês de agosto/2015, submeteu-se a exames de ultrassom e biópsia que levaram ao diagnóstico de câncer de mama. Por essa razão, postulou, em juízo, a reintegração ao emprego, pedido julgado procedente no processo n. 0010966-71.2015.5.03.0136, que tramitou perante a 36ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

A reintegração ocorreu em **26/10/2015, mas, em 12/08/2018**, a autora, ainda em tratamento contra o câncer e também acometida por um quadro de distúrbio de ansiedade, foi novamente dispensada sem justa causa, o que a motivou a ajuizar este novo pedido de reintegração. Nesta presente ação, com base no artigo 1º da Lei 9.029/1995, a reclamante afirma ter sido discriminatória e, portanto, ilícita a dispensa. Alega que o ato da empregadora violou os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da função social da empresa, descumprindo o disposto nos artigos 1º, incisos III e IV, e 170, caput e inciso III, da CR/1988.

Em sua defesa (ID 67e4168), a reclamada alega que a dispensa foi motivada pelo resultado insatisfatório da reclamante na última avaliação de



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

desempenho e produtividade. Esclarece que conta com critérios para avaliação da performance dos seus empregados, nos termos previstos no Procedimento Interno, passando por uma avaliação do próprio trabalhador, seguida da avaliação de seu líder direto. Alega que, em sua última avaliação, a própria reclamante se auto avaliou como minimamente capaz de desenvolver satisfatoriamente as competências relativas à "Inovação para Resultado" e "Protagonismo em Ambiente de Mudança", atribuindo a elas a nota mínima (1,0 - Abaixo do Esperado).

A reclamada observa que houve declínio no desempenho da reclamante em relação aos anos anteriores, em que, mesmo após a reintegração, **seu rendimento foi mais bem avaliado, inclusive pela própria obreira. Ressalta que, segundo o relatório médico colacionado com a exordial, a reclamante faz acompanhamento médico para evitar a recidiva do câncer, mas não faz prova de que tenha havido recorrência após a cirurgia.** Argumenta que deferir a reintegração neste caso implicaria reconhecer, por via oblíqua, *"uma estabilidade no emprego, praticamente vitalícia, a todo aquele que algum dia foi diagnosticado com câncer, e que mesmo após a cura, faz acompanhamento médico"*.

Ao exame.

É cediço que, por falta de lei complementar que regulamente a garantia estatuída no artigo 7º, inciso I, da CR/1988 (relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa), ainda vigora, no ordenamento justrabalhista brasileiro, o direito protestativo de rescisão contratual, podendo o empregador dispensar o empregado sem necessidade de justificar sua decisão. Esse poder patronal, no entanto, não é ilimitado, pois deve ser exercido nos contornos impostos por princípios basilares da ordem constitucional vigente: a igualdade, a dignidade e os valores sociais do trabalho (artigos 1º e 5º da CR/1988).

Informado por esses princípios, o artigo 1º da Lei 9.029/95 prevê que:

"Art. 1º. É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal."

Com base nesses dispositivos legais, a jurisprudência construiu o entendimento de que, em caso de dispensa de trabalhador portador de doença grave, inverte-se o ônus da prova em favor do obreiro, conforme estabelece a Súmula 443 do TST:

"DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego."

No caso dos autos, verifica-se que a reclamante encontra-se em tratamento contra o câncer de mama desde novembro/2015, segundo o que consta do relatório médico (ID f395d0e):

"Paciente com identificação de nódulo em mama direita em agosto de 2015. Procurou atendimento sendo solicitado US que evidenciou espessamento glandular categoria IV de BIRADS. Submetida a 'Core biopsy' em 01/09/2015 com resultado de Carcinoma ductal invasor.

Recebeu quimioterapia adjuvante com quatro ciclos de Doxorubicina e Ciclofosfamida, seguidos de Paclitaxel semanal por 12 semanas.

Atualmente em tratamento hormonal adjuvante com Exemestano em combinação com supressão ovariana com análogo LHRH desde julho de 2016 com programação até 2021."

Não há dúvida, portanto, de que a reclamante, diagnosticada com doença de natureza grave, permanece em tratamento mesmo após a cirurgia, **submetendo-se a terapia hormonal adjuvante para, de foram sistêmica, evitar a recidiva do câncer.** Como consta do relatório médico, a autora terá acompanhamento com oncologista e tratamento hormonal até 2021, o que certamente a coloca em situação de incerteza, ansiedade e vulnerabilidade na



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

esfera pessoal e profissional, afetando diretamente sua qualidade de vida e de trabalho.

Diante desse quadro fático, entendo que o resultado da avaliação de desempenho realizada em abril/2018 (ID 5c87148, 61d71b2, aa26707) não é suficiente para justificar validamente a dispensa, tampouco para afastar a presunção de discriminação (Súmula 443 do TST).

Se a empresa tinha conhecimento de que a reclamante se encontra em tratamento médico e tinha ciência da gravidade da doença diagnosticada, não era razoável exigir ou esperar que a empregada acometida por câncer obtivesse a mesma média de desempenho dos demais integrantes da carreira. É preciso considerar que a própria reclamada, em sua defesa, reconhece que a reclamante já chegou a obter médias mais elevadas em outras avaliações, o que confirma o potencial da empregada e o efeito emocionalmente lesivo da doença e do tratamento sobre seus resultados profissionais.

Desse modo, em casos como este, deferir a reintegração não implica reconhecer garantia provisória de emprego sem previsão legal, mas assegurar tratamento material ou substancialmente isonômico à empregada adoecida. A empresa que, ao avaliar o desempenho profissional do empregado com câncer ou outra doença grave, **ignora os efeitos da doença e do tratamento sobre os resultados obtidos, acaba por discriminá-lo -- de modo que, se essa avaliação de desempenho dá causa à dispensa, trata-se de dispensa inválida, como prevê a Lei 9.029/1995.**

Nesse sentido, as seguintes ementas:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. Modernamente, a tendência jurisprudencial é inverter o ônus da prova em favor da pessoa portadora de doença grave, transferindo para o empregador o encargo de infirmar a motivação discriminatória da dispensa, presumível em face do que ordinariamente se observa na sociedade contemporânea. Nos termos do que preceitua o art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil são os valores sociais do trabalho, que, aliado ao princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, inciso III do referido artigo constitucional, torna discriminatória a



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

despedida imotivada de empregado portador de patologias graves. Não se olvida que de todas as formas de discriminação, a mais grave para os portadores de doenças crônicas, evolutivas e incuráveis, como o câncer, por exemplo, é a perda do emprego, porque, sem emprego não há salário, não há vínculo com a Previdência Social, tornando-se quase impossível obter nova colocação num mercado de trabalho tão competitivo e discriminatório por natureza. No caso dos autos, a discriminação está inserta no próprio fato de a reclamada dispensar o reclamante, assim que emergiu a suspeita de que o trabalhador seria portadora de doença crônica, evolutiva, com consequências para o empregado, mas também para o empregador, porque isso resultaria no afastamento do empregado, com a consequente suspensão do contrato de trabalho. Nessas circunstâncias, a discriminação configura-se por uma atitude patronal que produz uma distinção injustificada, consistente no descarte do empregado doente, ignorado em sua condição de pessoa dotada de dignidade, por isso que os portadores de doenças graves (como câncer, depressão aguda, HIV, síndromes como a do pânico, por exemplo) têm requerido especial atenção da sociedade e da Justiça. Aplicação da Súmula de n. 443/TST. Precedentes do Col. TST: (TST-E-ED-RR 76089/2003-900-02-00; Ac. SBDI-1; Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJU de 30/11/2007- (TST-RR - 112900-36.2005.5.02.0432, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT de 06/05/2011, TST-AIRR-195740-92.2008.5.02.0434, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani, 3ª Turma, DEJT 03-9-2010). (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011238-23.2015.5.03.0150 (RO); Disponibilização: 29/09/2016, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 281; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paulo Chaves Correa Filho)

EMENTA: DISPENSA IMOTIVADA DE EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO. Presume-se discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV, não prevalecendo a tese



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

defensiva consistente no direito potestativo à rescisão contratual, porque a situação dos trabalhadores portadores deste vírus é excepcional e merece tratamento diferenciado de modo a alcançar-se a isonomia material ou substancial, tendo em vista o valor social do trabalho, especialmente no caso dos autos em que se conclui que a manutenção do emprego leva ao convívio social do reclamante e enaltece o seu sentimento de dignidade, podendo como trabalhador ativo manter-se e à sua família, apesar da moléstia, utilizando-se dos benefícios empresariais, como o plano de saúde para o seu tratamento. Deve o empregador nestes casos demonstrar o seu compromisso social, observando a dignidade da pessoa em colaboração com a busca da justiça social (artigos 1º, III e IV, 6º, e 193 da CF). Recurso do reclamante a que se dá provimento. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0001561-04.2011.5.03.0022 RO; Data de Publicação: 08/02/2012; Disponibilização: 07/02/2012, DEJT, Página 122; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta; Revisor: Luiz Ronan Neves Koury)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para: 1) declarar a nulidade da dispensa e determinar, em antecipação de tutela, a reintegração da reclamante nos quadros funcionais da reclamada, no prazo de 10 dias a contar da publicação da presente decisão, sob pena de multa de R\$1.000,00 por dia de atraso; 2) condenar a reclamada ao pagamento dos salários e demais vantagens devidas durante o período de afastamento, parcelas vencidas e vincendas, desde a dispensa até a efetiva reintegração, computando-se o período para fins de aquisição de férias, 13º salário, depósito de FGTS, seguindo hígido o contrato de trabalho, como se dispensa não tivesse havido, autorizando-se a dedução dos valores pagos no TRCT e da multa de 40% do FGTS; 3) eximir a reclamante do pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais; 4) condenar a reclamada ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, no importe de 10% sobre o valor do crédito apurado em liquidação. As contribuições previdenciárias e fiscais, ao encargo da reclamada, incidirão nos termos dos artigos 28 e 43 da Lei 8.212/90. Nos moldes da Lei 10.035/2001, deverá a ré comprovar o recolhimento da verba previdenciária sobre as parcelas salariais



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

ora deferidas, exceto quanto ao FGTS, que tem natureza indenizatória, autorizada a retenção dos valores devidos pela reclamante. Também deverão ser efetuados, se for o caso, os recolhimentos fiscais, permitindo-se a dedução dos valores devidos pela reclamante, conforme a Lei 8.541/1992, artigo 46 e o Provimento 01/1996 da Corregedoria do TST, devendo ser comprovados nos autos, sob pena de oficiar-se ao órgão competente. Juros de mora e correção monetária na forma da Lei. Invertidos os ônus da sucumbência, arbitro à condenação o valor de R\$10.000,00, com custas de R\$200,00 a cargo da reclamada, que, com a publicação deste acórdão, fica intimada ao recolhimento, para os fins da Súmula 25/TST.

(...)

Fundamentos pelos quais

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da sua Sétima Turma, hoje realizada, sob a presidência do Exmo. Desembargador Marcelo Lamego Pertence, presente o Exmo. Procurador Arlélcio de Carvalho Lage, representante do Ministério Público do Trabalho, tendo feito sustentação oral a advogada Priscila de Oliveira Miranda Leite, computados os votos do Exmo. Desembargador Marcelo Lamego Pertence e do Exmo. Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto, JULGOU o presente processo e, unanimemente, conheceu do recurso ordinário interposto pela reclamante (Id cebb550), porquanto próprio, tempestivo e firmado por procurador regularmente constituído (Id 4b717c6). Beneficiária da gratuidade judiciária, a recorrente é isenta do recolhimento das custas processuais. No mérito, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, para: 1) declarar a nulidade da dispensa e determinar, em antecipação de tutela, a reintegração da reclamante nos quadros funcionais da reclamada, no prazo de 10 dias a contar da publicação da presente decisão, sob pena de multa de R\$1.000,00 por dia de atraso; 2) condenar a reclamada ao pagamento dos salários e demais vantagens devidas durante o período de afastamento, parcelas vencidas e vincendas, desde a dispensa até a efetiva reintegração, computando-se o período para fins de aquisição de férias, 13º salário, depósito de FGTS, seguindo hígido o contrato de trabalho, como se dispensa não tivesse havido, autorizando-se a dedução dos valores pagos no TRCT e da multa de 40% do FGTS; 3) eximir a reclamante do pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais; 4) condenar a reclamada ao



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, no importe de 10% sobre o valor do crédito apurado em liquidação. As contribuições previdenciárias e fiscais, ao encargo da reclamada, incidirão nos termos dos artigos 28 e 43 da Lei 8.212/90. Nos moldes da Lei 10.035/2001, deverá a ré comprovar o recolhimento da verba previdenciária sobre as parcelas salariais ora deferidas, exceto quanto ao FGTS, que tem natureza indenizatória, autorizada a retenção dos valores devidos pela reclamante. Também deverão ser efetuados, se for o caso, os recolhimentos fiscais, permitindo-se a dedução dos valores devidos pela reclamante, conforme a Lei 8.541/1992, artigo 46 e o Provimento 01/1996 da Corregedoria do TST, devendo ser comprovados nos autos, sob pena de oficiar-se ao órgão competente. Juros de mora e correção monetária na forma da Lei. Como índice de correção monetária, deve ser adotada a TR até 24/03/2015 e o IPCA-E de 25/03/2015 em diante, conforme decisões proferidas pelo STF, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, e pelo TST, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231, cabendo notar que a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) não modifica esse parâmetro, pois o novel § 7º do art. 879 da CLT carrega o mesmo vício de inconstitucionalidade declarado pelas Cortes superiores. Invertidos os ônus da sucumbência, arbitrou à condenação o valor de R\$10.000,00, com custas de R\$200,00 a cargo da reclamada, que, com a publicação deste acórdão, fica intimada ao recolhimento, para os fins da Súmula 25/TST. Vencido o Exmo. Des. Fernando Antônio Viégas Peixoto, que negava provimento ao recurso.” (fls. 438/443 - grifos apostos)

Na decisão de embargos de declaração (fls. 467/471), o Regional assim decidiu:

“MÉRITO

Do v. acórdão de id f344548, embarga de declaração a reclamada, id 31b324d. Afirma ocorrência de contradição e omissões.

Contradição porquanto, ao revés do certificado no v. acórdão, a reforma da r. decisão de origem por este i. Juízo ad quem não se deu por unanimidade, mas sim por maioria, eis que vencido no aspecto o Exmo. Des. Fernando Antônio Viégas Peixoto, que negava provimento ao recurso, id.



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

f344548 -Pág. 6 / 7, pelo que entende e requer conste do r. acórdão o voto vencido do Exmo. Des. Fernando Antônio Viégas Peixoto em sua íntegra, art. 941, §3º do CPC, aplicável por força do disposto no art. 769 da CLT, o voto vencido é considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento, sendo perfeitamente admissíveis os embargos de declaração no aspecto.

Omisso em dois aspectos:

Primeiro, quanto AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO, vez que col. Turma houve por bem dar provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamante sob o fundamento de que o resultado da avaliação não pode se sobrepor ao fato da obreira estar doente, pois a doença em si impactaria no rendimento da colaboradora. Ocorre, contudo, que as avaliações de desempenho colacionadas sob os ids. aa26707e 61d71b2, feitas após o acometimento da doença, apresentaram melhores resultados do que última avaliação de desempenho da colaboradora, houve um declínio de atuação da Embargada em detrimento das avaliações dos anos anteriores, cujo rendimento foi melhor avaliado inclusive por ela, após a sua reintegração aos quadros de funcionários da Embargante, ocorrida em razão da ordem judicial para tanto. Neste esteio, considerando que a prova dos autos denota que ela se auto avaliou bem após ter sido reintegrada, reconhecendo queda de rendimento apenas na última avaliação de desempenho, carece de esclarecimento o entendimento esposado no acórdão no sentido de que a queda de rendimento teria se dado em razão da doença, sobretudo quando não houve qualquer alegação da obreira neste sentido, nem, tampouco, comprovação de eventual retorno do câncer a que foi acometida nos anos anteriores. Não pretende a reversão do acórdão pelo viés dos embargos, mas que essa Douta Turma examine os pontos relevantes sob a ótica apresentada em sua tese defensiva, o que fará toda a diferença para que a matéria seja levada até a Corte Superior.

Segundo, AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO / ATUAÇÃO EM PROJETOS SOCIAIS DA RECLAMADA/ APTIDÃO EXAME DEMISSIONAL, porquanto não se pronunciou o v. acórdão quanto aos fundamentos apresentados em contrarrazões no sentido de que tanto a obreira estava bem (saudável) e não houve discriminação por conta da doença da qual fora acometida no passado, que a empresa adotou o



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

testemunho dela em campanha para os colaboradores da Cia., tendo ela sido convidada a ser palestrante em evento realizado com vistas a valorização da saúde e bem estar dos colaboradores, e não se pronunciando acerca do ASO demissional id. ffa6ad8, evidencia que a Embargada estava plenamente apta para o trabalho por ocasião da rescisão, de modo que não subsistia nenhum impedimento legal para a dispensa obreira em setembro de 2018, até porque o prazo de cinco anos de tratamento contra recidiva é um prazo da medicina e não uma imposição legal.

Nos termos do art. 1022 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis quando o julgado apresentar obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual o juízo devia se pronunciar. Ainda, de acordo com o art. 897-A da CLT, os embargos também são cabíveis ante a presença de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso ou para sanar erro material.

Nessa esteira, em sede de embargos declaratórios, a omissão a ser sanada é a ausência de solução para uma questão controvertida. A contradição a ser sanada é aquela ínsita à própria decisão, ou seja, a existente dentro de seus fundamentos ou entre estes e o relatório ou a parte conclusiva, e não do acórdão com os fatos e provas por ele analisados ou, ainda, dispositivos de lei e outras decisões, o que não é o caso dos autos, porque o julgado encerra decisão fundamentada para todas as questões aduzidas no feito.

Pelo que se depreende da leitura da petição de embargos opostos pelo reclamante, acima especificada, os argumentos aventados, nesses aspectos, não apontam, efetivamente, qualquer vício a ser sanado via embargos de declaração (art. 1.022 do CPC e art. 897-A da CLT). Na verdade, sob a alegação de omissão no julgado, o embargante pretende rediscutir a matéria que foi examinada, para obter substancial modificação do julgado, o que não é permitido.

Veja-se que no tocante às omissões apontadas o v. acórdão deu provimento ao apelo obreiro e o fez de forma especificada, pormenorizada, com observância de todo conteúdo dos autos, concluindo de forma majoritária pelo acolhimento do pedido autoral na forma como ali expressa e que dispensa reprodução, salvo acréscimo de que ao proferir o julgado não está o julgador obrigado a rebater uma a um os argumentos formulados pelas



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

partes mas expor as razões legais e fáticas que levaram a conclusão proferida, o que se apresenta íntegro e expreso na decisão ora embargada e que, como dito, dispensa reprodução.

Quanto à ausência de publicação/ integração do voto vencido do Exmo. Des. Fernando Viêgas Peixoto, o artigo 113 do Regimento Interno deste Regional, prevê as formalidades necessárias para a juntada do voto vencido no acórdão, nos seguintes termos, in verbis (grifos acrescidos):

"Art. 113. Findo o julgamento, o Presidente proclamará a decisão, cabendo ao Relator redigir o acórdão, salvo quando integralmente vencido no mérito.

§ 1º Redigirá o acórdão, ainda que vencido em outras questões, o Magistrado que houver encabeçado a tese prevalecente quanto ao mérito.

§ 2º Quando as soluções divergirem, coexistindo, no entanto, pontos de convergência, prevalecerão os votos concorrentes no que tiverem de comum e, não alcançada a maioria, serão as questões submetidas, novamente, à apreciação de todos os Magistrados, prevalecendo as que reunirem a maioria de votos.

§ 3º Certificar-se-á nos autos o resultado do julgamento, constando obrigatoriamente da certidão:

I - a identificação do processo;

II - o nome: a) do Presidente e dos demais Magistrados votantes; b) do representante do Ministério Público do Trabalho presente à sessão; c) dos que compareceram para a sustentação oral; d) dos Magistrados vencidos;

III - resumo das ocorrências, com o teor dos requerimentos apresentados e das respectivas decisões;

IV - deferimento de juntada de voto vencido.

§ 4º O voto vencido será juntado em quarenta e oito horas, desde que requerido na assentada do julgamento."

Depreende-se, pois, que a juntada do voto vencido está condicionada a requerimento por ocasião da sessão de julgamento, e constitui faculdade do Julgador, e não direito subjetivo das partes, nos termos do que determina o art. 113, §3º, inciso IV, e §4º do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal,



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

tanto que a juntada depende do requerimento da parte na assentada do julgamento e do deferimento de juntada.

Veja-se que o art. 941, §3º do CPC consigna que:

"O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento".

O que determina o dispositivo legal é que o voto seja declarado na sessão, não havendo, pois, incompatibilidade com o disposto no Regimento Interno do TRT/3ª Região.

Logo, não há omissão/contradição no julgado, porque não há na certidão de julgamento registro de pedido de juntada do voto vencido.

No caso, foram observados todos os requisitos necessários à validade da decisão embargada, cuja fundamentação foi exauriente, restando cumprido o disposto no art. 489/CPC, acerca do qual assim decidiu o c. STJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie tão somente sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 ["§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão. (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8.6.2016, DJe 15.6.2016)



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

Em razão disso, à exceção do ERRO MATERIAL entre a certidão lançada nos fundamentos do voto e sua certidão final dispositiva, sendo prevalente e correta esta última, **RELATIVAMENTE A SER MAJORITÁRIA** e não unânime a conclusão meritória do julgado, porquanto vencido o i. Des. Fernando Antônio Viégas Peixoto, que negava provimento ao recurso, nada há a ser alterado e/ou complementado no acórdão embargado que remanesce íntegro em sua conclusão final nele expressa.” (fls. 467/470)

Contra essa decisão insurge-se a reclamada (fls. 501/515). Afirma que é seu direito potestativo a rescisão contratual, não sendo possível atribuir nenhuma irregularidade no ato de dispensa da reclamante. Assevera que a autora não era portadora de doença ocupacional à época de sua dispensa, não havendo cogitar em estabilidade no emprego. Sustenta, ainda, que a reclamante encontrava-se curada do câncer de mama à época da dispensa e estava plenamente apta para o trabalho, sendo certo que o tratamento prolongado é meio adjuvante para a preservação do seu estado de saúde. Enfatiza que a dispensa da autora em setembro de 2018 foi fundamentada no seu rendimento insatisfatório, conforme comprovado nos autos, não se tratando de dispensa discriminatória. Refuta o caráter estigmatizante da doença grave que acometeu a autora.

Aponta violação dos arts. 5º, II, XXXVI, LIV e LV, 6º e 196 da CF; 818 da CLT; 373, I, do CPC; e 4º da Lei nº 9.029/1995 e traz arestos a confronto de teses.

Ao exame.

O feito tramita sob a égide do rito sumaríssimo. Assim, nos termos do art. 896, § 9º, da CLT, o conhecimento da revista somente é viabilizado por violação direta da Constituição Federal e por contrariedade a súmula desta Corte ou a súmula vinculante do STF. Por conseguinte, a indicação de ofensa aos arts. 818 da CLT; 373, I, do CPC; e 4º da Lei nº 9.029/1995 e os arestos trazidos a confronto de teses não impulsionam o conhecimento da revista.

Segundo o Tribunal de origem, a reclamante foi diagnosticada com câncer de mama em 2015, tendo obtido judicialmente,



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

naquela época, sua reintegração no emprego e se submetido a tratamento cirúrgico para remoção da mama, encontrando-se atualmente em tratamento hormonal adjuvante para, de forma sistêmica, evitar a recidiva do câncer.

Consignou aquela Corte, ainda, que a autora obteve rendimento insatisfatório, conforme avaliação de desempenho de 2018, razão pela qual foi novamente dispensada pelo empregador, sem justa causa, naquele ano (2018).

Nos termos da diretriz perfilhada pela Súmula nº 443 desta Corte, *"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"*.

Ora, ao largo da discussão acerca do caráter estigmatizante da doença da reclamante, é certo que a presunção da dispensa discriminatória estabelecida no aludido verbete é meramente relativa e, assim, pode ser desconstituída por prova em contrário. A ilustrar, o seguinte precedente:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Com fundamento no artigo 282, § 2º, do CPC de 2015, deixa-se de examinar a preliminar em epígrafe. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. CÂNCER. Em razão de provável contrariedade à Súmula nº 443 do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. CÂNCER. O Tribunal Regional, valendo-se da presunção relativa, juris tantum, a que se refere a Súmula nº 443 do TST, reconheceu o caráter discriminatório da dispensa do reclamante e determinou sua reintegração ao emprego, por entender que o empregador não logrou comprovar que "a escolha do outro trabalhador, em detrimento do recorrente, vitimado de doença grave, tenha parâmetro diverso à própria existência da moléstia". Ocorre que, embora o poder diretivo do empregador não seja ilimitado, é fundamental presumir a boa-fé patronal no exercício



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

regular do seu direito de dispensar, sem justa causa, seus empregados. Nesse passo, entende este Relator que, conquanto o câncer, em geral, seja doença grave, não necessariamente gera estigma e preconceito de modo a atrair, por si só, a aplicação da Súmula nº 443/TST. Contudo, a SDBI-1 do TST, na sessão do dia 4/4/2019, ao julgar o processo nº TST-E-ED-RR-68-29.2014.5.09.0245, por maioria, decidiu em sentido contrário. Sendo assim, patenteados no acórdão regional que o reclamante está acometido por câncer de próstata, passa a ser do empregador o ônus de comprovar que a dispensa sem justa não foi discriminatória, consoante a Súmula nº 443/TST e o recente julgado da SBDI-1. No caso autos, extrai-se das premissas fáticas delineadas pelo TRT que a presunção relativa de dispensa discriminatória foi ilidida por prova em contrário, haja vista o registro de que o reclamante ficou afastado do trabalho por "bastante tempo", tendo o reclamado contratado outro profissional para ficar em lugar. Em razão do afastamento prolongado do reclamante, o empregador se viu na necessidade de contratar substituto, inexistindo obrigação legal de, após o fim da licença médica do reclamante, permanecer com dois empregados ou de despedir um trabalhador para dar sequência ao contrato que estava suspenso. Precedente da SBDI-1 (E-RR-465-58.2015.5.09.0664, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT de 26/10/2018). Ademais, consta do acórdão impugnado que o reclamante confessou não ter sofrido preconceito ou discriminação pelo reclamado em razão de sua doença durante a vigência de seu contrato. Ciente da moléstia, o reclamado permitiu que o reclamante frequentasse o local de trabalho, almoçasse no centro de treinamento, e, espontaneamente, manteve o pagamento dos salários não exigíveis no período do afastamento, aspectos que favorecem a desconstituição da presunção relativa de dispensa discriminatória. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-1001897-90.2016.5.02.0006, Rel. Min. Breno Medeiros, 5ª Turma, DEJT 28/6/2019)

Nesse diapasão, não há como chancelar a conclusão de que a reclamada não logrou demonstrar a ausência de caráter discriminatório da dispensa, visto que os elementos fáticos e probatórios trazidos pelo Regional militam em favor da tese defensiva e, por si só,



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

afastam eventual presunção da dispensa discriminatória em razão da doença grave de que a reclamante é portadora (neoplasia de mama).

Por conseguinte, do contexto trazido pelo Regional, não se observa tratar-se de dispensa discriminatória em razão de estigma ou preconceito.

Assim, a decisão do Regional, de que a dispensa da reclamante foi discriminatória, não obstante consignar premissa fática de que o rendimento da autora, obtido na última avaliação de desempenho, foi insatisfatório, sendo esse o motivo da dispensa, caracteriza possível contrariedade à Súmula n° 443 do TST.

Pelo exposto, ante a demonstração de possível contrariedade à Súmula n° 443 do TST, **dou provimento** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista quanto ao tema.

B) RECURSO DE REVISTA

I - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade, passo a examinar os específicos do recurso de revista.

1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

A reclamada argui a nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, quanto à questão afeta à dispensa discriminatória. Segundo entende, não foram analisados aspectos imprescindíveis para a correta inteligência da matéria controversa.

Consoante o § 2° do art. 282 do NCPC, antigo § 2° do art. 249 do CPC, quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Dessarte, e tendo em vista o princípio da celeridade processual insculpido no inciso LXXVIII do art. 5° da CF, **deixa-se de analisar** a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.



PROCESSO Nº TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

2. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MAMÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Conforme consignado por ocasião da análise do agravo de instrumento, **conheço** do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 443 do TST.

II - MÉRITO

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MAMÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Como corolário lógico do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 443 do TST, **dou-lhe provimento** para restabelecer a sentença que indeferiu a reintegração no emprego da reclamante, e, como consequência, julgo improcedentes os pedidos formulados pela autora.

Prejudicado o exame dos demais temas do recurso de revista da reclamada.

Inverte-se o ônus da sucumbência. Custas pela reclamante, mantida a isenção declarada em sentença (fl. 400).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho: a) por unanimidade, **conhecer** do agravo de instrumento e, no mérito, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, que negava provimento ao agravo, **dar-lhe provimento** para determinar o processamento do recurso de revista; e b) por maioria, vencido o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, que não conhecia do recurso de revista, dele **conhecer** quanto ao tema "Dispensa discriminatória. Neoplasia mamária. Não configuração", por contrariedade à Súmula nº 443 do TST, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para restabelecer a sentença que indeferiu a reintegração no emprego da reclamante, e, como consequência, julgar improcedentes os pedidos



PROCESSO N° TST-RR-10953-57.2018.5.03.0107

formulados pela autora. **Prejudicado** o exame dos demais temas do recurso de revista. Inverte-se o ônus da sucumbência. Custas pela reclamante, mantida a isenção declarada em sentença. Retifique-se a autuação para constar a correta grafia do nome da agravada, ANA FLÁVIA DE LIMA PINTO.
Brasília, 20 de novembro de 2019.

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

DORA MARIA DA COSTA

Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1002D089DE576217A6.