



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

RECURSO ORDINÁRIO RO 1000847-38.2016.5.02.0003

[PARA ACESSAR O SUMÁRIO, CLIQUE AQUI](#)

Relator: NELSON NAZAR

Tramitação Preferencial
-Portador de Doença Grave

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/07/2017

Valor da causa: R\$ 37.583,63

Partes:

RECORRIDO: _____ - CPF: 373.605.648-67

ADVOGADO: DANIEL RODRIGO DIAS MONTEIRO - OAB: SP0252791

RECORRENTE: _____ TELEMARKETING DO BRASIL LTDA - CNPJ:
02.379.828/0001-28

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEADVOGADO: SIMONE RAMALHO - OAB:
SP0324813



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA
DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT N° 1000847-38.2016.5.02.0003 - 3ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: TELEMARKETING DO BRASIL LTDA

RECORRIDO: _____

ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

DISPENSA ARBITRÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. A análise do conjunto probatório coligido não autoriza o reconhecimento da dispensa arbitrária pela empresa, de forma que é cabível a reforma, para afastar a dispensa reconhecida em primeiro grau, e consequentemente a reintegração da autora e o pagamento dos salários e demais vantagens. **Recurso ordinário da reclamada a que se dá provimento, nesse aspecto.**

Inconformada com a r. sentença de origem (doc id. nº fef3cab) que julgou a ação procedente em parte, cujo relatório adoto, recorre ordinariamente a reclamada (doc id. nº 689be70), pleiteando a reforma da decisão.

Apresentadas contrarrazões pela reclamante (doc id. nº 5060992).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso ordinário, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Dispensa discriminatória

A reclamada ora recorrente alega que jamais adotou qualquer prática discriminatória, cabendo unicamente à recorrida comprovar a veracidade das mesmas, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC, bem como do artigo 818, da CLT, do qual não se desincumbiu; que quando da rescisão, a trabalhadora encontrava-se apta, sem qualquer aspecto doentio, fatos estes que, por si só, comprovam de forma inconteste que a empresa não agiu de forma discriminatória; que a pretensão em tela não prospera pelas seguintes razões: (i) ausência de prova efetiva de neoplasia maligna; (ii) aptidão da empregada ao trabalho; (iii) da inexistência de previsão legal para a estabilidade pretendida; (iv) ausência de dispensa obstativa; que o relato médico de ID. a865b93 - Pág. 1, demonstra claramente que a recorrida está sob acompanhamento ambulatorial desde 01.06.2016, sendo que a despedida ocorreu em 26.01.2016; que os documentos relativos ao INSS, demonstram que todos os pedidos são posteriores à rescisão contratual; que a própria reclamante confessa na sua petição de ingresso que no momento da rescisão contratual, havia "apenas suspeita de neoplasia maligna" (ID a460071 - Pag 3), o que atentamente deverá ser observado por esta Turma Julgadora, a rigor do que estabelecem os artigos 374, II e 389 do CPC; que apesar de constar CID relacionado a neoplasia maligna no relatório médico emitido após a demissão - o qual fica expressamente impugnado - a biopsia realizada não constatou qualquer malignidade, conforme documentos de ID nº fa28cc8 - Pág. 1, 7882399 - Pág. 4 e 6d1343e - Pág. 1.

Razão lhe assiste.

Importa, inicialmente, notar os fundamentos adotados pelo MM. Juízo a quo para condenar a reclamada:

"No caso, entendo aplicável a Súmula 443 do TST, uma vez que a neoplasia maligna pode ser enquadrada como doença estigmatizante, na forma do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88 c/c arts. 26, II, e 151 da Lei n. 8.213/91 (com redação dada pela Lei n.

13.135/2015). Assim, cabia à reclamada o ônus de provar a natureza não discriminatória da dispensa.

Ocorre que a ré não apresentou qualquer prova nesse tocante.

Com efeito, confirmo a antecipação dos efeitos da tutela e tendo sido efetivada a reintegração, não há providências a serem determinadas nesse tocante.

Condeno, ainda, a ré ao pagamento dos salários e demais vantagens (13º salário, férias com 1/3 e depósitos de FGTS) do período de afastamento, isto é, desde 27/1/2016 até 10/11/2016, data da efetiva reintegração, devendo ser desconsiderados os períodos em que a obreira permaneceu afastada em gozo do auxílio doença".

Cabe frisar que o MM. Juízo de origem, interpretando sistematicamente a legislação, entendeu que a doença alegada pela autora, ainda que o diagnóstico tenha sido confirmado após a rescisão, enquadrava-a no disposto na Súmula nº 443 do C. TST, que ora transcrevo:

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.

Todavia, analisando os documentos colacionados aos autos, constata-se que a argumentação expendida pela reclamada está correta. Isto porque, quando da rescisão contratual, ocorrida em 26/01/2016, conforme TRCT id. nº 3484fcf, a reclamante não tinha qualquer diagnóstico da doença que alega ser portadora. Os exames anteriores à ruptura contratual são a ultrassonografia da tireoíde id. nº 7882399 e os exames de sangue id. nº c27d535, que nada têm de conclusivo quanto à neoplasia.

Acrescente-se que mesmo com o aditamento, a reclamante não logrou comprovar ser portadora de tumor maligno. Ou seja, mesmo após a ruptura do vínculo empregatício, não ficou provada a moléstia alegada.

O exame anatomapatológico punção aspirativa por agulha fina de tireoíde guiada por ultrassom (id. nº 7882399 - Pág. 4), com data de 02/02/2016, informa que há "*lesão folicular de significado indeterminado ou atipias de significado indeterminado*".

A biópsia de tireóide guiada por ultrassom apresenta a hipótese diagnóstica de "*nódulo tireoidiano*" (id. nº 7882399 - Pág. 5).

No encaminhamento médico (id. nº fa28cc8 - Pág. 1), datado de 06/04/2016, consta as seguintes informações:

"DADOS CLÍNICOS DE INTERESSE

Paciente com diagnóstico em PAAF de nódulo de tireóide em lobo esquerdo de lesão folicular de significado indeterminado.

HIPÓTESE DIAGNÓSTICA

E079 - Transtorno não especificado da tireóide

CONDUTA

Avaliação e tireoidectomia (total se confirmar malignidade)"

Os únicos documentos que mencionam a neoplasia são o relatório de prescrição/evolução (id. nº fa28cc8 - Pág. 2), onde consta o código "*CID C73 Neoplasia maligna da glândula tireóide*", datado de 06/04/2016, mesma data do encaminhamento para a punção (PAAF), ou seja, quando não havia diagnóstico da doença, e o termo de responsabilidade, firmado pela própria autora (id. nº 9b6d472 - Pág. 1).

Insta ressaltar que a declaração da médica Tânia Bastos Souza (id. nº a865b93 - Pág. 1), datada de 10/10/2016, apenas informa que a autora encontra-se em "*acompanhamento ambulatorial neste hospital desde 01/06/2016 por bócio nodular atóxico (CID E04), apresenta punção aspirativa de nódulo em lobo esquerdo de padrão indeterminado. Solicito nova PAAF (punção aspirativa por agulha fina) e laringoscopia direta*", nada discorrendo acerca da suposta neoplasia.

Nesse contexto de dúvida quanto à existência ou não da malignidade do nódulo descoberto, não há como afirmar que houve dispensa discriminatória da reclamante. Ainda que houvesse prova da neoplasia, a dispensa discriminatória demandaria o conhecimento da empresa sobre a doença.

Sendo assim, não é possível a manutenção da r. sentença atacada, cabendo sua reforma, para afastar a dispensa arbitrária reconhecida em primeiro grau, e consequentemente a reintegração da autora e o pagamento dos salários e demais vantagens (13º salário, férias com 1/3 e depósitos de FGTS) do período de afastamento.

Antecipação dos efeitos da tutela

A recorrente refere que o MM. Juízo deferiu liminar para determinar a reintegração da recorrida ao quadro de funcionários, apesar de ter havido a preclusão tácita do pedido de reintegração (Id. 2a8f2d9); que a antecipação da tutela não poderia ter sido concedida já que o seu deferimento equivale ao próprio julgamento de mérito a ser proferido; que não foram preenchidos os requisitos para a concessão.

Razão lhe assiste, parcialmente.

Não se constata a propalada preclusão, tendo em vista que o aditamento foi deferido em audiência pelo MM. Juízo, sendo concedido o prazo de 10 dias para a reclamada manifestar-se, não se constatando prejuízo, portanto. Corroborando tal entendimento, há precedentes na Alta Corte Trabalhista, que ora transcrevo:

ADITAMENTO DA INICIAL APÓS A CITAÇÃO E ANTES DA APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Conforme diretriz que se extrai do artigo 794 da CLT, a declaração de nulidade no processo do trabalho está condicionada à demonstração de efetivo prejuízo. No caso, incontroverso nos autos que foi assegurada à empresa a apresentação da defesa após o aditamento. Em face dos princípios da celeridade, informalidade e da economia processual, e também porque não verificado prejuízo à defesa e garantido o contraditório e ampla defesa, não se reconhece a nulidade suscitada. Agravo de instrumento a que se nega provimento. AIRR 852-39.2010.5.02.0019 Data de Julgamento: 17/02/2016, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016.

ADITAMENTO DA INICIAL APÓS A NOTIFICAÇÃO DA RECLAMADA.

POSSIBILIDADE. A decisão regional foi proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual se firmou no sentido de que o aditamento da inicial, após a citação da Reclamada, é possível, desde que a Ré seja notificada e tenha oportunidade de se manifestar no prazo do artigo 841, caput, da CLT, caso dos autos. Recurso de Revista não conhecido. RR - 104600-77.2008.5.17.0007 Data de Julgamento: 17/02/2016, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016.

ADITAMENTO À INICIAL. OCORRÊNCIA APÓS A CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, LIV E LV, DA CF E 264 E 294, DO CPC E 796, DA CLT NÃO CONFIGURADAS. NÃO PROVIMENTO. O simples fato de o reclamante aditar a petição inicial, após a citação, por si só, não é capaz de prejudicar o direito do reclamado. AIRR - 305-20.2013.5.02.0075 Data de Julgamento: 21/10/2015, Relator Desembargador Convocado: Cláudio Armando Couce de Menezes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/10/2015.

Todavia, no que toca ao deferimento dos efeitos da tutela, em face da reforma da r. decisão de primeiro grau, a reintegração da autora deve ser afastada.

Assim, os salários do período trabalhado são devidos como contrapartida, não implicando, por óbvio, em enriquecimento sem causa. No mais, deve ser reconhecida a dispensa sem

justa causa ocorrida em 26/01/2016.

Dano moral e valor arbitrado

A recorrente entende que a não houve prova da doença alegada; que com a reintegração, não houve prejuízo à recorrida; que sempre adotou conduta específica no sentido de preservar/proteger o ambiente de trabalho e de preservar/proteger a integridade psicofísica de cada um dos seus empregados; que não havendo patologia, não há que se falar em dever de indenizar, eis que (i) não houve culpa e (ii) não há dispensa discriminatória. Pela eventualidade, entende que deve ser reduzido o valor de R\$ 5.000,00 arbitrados, bem como sejam afastados os juros e a correção ou que seja considerado como *dies a quo* para a aplicação, a data da prolação da decisão definitiva, seja sentença ou acórdão que eventualmente venham reconhecer a indenização por danos morais, a teor do disposto na Súmula 439, do C. TST.

Razão lhe assiste.

Em face da reforma da sentença de origem, é cabível a exclusão da indenização por dano moral, posto que decorria da dispensa discriminatória então reconhecida.

Reformo.

Verbas rescisórias e litigância de má fé

A recorrente sustenta que ao contrário das alegações desleais contidas na petição inicial, a autora recebeu corretamente as verbas salariais e rescisórias que fazia jus e inclusive possuía ciência disto, tanto é verdade que assinou o termo de rescisão, pelo que merece ser condenada em litigância de má fé.

Razão não lhe assiste.

Não há motivos que justifiquem, *in casu*, o reconhecimento da litigância de má-fé, já que ausentes as hipóteses previstas no art. 80 do CPC/2015.

O fato da reclamante postular verbas trabalhistas a que acredita ter direito, não configura, necessariamente, que tenha alterado a verdade dos fatos ou que houve ilegalidade em sua conduta, ou ainda, que procedeu de modo temerário.

Portanto, não há como acolher o pedido de condenação por litigância de má-fé da recorrente.

Mantenho.

IPCA-E

O pleito resta prejudicado em razão da reforma da r. decisão de primeiro grau.

Justiça gratuita

O art. 790 da CLT, com redação alterada pela Lei nº 10.537/2002, traz dois requisitos alternativos para a concessão dos benefícios da Justiça gratuita, regulamentando especificamente o instituto no âmbito da Justiça do Trabalho.

Assim, o artigo passou a mencionar expressamente que os benefícios de que trata podem ser concedidos de ofício pelo juiz àqueles que recebem salário inferior ou igual ao dobro do mínimo legal ou aos que declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo de seu sustento.

Verifico que a autora satisfez o segundo requisito, posto que juntou aos autos a declaração de pobreza (id. nº 2aae206), sob as penas da lei, informando que não possui condições de arcar com os custos do processo.

Por outro lado, a reclamada não produziu qualquer prova quanto a fato impeditivo do direito da recorrência, ônus que lhe cabia, motivo pelo qual não pode ser acolhida a presente irresignação.

Mantenho.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em conhecer e, no mérito, por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para afastar o reconhecimento da dispensa discriminatória e consequentemente a reintegração da autora, o pagamento de salários e demais vantagens do período após a rescisão contratual até a reintegração ocorrida, bem como a indenização por dano

moral; julgar a reclamação **IMPROCEDENTE**; tudo nos termos da fundamentação.

Custas em reversão pela reclamante, calculadas sobre o valor da causa, das quais fica isenta.

Presidiu o julgamento: a Exma. Desembargadora Rosana de Almeida Buono.

Tomaram parte no julgamento: o Exmo. Desembargador Nelson Nazar, a Exma. Desembargadora Mércia Tomazinho e a Exma. Desembargadora Rosana de Almeida Buono.

NELSON NAZAR
Desembargador do Trabalho Relator

m

VOTOS

SUMÁRIO

Documentos			
Id.	Data de Juntada	Documento	Tipo
9869b6c	27/09/2017 12:58	<u>Acórdão</u>	Acórdão