PROCESSO Nº TST-AIRR - 72-86.2019.5.10.0011

Agravante: **ELAINE VIEIRA DE MOURA**
Advogado: Dr. Maximiano Souza Araújo Neto
Agravada: **FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF**
Advogado: Dr. Dino Araújo de Andrade
GMJRP/rfl/nj

D E C I S Ã O

PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela reclamante, às págs. 556-560, contra o despacho denegatório do seu recurso de revista, de págs. 550-552, quanto ao tema: **DEMISSÃO DE TRABALHADORA PORTADORA DE LÚPUS – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA NÃO CARACTERIZADA – COMPROVADA A DEMISSÃO EM RAZÃO DE REESTRUTURAÇÃO NA EMPRESA**.

Foram apresentadas contraminuta e contrarrazões às págs. 563-570.

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

É o relatório.

O Juízo de admissibilidade regional, em despacho assim fundamentado, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamante:

> "PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS
>
> Tempestivo o recurso (publicação em 02/06/2021 - fls. 525; recurso apresentado em 15/06/2021 - fls. 540).
>
> Regular a representação processual (fls. 11).
>
> Dispensado o preparo (fls. 329).
>
> PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS
>
> Rescisão do Contrato de Trabalho / Reintegração / Readmissão ou Indenização / Dispensa Discriminatória.
>
> Alegação(ões):
>
> - contrariedade à(ao) : Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho.
>
> - violação do(s) inciso III do artigo 1º; inciso IV do artigo 1º; artigo 3º; inciso V do artigo 5º; inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.
>
> - violação da (o) artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho; inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015; artigo 1º da Lei nº 9029/1995.
>
> - divergência jurisprudencial.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

A Primeira Turma negou provimento ao recurso obreiro ante a constatação de que não restou configurado o caráter discriminatório da dispensa da autora. Eis a ementa do julgado:

"DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Inexistindo elementos probatórios a demonstrar a dispensa discriminatória da autora, válida a rescisão contratual sem justa causa efetivada pela reclamada."

Alega a recorrente, em resumo, que restou caracterizada a dispensa discriminatória. Argumenta que o acórdão acabou por fazer a distribuição ordinária do ônus de prova, atribuindo a reclamante o ônus de prova do fato constitutivo de seu direito, no entanto, por força da Súmula 443 do TST deveria ter julgado a partir da regra da inversão do ônus probatório.

Entretanto, observa-se que o entendimento manifestado pela Turma está assentado no substrato fático-probatório existente nos autos. Para se concluir de forma diversa seria necessário revolver fatos e provas, propósito insuscetível de ser alcançado nesta fase processual, à luz da Súmula 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

Também não prevalece o dissenso pretoriano agitado, na medida em que os arestos colacionados mostram-se inespecíficos, ou não atendem a regra do artigo 896, "a", da CLT.

Inviável o processamento do apelo.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, DENEGO seguimento ao recurso de revista." (págs. 550-552).

Na minuta de agravo de instrumento, a reclamante insiste na admissibilidade de seu recurso de revista, ao argumento de que foram preenchidos todos os requisitos para admissibilidade de seu recurso de revista.

Aduz que "restou demonstrado no Recurso de Revista que a matéria debatida é unicamente de direito, não havendo necessidade de revolvimento de fatos e prova, de modo que o seu conhecimento e provimento depende apenas da análise acerca do adequado enquadramento jurídico dos fatos delineados nas instâncias inferiores (dispensa discriminatória - ônus da prova). Logo, não há que se falar no óbice da sumula 126 da C. TST, como consignado na r. decisão agravada" (págs. 559 e 560).

Defende que "a jurisprudências deste C. TST, como demonstrado especificamente pelos arestos colacionados nas razões do Recurso de Revista é mansa e pacífica no sentido de que o ônus da prova da dispensa não discriminatória cumpre ao empregador, e não a empregado como entendeu a maioria dos integrantes da 1ª Turma do Eg. TRT10" (pág. 560).

Aponta violação dos artigos 1º, incisos III e IV, 3º, 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, 1º da Lei n.º 9.029/95, 373, inciso I, do CPC/2015 e 818 da CLT,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

contrariedade à Súmula n° 443 do TST e apresenta arestos para o confronto de teses.

Sem razão.

O Tribunal Regional, em decisão assim redigida, pronunciou-se quanto à **dispensa discriminatória**, nos seguintes termos:

> "(...)
>
> **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA**
>
> O Juiz de origem assim decidiu:
>
> (...)
>
> Recorre a reclamada contra a sentença alegando não ter certeza o juízo quanto à dispensa discriminatória ao consignar que a reclamante pode ter sido discriminada em razão dos afastamentos necessários ao seu tratamento. Aponta não ter a autora relatado em nenhum momento qualquer fato relacionado a discriminação em razão de afastamentos para seu tratamento. Sustenta confissão da reclamante quanto à ausência de discriminação. Argumenta inexistir dispensa discriminatória considerando o lapso temporal entre a notícia da doença (2012) e seu desligamento em 19/12/2018, bem com não ter sido dispensada após ter ficado afastada por 6 meses (meados de 2012 e início de 2013). Ainda, alega ter sido a reclamante promovida durante tal período, bem como a demissão de 180 empregados durante 2016 a 2019, e funcionários demitidos antes da autora e com o mesmo cargo, ante uma reestruturação da empresa. Aduz que a contratação de substituto para o cargo da reclamante não implica prova de discriminação. Ainda, sustenta que "a ex-empregada permaneceu na empresa por 10 anos, 8 desses sendo portadora da doença, e sempre fez seu tratamento, ou seja, sempre houve a necessidade de afastamento do trabalho para acompanhamento e realização de tratamento, sem que isso jamais tenha sido um empecilho para empresa e para a Reclamante, conforme confessado por ela em seu depoimento." (fl. 399) Requer a reforma da sentença.
>
> Vale registrar os termos da inicial:
>
> (...)
>
> No caso, competia à reclamante o ônus da prova quanto à dispensa discriminatória.
>
> Vale registrar que a mera comprovação da doença ou submissão a tratamento não se mostram suficientes para presumir a discriminação alegada na inicial.
>
> Ainda, malgrado o disposto na Súmula 443/TST, entendo que a doença lúpus não provoca estigma ou preconceito perante as pessoas.
>
> **Analisando os documentos juntados aos autos, a reclamante foi admitida pela reclamada em 15/10/2008 e demitida em 19/12/2018, laborando pouco mais de 10 anos na empresa.**
>
> **O atestado de saúde ocupacional realizado em 06/04/2018 constatou aptidão para função, com validade de um ano**, conforme documento a fl. 222.
>
> Em depoimento pessoal, a reclamante assim declarou:

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

"Que o motivo alegado pela empresa para sua dispensa teria sido uma reestruturação em vários setores da reclamada; que, inquirida se se sentiu discriminada ou preterida no local de trabalho, disse que sim em razão da sua doença; que, como precisava fazer muitos exames de sangue e consultas era necessário às vezes chegar mais tarde ao trabalho ou às vezes sair no meio do expediente; que seus supervisores não gostavam (neste momento este magistrado pediu para a reclamante ser mais específica apontando episódios concretos); que disse que Ana Sílvia, sua supervisora, teria achado ruim a realização de uma consulta às 15h; que não se recorda exatamente quando isso ocorreu; que foram muitas vezes e não apenas um episódio; que tem dias que acorda bem, mas em outros, cheia de dor; que na reclamada é utilizado banco de horas; que exercia a função de assistente administrativo II, tendo sido promovida em 2015; que a Sra. Ana Sílvia se queixava que a reclamante deveria marcar as consultas em outros horários para não prejudicar o atendimento ao público; que disse espontaneamente que as consultas não são marcadas na hora que queremos, mas na hora que a médica pode; que a médica que acompanhava seu tratamento era a Sra. Taíse Neto Maia (CRM 15.053/DF), da clínica Aliança Oncologia, situada no Edifício Dr. Crispim; que, pelo que se recorda, a Dra. Taíse atendia quartas e sextas na parte da tarde. Às perguntas do(a) advogado(a) do(a) reclamado(a), respondeu: que a frequência das consultas era trimestral; que as consultas eram avisadas com antecedência; que em 2015 haviam 3 posições no setor, duas sendo ocupadas pelo Iranildo e reclamante, e uma por algum atendente telefônico (Nilva ou Cleusa); que, quando chegou em 2015, o Sr. Iranildo já estava no acompanhamento pessoal de aposentados e inativos, exercendo a função de auxiliar administrativo II; que, quando foi dispensada, o setor de atendimento pessoal não foi extinto, mas colocaram outras pessoas (Taís e Fábio); que também há o atendimento interno para as mesmas informações, email e 0800; que a relação com os colegas era tranquila e respeitosa; que nunca sofreu discriminação de colegas com quem trabalhava e se relacionava, inclusive a chefia; que espontaneamente disse que o único impasse que tinha com a chefia era o de precisar fazer consultas e exames; que quando foi promovida já realizava tratamento; que foi promovida pela Sra. Solange e não pela atual coordenadora que se chama Elaine; que não sabe dizer se outros gestores tiveram participação na sua promoção, mas pode dizer que contribuíram para sua promoção as coordenadoras Solange e Érica; que se encontra desempregada atualmente; que foi promovida quando transferida do atendimento interno para o pessoal. Nada mais." (fl. 235)

A autora afirmou ter sido promovida em 2015, bem como nunca sofreu discriminação dos colegas e chefia.

A primeira testemunha Nilva trazida pela autora assim declarou:

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

"que trabalhou na reclamada de set/2006 a jan/2019; que estava lotada no atendimento por telemarketing (atendimento interno), mas também, quando necessário atendia aos clientes da FUNCEF; que nunca viu avaliação de desempenho da reclamante; que nunca presenciou algum feed back dado à reclamante quando ao desempenho; que nunca viu qualquer reclamação ao desempenho da reclamante; que sabia que a reclamante tinha lúpus, pois já tinha sido afastada para tratamento por, salvo engano, 6 meses; que, quando era convocada a auxiliar no atendimento presencial, ficava na mesma sala da reclamante; que tal auxílio era constante, quase toda semana; que não via a reclamante se ausentando muito para exames e consultas; que houve uma reestruturação no setor em dez/2018 e pelos corredores ficou sendo que haveria demissões, sendo que uma delas seria a reclamante; que, inquirida quem teria falado isso, disse que trabalha em baias e os atendentes comentaram; que, embora tenha dito que a Reclamante seria dispensada pela doença, depois disse que, melhor explicando, não tinha entendido a pergunta e que não teria sido comentado o motivo pelo qual a reclamante seria uma das dispensadas. Às perguntas do(a) advogado(a) do(a) reclamado(a), respondeu: que a época não foi dito que algum outro empregado seria dispensado; que, inquirida se outros funcionários foram dispensados, disse que tinha conhecimento apenas da reclamante e a própria reclamante em janeiro; que não sabe informar quando o Iranildo foi dispensado; que o motivo que foi dado para a demissão da depoente era reestruturação; que havia muita demanda no atendimento presencial; que nunca presenciou atendimento diferencial a reclamante; que nunca foi reprimida por precisar realizar consultas médicas. Nada mais." (fl. 236)

A segunda testemunha Adriana trazida pela autora afirmou:

"que conheceu a reclamante no balcão de atendimento da reclamada em jul/2018; que o atendimento da reclamante foi muito bom; que a reclamante não teria sido ríspida com a reclamante; que a reclamante pareceu ser competente e muito atenciosa. Às perguntas do(a) advogado(a) do(a) reclamante, respondeu: que teve cerca de três a 4 atendimentos presenciais; que os atendimentos foram somente presenciais; que no final do ano foi atendida por outra pessoa mas não se recorda quem. Às perguntas do(a) advogado(a) do(a) reclamado(a), respondeu: que, quando no final do ano precisou ser atendida procurou pela reclamante, mas soube que ela foi dispensada, sem saber dizer o motivo. Nada mais." (fl. 237)

Portanto, **a prova oral produzida pela autora nada comprovou quanto à dispensa discriminatória alegada na inicial**.

A primeira testemunha ainda afirmou que o motivo da demissão foi a reestruturação da empresa.

A segunda testemunha sequer trabalhou na empresa, apenas tendo sido atendida pela reclamante em julho/2018.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

> **A prova oral produzida pela reclamada nada esclareceu sobre a dispensa da autora**.
>
> Ainda, a reclamante é portadora da doença lúpus desde 2012, conforme relatado na inicial e com ciência da reclamada (fl. 220).
>
> **Ainda que houvesse a necessidade da empregada sair para realização de exames e consultas em decorrência da doença, por si só, não reputo discriminatória sua dispensa**.
>
> Ademais, conforme declarado pela própria reclamante, foi promovida em 2015, quando já tinha a doença.
>
> Bem como, **o documento a fl. 167/172 corrobora a tese da reclamada de inúmeras demissões desde 2016 a 2019 em virtude da reestruturação realizada na reclamada**.
>
> Desse modo, **inexistindo nos autos elementos a demonstrar a discriminação na demissão da autora, bem como estando a empregada apta para a demissão, entendo que a reclamada apenas utilizou seu poder potestativo, sendo válida a rescisão contratual sem justa causa.**
>
> **Assim, evidenciada que a dispensa ocorreu por outros motivos diversos à patologia da autora, inexiste o dever de indenizar.**
>
> Por todo o exposto, dou provimento ao recurso para afastar a condenação imposta na origem, julgando improcedentes os pedidos da inicial.
>
> Invertido o ônus da sucumbência, afasto os honorários de sucumbência a cargo da reclamada e condeno a autora no pagamento dos honorários de sucumbência no percentual de 5% sobre o valor da causa, ficando suspensa sua exigibilidade, nos termos do Verbete 75/2019 deste eg. Tribunal.
>
> (...)" (destacou-se, págs. 489-505).

Trata-se de pedido de indenização por dano moral, fundado na alegação de dispensa discriminatória, por ser a reclamante portadora de lúpus.

O Tribunal Regional consignou, expressamente, que "o documento a fl. 167/172 corrobora a tese da reclamada de inúmeras demissões desde 2016 a 2019 em virtude da reestruturação realizada na reclamada" (pág. 498).

Segundo a Corte *a quo*, "inexistindo nos autos elementos a demonstrar a discriminação na demissão da autora, bem como estando a empregada apta para a demissão, entendo que a reclamada apenas utilizou seu poder potestativo, sendo válida a rescisão contratual sem justa causa" (pág. 498) e que "evidenciada que a dispensa ocorreu por outros motivos diversos à patologia da autora, inexiste o dever de indenizar" (pág. 498).

Esta Corte superior, por meio da Súmula nº 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave, como o vírus HIV, câncer, dependência química, etc., ou se o empregado apresenta sinais de doença que suscite estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

sob pena de presumir-se a dispensa discriminatória.

Desse modo, visando à proteção dos trabalhadores que se encontrem em situações de vulnerabilidade, impõe-se ao empregador uma obrigação negativa, qual seja a comprovação de 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.

Ressalta-se que a presunção do caráter discriminatório da demissão, prevista no referido verbete, é relativa e pode ser elidida por prova em sentido contrário, ou seja, de que o ato demissional decorreu de motivação lícita, que não guarde relação com a condição de saúde do trabalhador ou mesmo que o empregador não tenha conhecimento da doença grave que acomete o empregado.

Portanto, para incidência da Súmula nº 443 desta Corte é necessário que a doença que acomete o empregado gere estigma ou preconceito, caso contrário, elide-se a presunção discriminatória da dispensa, na exata dicção do referido verbete.

Na hipótese, a doença que acomete a reclamante (*lúpus*) não tem o condão de suscitar nenhum estigma ou preconceito a fim de se presumir-se a dispensa discriminatória.

Nesse contexto, a Corte regional, ao concluir que a dispensa imotivada efetuada pela empregadora decorreu do seu direito potestativo, decidiu em perfeita sintonia com a Súmula nº 443 do TST, razão pela qual não merece provimento o apelo da reclamante.

Assim, não há de se falar em violação dos 1º, incisos III e IV, 3º, 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, 1º da Lei n.º 9.029/95, 373, inciso I, do CPC/2015 e 818 da CLT, vez que o processamento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 126 do TST, que assim dispõe:

> "Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas.".

Assim, **nego provimento** ao agravo de instrumento, com fundamento no artigo 255, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

Publique-se.

Brasília, 16 de setembro de 2021.

Firmado por assinatura digital em 16/09/2021 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

PROCESSO Nº TST-AIRR - 72-86.2019.5.10.0011

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

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10044BDD6173886B74.

Firmado por assinatura digital em 16/09/2021 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.