

Redatora Designada: Ministra KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

Embargante: HAMILTON BARROS TAVARES

Embargado : SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE

GMLBC/vm

JUSTIFICATIVA DE VOTO CONVERGENTE
EXMO. MINISTRO LELIO BENTES CORRÊA

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. CONFIGURAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA (CÂNCER DE PRÓSTATA). SÚMULA N.º 443 DO TST. CONTRARIEDADE DEMONSTRADA.

Controverte-se, no caso, a configuração de dispensa discriminatória de empregado portador de neoplasia maligna (câncer de próstata), sob a óptica da diretriz consagrada na Súmula n.º 443 desta Corte superior.

A Corte regional, na fração de interesse, **reputou discriminatória a conduta da empresa**, consistente em dispensar o reclamante, **portador de câncer de próstata**, por ocasião do seu retorno ao trabalho, após longo período de afastamento (por licença médica). Concluiu aquele Tribunal que a empresa não se desvencilhou a contento do ônus de demonstrar a ausência do caráter discriminatório da dispensa.

Eis os fundamentos expostos pelo Tribunal de origem, na fração de interesse (fls. 576/578; destaques acrescidos):

O pedido central da demanda refere-se à reintegração por dispensa discriminatória, eis que **o reclamante adoeceu, contraindo câncer de próstata**.

A defesa sustentou que a rescisão é direito potestativo, mediante indenização, que no retorno da reversão da aposentadoria por invalidez já havia outro empregado na função e não existiu discriminação. Aduz, ainda, que adotar a pretensão inicial revelaria estabilidade permanente no emprego, não prevista no ordenamento jurídico.

Com todas as vênias à respeitável decisão de primeiro grau e aos fundamentos de defesa, vejo razão com o reclamante.

A salutar e louvável jurisprudência estabilizada pela súmula 443, do Tribunal Superior do Trabalho, conferiu situação de presunção relativa, juris tantum, de ilicitude à hipótese em análise. Diz o verbete que a demissão de pessoas com doenças graves ou estigmatizantes presume-se discriminatória, verbatim:

(...)

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

À presunção júris tantum estabelecida nesses termos, pode contrapor-se prova de qualquer das modalidades admitidas em Direito. Para tanto, entrementes, **indispensável que a defesa apresente uma causa para a rescisão**, eis que a demonstração do ato discriminatório constitui prova diabólica, porque impossível.

(...)

Afastado do trabalho em razão da neoplasia por bastante tempo, o reclamante acabou demitido "sem justa causa", porque, segundo a reclamada, já havia outro profissional em seu lugar. E faz tal argumentação, como se olvidasse da origem da decisão de contratar o tal outro profissional. A própria empregadora, diante do afastamento do recorrente, contratou substituto.

(...)

No contexto em análise, **a empresa substituiu o recorrente, adrede, em razão de suas dificuldades de saúde, que lhe impuseram afastamento prolongado. Já pronto a retornar, acabou preterido e para essa opção, a recorrida não traz aos autos nenhum argumento, nenhum fato, senão a frágil alegação de que já havia outrem na função. Logo, não comprovou que a escolha do outro trabalhador, em detrimento do recorrente, vitimado de doença grave, tenha parâmetro diverso à própria existência da moléstia.**

Rejeito, ainda, os argumentos de que a discriminação teria sido elidida pelos fatos de o empregado afastado ter autorização para frequentar o local de trabalho - até almoçar no centro de treinamento - e de que, espontaneamente, o empregador manter os salários não exigíveis, no período do afastamento. O tratamento digno adotado pela empresa em relação àquela fase do contrato não lhe franquia o direito de despedi-lo por discriminação.

(...)

Do quanto ponderado, reformo a sentença, reconheço o caráter discriminatório da rescisão e (a) determino a reintegração do reclamante ao emprego, no prazo de 15 dias da intimação desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); (b) a reintegração do reclamante ao plano de saúde, nas condições vigentes à época da dispensa, no referido prazo e sob idêntica punição; e (c) a condenação da reclamada a pagar (c1) os salários, férias abonadas e décimo terceiro do período compreendido entre a rescisão e a efetiva reintegração e (c2) indenização por danos morais de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), aplicando-se para esta os parâmetros da Súmula 429, do TST".

Ao julgar os Embargos de Declaração interpostos pela reclamada, registrou a Corte regional (fl. 614):

"(...) Versa o recurso, no particular, sobre eventual confissão real do reclamante de que não teria sofrido preconceito ou discriminação. Seu depoimento, entretanto, refere-se aos fatos do cotidiano no clube, seu relacionamento com os gestores imediatos, o que não se confunde com a

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

decisão patronal discriminatória de o despedir logo após o retorno da licença médica.

Não houve confissão, porque a pergunta dizia respeito ao sentimento pessoal do embargado, na vigência do contrato, sem enfrentar o fato que vem denunciado como determinante à prática discriminatória.

Nada há a ser aclarado ou complementado".

A egrégia Quinta Turma do TST conheceu do Recurso de Revista patronal, por contrariedade à Súmula n.º 443 do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento para *"restabelecer a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo demandante"*.

Decidiu aquele Órgão colegiado mediante a adoção dos seguintes fundamentos, em síntese (grifos aditados):

O Tribunal Regional, valendo-se da presunção relativa, *juris tantum*, a que se refere a Súmula n.º 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 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 n.º 443/TST.

Contudo, a SDBI-1 do TST, na sessão do dia 4/4/2019, ao julgar o processo n.º TST-E-ED-RR-68-29.2014.5.09.0245, por maioria, decidiu em sentido contrário.

Sendo assim, patenteado 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 n.º 443/TST e o recente julgado da SDBI-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.

(...)

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.

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

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".

A fim de respaldar seu entendimento, a egrégia Turma de origem invocou, ainda, o seguinte precedente da SBDI-1:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. EMPREGADA DOMÉSTICA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MALIGNA (CÂNCER). SÚMULA Nº 443 DO TST. DISPENSA DA EMPREGADA APÓS O TÉRMINO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ELEMENTO DE DISTINÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONTIDO NO VERBETE. 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. A neoplasia maligna (câncer), sem dúvida, se amolda aos parâmetros da mencionada súmula, por se tratar de doença grave comumente associada a estigmas. Precedentes de Turmas. Todavia, no caso, consta no acórdão regional, transcrito pela Turma, que a autora foi contratada pelos réus como empregada doméstica em 14/03/2013; foi acometida de neoplasia maligna na região supraclavicular, com afastamento previdenciário de 19/12/2013 a 30/03/2015; a comunicação da rescisão contratual foi efetuada no dia 30/03/2015 e a rescisão foi anotada em 1º/04/2015, sendo que os réus admitiram outra empregada doméstica em 1º/12/2014. Consta, ainda, que não há provas de que a autora ainda estivesse realizando qualquer tratamento médico ou que tenha restado alguma incapacidade para o trabalho. **A Corte Regional consignou que, cientes dos sintomas, os réus não se recusaram a dar o apoio necessário ao diagnóstico e viabilização do tratamento adequado da doença, somente tendo procedido à dispensa da autora quando do encerramento do seu afastamento; que os reclamados (entidade familiar com um filho pequeno) acabaram, por necessidade, admitindo outra empregada, ou seja, quando a autora obteve a alta médica, os empregadores já contavam com outra empregada doméstica e não tinham a obrigação legal de permanecer com duas empregadas ou de despedir uma trabalhadora para dar sequência ao contrato de trabalho que se encontrava suspenso.** Esse contexto fático permite concluir que não houve discriminação no ato de dispensa da empregada, pois a rescisão contratual coincidiu com o término do benefício previdenciário, donde se extrai que a autarquia previdenciária não concederia a respectiva alta sem que o segurado estivesse curado da doença. **Diverso seria o entendimento se a dispensa tivesse ocorrido no curso da doença.** Ademais, considerando o poder potestativo de dispensa do empregador, a boa-fé dos réus (consistente no apoio necessário ao diagnóstico e viabilização do tratamento adequado da doença), o fato de já possuírem outra empregada doméstica na residência e a ausência de notícias

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

acerca de eventual impedimento para a dispensa, conclui-se pela validade do respectivo ato. Não há, portanto, se falar em aplicação da presunção estabelecida na Súmula nº 443 do TST. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR-465-58.2015.5.09.0664, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 18/10/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018.)

Ao interpor Embargos à SBDI-1, o reclamante transcreveu arestos e apontou contrariedade às Súmulas de n.ºs 126 e 443 do TST (fls. 825/845).

Ao exame.

Atualmente, como se sabe, vige a Lei n.º 9.029/1995 - com as alterações introduzidas pelas Leis de n.ºs 12.288/2010 e 13.146/2015 -, cujos artigos 1º e 4º ostentam a seguinte redação:

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

(...)

Art. 4º 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:

I - 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.

Sucedo que, muito antes da entrada em vigor da Lei n.º 9.029/1995, bem como da edição da aludida Súmula n.º 443 - em setembro de 2012 -, este Tribunal Superior já vinha firmando entendimento no sentido de que, não obstante a ausência de legislação que assegurasse a garantia provisória no emprego do empregado portador de doença grave, revelava-se inequívoco o seu direito à reintegração quando demitido sem motivação plausível, em face das garantias constitucionais relativas ao direito à vida, ao trabalho e à dignidade da pessoa humana, insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida no artigo 7º, I, da Lei Magna, que veda a despedida arbitrária, com conteúdo discriminatório.

Não se olvidava, ainda, no plano internacional, a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho (incorporada ao ordenamento jurídico

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

desde 1965 e revestida de plena eficácia legal), que, a seu turno, estabelece a obrigatoriedade, para os Estados-Membros que a tenham ratificado, de **"formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados, às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria"** (artigo 2º), incumbindo-lhes, entre outras medidas, **"revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política"** (artigo 3º, c).

Em um primeiro momento, a jurisprudência desta Corte superior adotou tal posicionamento em relação a empregados portadores do vírus HIV, sendo paulatinamente estendido esse entendimento às hipóteses envolvendo outras doenças graves que causem estigma ou preconceito, o que culminou com a fixação da diretriz atualmente sufragada na referida Súmula n.º 443, de seguinte teor:

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.

A jurisprudência desta Corte superior consolidou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador de doença grave que cause estigma ou preconceito. Entende-se, assim, que recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa ostentava outra motivação, lícita. A demonstração robusta de razão plausível para a dispensa de empregado nessas condições é capaz de elidir, portanto, a presunção relativa de que se cuidou de conduta empresarial discriminatória.

Importa assinalar que a inversão do ônus da prova em favor do empregado decorre dos próprios efeitos nefastos que advêm do acometimento de qualquer doença grave que cause estigma ou preconceito, a impactar negativamente a relação de emprego, mormente no tocante à produtividade do empregado, em virtude da fragilidade física e emocional que contaminam o seu desempenho profissional em tais condições.

Daí por que, exceto mediante prova robusta em sentido contrário, a aplicação das regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (artigo 375 do CPC/2015) permite inferir, nesse particular, a conduta patronal discriminatória presente no ato de dispensa de

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito.

Também não parece remanescer dúvida no âmbito desta Corte superior quanto à gravidade e à natureza estigmatizante da neoplasia maligna de próstata, como bem reconheceu a Turma de origem, ao reportar-se ao precedente firmado por esta colenda Subseção no julgamento do Processo nº TST-E-ED-RR-68-29.2014.5.09.0245, cuja ementa do acórdão ostenta o seguinte teor:

"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,

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

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) Tõda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cõr, 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 emprẽgo 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

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

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, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 26/04/2019).

Mencione-se, ainda, o seguinte acórdão igualmente oriundo desta colenda Subseção, após o julgamento do "leading case" suso:

"AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DE EMBARGOS PROFERIDA POR MINISTRO PRESIDENTE DE TURMA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. EMPREGADO PORTADOR DE ADENOCARCINOMA DE PRÓSTATA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. SÚMULA 443 DO TST. Configurado o dissenso jurisprudencial interno, deve ser processado o recurso de embargos. Agravo conhecido e provido para examinar o recurso de embargos. EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. EMPREGADO PORTADOR DE ADENOCARCINOMA DE PRÓSTATA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. SÚMULA 443 DO TST. Acórdão embargado em consonância com o entendimento recentemente firmado pela SbDI-1 que, ao interpretar a Súmula 443 do TST, fixou tese no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador de neoplasia maligna, presunção esta que só pode ser elidida mediante prova robusta em sentido contrário, a cargo da empresa. Precedentes desta Subseção. Recurso de embargos conhecido e desprovido" (E-RR-660-73.2015.5.05.0011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 13/12/2019).

Tecidas essas considerações, tem-se que, no caso concreto, como visto, o cerne da controvérsia consiste em definir se o empregador desincumbiu-se a contento do ônus de demonstrar a ausência de conduta discriminatória no ato de dispensa do empregado sabidamente acometido de neoplasia maligna.

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

Anote-se, em primeiro lugar, que, nos termos do acórdão prolatado pelo TRT de origem, a agremiação desportiva reclamada "***não comprovou que a escolha do outro trabalhador, em detrimento do recorrente, vitimado de doença grave, tenha parâmetro diverso à própria existência da moléstia***".

Ressalte-se, ademais, que não subsiste o fundamento lançado pela Turma de origem, no sentido de que "*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*". Consoante se infere dos termos do acórdão prolatado pelo TRT de origem, transcrito no v. acórdão embargado, concluiu a Instância da prova que "***(...) não houve confissão***, porque a pergunta dizia respeito ao sentimento pessoal do embargado, na vigência do contrato, sem enfrentar o fato que vem denunciado como determinante à prática discriminatória".

É bem verdade que não se pode desconsiderar, no caso, a louvável conduta patronal adotada no decorrer do contrato de trabalho – explicitada pela Corte regional –, consistente no fato de o empregador, "*espontaneamente, manter os salários não exigíveis, no período do afastamento*". Tal constatação, contudo, nem de longe justifica o ato de dispensa, amparado tão somente na contratação de outro profissional para o exercício da mesma função.

Daí por que se revela plenamente incidente, ao caso, a diretriz da Súmula n.º 443 do TST, em favor da pretensão obreira, tal qual ressaltado pela Exma. Ministra Kátia Magalhães Arruda, designada Redatora dos Embargos.

Observe-se, por fim, que o precedente da SBDI-1 invocado pela Quinta Turma como suporte ao afastamento da Súmula n.º 443 desta Corte (E-RR-465-58.2015.5.09.0664, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 18/10/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018) ***não se amolda ao caso dos autos***, por retratar ***circunstâncias completamente distintas***. Com efeito, naquele caso, tratava-se de dispensa de empregada doméstica "***quando do encerramento do seu afastamento; que os reclamados (entidade familiar com um filho pequeno) acabaram, por necessidade, admitindo outra empregada, ou seja, quando a autora obteve a alta médica, os empregadores já contavam com outra empregada doméstica e não tinham a obrigação legal de permanecer com duas empregadas ou de despedir uma trabalhadora para dar sequência ao contrato de trabalho que se encontrava suspenso***". Não há falar em similitude do caso versado no aludido precedente, envolvendo contrato de trabalho doméstico, com o caso dos autos, que cuida de contrato de trabalho firmado com agremiação desportiva de grande porte.

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

Ademais, consta do aludido precedente que "**[d]iverso seria o entendimento se a dispensa tivesse ocorrido no curso da doença**". Sucede que, no caso dos autos, **o TRT de origem não alude, em nenhum momento, à eventual remissão do câncer de próstata que acometia o reclamante no momento da dispensa.**

Nesse diapasão, entende-se que a reclamada não logrou demonstrar razão plausível e lícita para a dispensa do empregado portador de câncer de próstata. Presume-se, por conseguinte, a prática de conduta empresarial discriminatória, a atrair a incidência da tese consagrada na Súmula n.º 443 do TST.

Por todo o alinhado, conclui-se que a egrégia Quinta Turma do TST, ao afastar o caráter discriminatório da dispensa do reclamante, decidiu em contrariedade, por má aplicação, ao referido verbete sumular.

Eis as razões pelas quais **acompanhei** a Exma. Ministra Redatora designada para o acórdão, quer quanto ao conhecimento do Recurso de Embargos, por contrariedade à Súmula n.º 443 do TST, quer quanto ao mérito do apelo, no sentido de dar-lhe provimento para *"reconhecer o caráter discriminatório da dispensa do reclamante, restabelecendo o acórdão do TRT e determinar o retorno dos autos à Turma do TST, para apreciar as matérias que ficaram prejudicadas por ocasião do julgamento do recurso de revista"*, nos termos do douto voto condutor.

Brasília, 29 de junho de 2023.

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Presidente do TST