



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

TST-E-ED-RR-1001897-90.2016.5.02.0006

Embargante: HAMILTON BARROS TAVARES

Embargado: SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE

MALR/vln

VOTO DIVERGENTE

Ministro Alexandre Luiz Ramos

Trata-se de recurso de embargos em face de decisão oriunda da 5ª Turma do TST, que deu provimento ao recurso de revista do Reclamado, por má aplicação da Súmula 443/TST, quanto ao tema “dispensa de empregado portador de doença grave”, para declarar a ausência de conduta discriminatória no ato de dispensa do empregado, restabelecendo a sentença que julgou improcedentes os pedidos.

O Exmo. Ministro Relator do processo nesta SbDI-1 propõe conhecer e prover o recurso, conforme consignado na ementa abaixo transcrita:

I – AGRAVO EM EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. RECLAMANTE. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E ESTIGMATIZANTE (NEOPLASIA MALIGNA). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Ante a provável má aplicação da Súmula nº 443 do TST, aconselhável o provimento do agravo para determinar o processamento dos Embargos. Agravo a que se dá provimento.

II – EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. RECLAMANTE. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E ESTIGMATIZANTE (NEOPLASIA MALIGNA). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1 – A presunção de que a dispensa de empregado portador de doença grave ou estigmatizante é discriminatória foi uniformizada por meio da Súmula nº 443 do TST: “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”.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

2 - A SDI-1, no julgamento do processo E-ED-RR-68-29.2014.5.09.0245, ocorrido em 04/04/2019, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, concluiu que a neoplasia maligna (câncer) é doença grave que causa estigma, de modo a possibilitar a aplicação da presunção da dispensa discriminatória prevista na Súmula nº 443 do TST.

3 - Em matéria de discriminação na relação de emprego, importa notar que o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, comprometendo-se a formular e aplicar uma política nacional com a finalidade de promover “igualdade de oportunidades em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria”. Referida norma internacional conceitua em seu Art. 1º, II, o que considera discriminação em matéria de emprego e ocupação: “qualquer [...] distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado”.

4 - O ato discriminatório praticado pelo empregador fere a dignidade da pessoa humana, vai de encontro a um dos objetivos da República Federativa do Brasil, de erradicar qualquer tipo de preconceito e discriminação (arts. 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal, respectivamente) e, ainda, deixa de observar o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição Federal).

5 - No âmbito da legislação nacional, houve a positivação da Lei nº 9.029/95, com a finalidade de coibir práticas discriminatórias na relação de trabalho, inclusive relacionadas à manutenção do emprego, conforme se observa do seu 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”.

6 - Deste modo, a Súmula nº 443 do TST, ao prever que, nas hipóteses de doença estigmatizante, será do empregador o ônus de comprovar que a dispensa do trabalhador não é discriminatória, visa coibir a discriminação e proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I, da Constituição Federal), estando em sintonia com os preceitos internacionais e



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

com o compromisso internacional firmado pelo Brasil ao ratificar a Convenção nº 111 da OIT.

7 - Ademais, a Súmula nº 443 do TST também privilegia o princípio da continuidade da relação de emprego, além da distribuição do ônus da prova a partir do princípio da aptidão da prova, consagrado no art. 373, §2º, do CPC e no art. 818, §1º, da CLT.

8 - Assim, sendo incontroverso que o reclamante é portador de neoplasia maligna – doença reconhecida como estigmatizante pela SBDI-I – cabe à parte reclamada comprovar que a dispensa fundamentou-se em outro motivo, que não guarde relação direta ou indireta com a enfermidade que acomete o trabalhador. Julgados.

9 - No caso dos autos, o acórdão turmário concluiu que os seguintes fatos comprovariam a ausência de caráter discriminatório da dispensa: (i) "o reclamante ficou afastado do trabalho por 'bastante tempo', tendo o reclamado contratado outro profissional para ficar em lugar"; (ii) a dispensa ocorreu "após o fim da licença médica do reclamante"; e (iii) "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".

10 - Contudo, quanto à permissão para frequentar o local de trabalho e manutenção do pagamento de salários não exigíveis no período do afastamento, isso, por si só, não afasta o caráter discriminatório da dispensa porque tais fatos sequer guardam relação com a ruptura do pacto laboral.

11 - A prova que a Súmula nº 443 do TST demanda do empregador diz respeito à ausência de cunho discriminatório do ato de dispensar o empregado portador de doença estigmatizante, eventual ausência de tratamento discriminatório no curso do contrato não comprova a real motivação da dispensa e não elide seu caráter discriminatório.

12 - Quanto ao fato de que a dispensa ocorreu "após o fim da licença médica do reclamante", este tampouco exclui o caráter discriminatório da dispensa, pelo contrário, corrobora com a tese do trabalhador. A dispensa de um empregado, logo após o término de benefício previdenciário, é indício de que o empregador rompeu com o pacto laboral justamente pela necessidade do afastamento para tratamento de saúde, uma vez que dispensou o empregado no momento em que cessou a suspensão contratual decorrente do benefício previdenciário.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

13 - E, por fim, quanto ao argumento de que "o reclamante ficou afastado do trabalho por 'bastante tempo', tendo o reclamado contratado outro profissional para ficar em lugar", esses fatos guardam relação direta com a enfermidade do reclamante.

14 - A substituição do empregado adoecido, especialmente quando o único motivo para a contratação do substituto é a licença médica do primeiro, não afasta o caráter discriminatório, ao revés, indica que não havia intenção, por parte da reclamada, em permitir que o trabalhador adoecido retornasse ao seu posto de trabalho.

15 - A contratação de novo trabalhador, em razão da licença médica do empregado adoecido, guarda relação direta com a enfermidade do reclamante e, portanto, não comprova que sua dispensa se deu por motivo alheio à neoplasia maligna.

16 - Diante de todo exposto, conclui-se que os fatos comprovados nos autos não demonstram que a ruptura do pacto laboral decorreu de motivo alheio à enfermidade do reclamante, de modo que a Turma, ao afastar o caráter discriminatório da dispensa do reclamante, incorreu em má-aplicação da Súmula nº 443 do TST. 16 - Embargos conhecidos e providos.”

Passo à análise.

A ementa da decisão proferida pela 5ª Turma foi proferida nos seguintes termos:

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 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



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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, 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 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.

Consta do acórdão proferido pela Corte Regional e transcrito na decisão embargada:

“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.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Nessa diretriz, 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 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.) (destacou-se)



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

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.

O art. 4º da Lei nº 9.029/1995 prevê que a reintegração a que se refere o seu inciso I exige que a extinção do contrato de trabalho tenha ocorrido por motivo de prática discriminatória por parte do empregador.

Por outro lado, a Súmula nº 443 do TST assim dispõe:

"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".

Diante disso, apenas a existência de doença grave por parte do empregado não atrai automaticamente a presunção de ato discriminatório do empregador ao dispensar a Reclamante, devendo-se comprovar com critérios objetivos que a enfermidade tenha causado estigma ou preconceito no ambiente de trabalho.

Segundo consta da decisão proferida pela 5ª Turma desta Corte, assim que o Empregado comunicou, em 2012, que estava com câncer, a empresa concedeu-lhe licença remunerada com pagamento dos salários integrais, durante quarenta meses, sem qualquer contraprestação.

Nesse interim, diante da necessidade de suprir o trabalho do Reclamante, houve, inicialmente, distribuição do serviço entre os profissionais da área. Posteriormente, houve a contratação de um empregado para exercer, de fato, a função desempenhada pelo Reclamante, que era fisiologista. Após a cassação pelo INSS da aposentadoria por invalidez, e por conta de já haver outro profissional trabalhando no lugar do Reclamante e da desnecessidade de dois profissionais na mesma área, a



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Reclamada procedeu à dispensa sem justa causa, com o pagamento de todas as verbas rescisórias decorrentes.

Assim, inviável o reconhecimento de contrariedade à Súmula n.º 443 desta Corte, conforme preconizado pela decisão embargada.

Por tais fundamentos, peço vênua para apresentar **VOTO DIVERGENTE**, no sentido de negar provimento ao recurso de agravo, e, quanto ao recurso de embargos, também dele não conhecer.

Brasília, 23 de agosto de 2023.

MINISTRO ALEXANDRE RAMOS