



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)
GMDMC/Ar/cb/sh

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA. INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 40 DO TST. OMISSÃO QUANTO A TEMA CONSTANTE DA REVISTA. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS. CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS. NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRECLUSÃO. Nos termos da nova sistemática processual estabelecida por esta Corte Superior, tendo em vista o cancelamento da Súmula n° 285 do TST e a edição da Instrução Normativa n° 40 do TST, na hipótese de omissão pelo juízo de admissibilidade do recurso de revista quanto a um ou mais temas, era ônus da reclamada impugná-lo, mediante a oposição de embargos de declaração, a fim de que o órgão prolator da decisão suprisse a omissão, sob pena de preclusão. Por conseguinte, não tendo sido opostos embargos de declaração pela reclamada em relação ao tema não apreciado pelo Regional (devolução de descontos - contribuições assistenciais), resta inviabilizada a sua análise, tendo em vista a configuração do instituto da preclusão. **2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.** A Corte Regional dirimiu a controvérsia com apoio nas provas dos autos. Assim, incide o óbice contido na Súmula n° 126/TST. Intacto o artigo 191 da CLT. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido. 3. HONORÁRIOS PERICIAIS.** A jurisprudência colacionada não serve ao fim colimado, porque inespecífica, à luz da Súmula 296/TST. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido. 4. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OBESIDADE. DOENÇA GRAVE QUE CAUSA ESTIGMA OU PRECONCEITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.** Diante de possível contrariedade à Súmula n° 443 do TST,



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

impõe-se prover o agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. **Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OBESIDADE. DOENÇA GRAVE QUE CAUSA ESTIGMA OU PRECONCEITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS** Extraí-se da Súmula n° 443 do TST que não é apenas o fato de o trabalhador possuir doença grave que atrai a presunção acerca do viés discriminatório de sua dispensa. O quadro clínico, além de grave, deve suscitar preconceito ou estigma nas demais pessoas, de modo a se presumir a discriminação em razão do próprio senso comum que permeia o tratamento social dado a determinadas doenças. Embora grave, não é possível dizer que a obesidade, por si só, é uma doença que provoque estigma ou preconceito no seio social, sobretudo porque não é contagiosa e não gera necessariamente sinais de repulsa nos seus portadores. Constata-se, portanto, o flagrante descompasso da decisão recorrida com o aludido verbete, porquanto não constatada a doença grave apta a causar estigma ou preconceito. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo n° **TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432**, em que é Agravante e Recorrente **REDE D'OR SÃO LUIZ S.A.** e Agravada e Recorrida **VALÉRIA SUZANA QUELHAS E SILVA.**

O Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, mediante decisão de fls. 630/634, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamada.

Inconformada, a reclamada interpôs agravo de instrumento, insistindo na admissibilidade da revista, às fls. 646/650.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

Foram apresentadas contraminuta e contrarrazões, respectivamente, às fls. 657/664 e 665/676.

Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do artigo 95 do RITST.

É o relatório.

V O T O

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA

I - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, **conheço** do agravo de instrumento.

II - MÉRITO

1. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA. INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 40 DO TST. OMISSÃO QUANTO A TEMA CONSTANTE DA REVISTA. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS. CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS.

Nas razões da revista, às fls. 624/626, a reclamada insurge-se contra a Corte Regional que manteve a determinação de devolução de descontos realizados a título de contribuição assistencial.

Eis a decisão proferida pela Vice-Presidência da Corte do Regional que negou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamada:

**“PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS
RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO /
REINTEGRAÇÃO/READMISSÃO OU INDENIZAÇÃO / POR
DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR/EMPREGADO
/ INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.**

Alegação(ões):



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

- contrariedade à(s) Súmula(s) n° 433 do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

- divergência jurisprudencial.

- arts. 211, inciso I, 118, 151 da Lei 8.213/91.

Sustenta que a demissão da recorrida não teve caráter discriminatório, sendo indevida sua reintegração, bem como a multa aplicada. Requer, também, a exclusão à indenização por danos morais ou caso permaneça referida indenização que seja o valor minorado, tendo em vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Consta do v. Acórdão:

A reclamada não comprovou a afirmação feita pelo preposto em audiência de que a reclamante teria sido dispensada "por não lavar as mãos nos procedimentos, ferindo as boas práticas da reclamada;" (Id. 15a0ced - Pág. 1). A propósito, a única testemunha ouvida em audiência declarou que "não sabe dizer especificamente porque a reclamante foi dispensada, mas ela lhe disse que estava com cirurgia marcada quando foi dispensada;" (Id. 15a0ced - Pág. 2).

Desta forma, competia à reclamada provar que a dispensa da empregada não ocorreu de forma discriminatória, melhor dizendo, que teria sido demitida por não ter seguido os procedimentos da ré, consoante tese defensiva e nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC de 2015, ônus do qual não se desincumbiu eficazmente.

A ré não se desincumbiu do seu ônus probatório. A empresa tinha ciência das doenças graves da autora (obesidade grau II e tumor na língua), que ainda estava em tratamento médico, inclusive com indicação cirúrgica para ambas doenças. Em outras palavras, a presunção relativa da dispensa discriminatória não foi ilidida de forma robusta por prova em contrário.

*Ressalte-se que, apesar de não haver nexo de causalidade entre as patologias (obesidade grau II e tumor na língua) e as atividades laborativas desempenhadas na ré, ou seja, ainda que não configurada a doença profissional, a dispensa ocorrida não se revestiu de validade, por flagrante e evidente conduta discriminatória empresarial. **Aplica-se plenamente ao caso analisado os termos de referida Súmula n. 443 do C. TST.***



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

A empresa deve atender à sua função social, no sentido de não só contribuir para o desenvolvimento econômico do país, senão também promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas, sobretudo a de seus empregados.

A reclamada, no período em que empregada mais precisava de auxílio, em decorrência de doenças graves (obesidade grau II e tumor na língua), em tratamento médico e com indicação cirúrgica, rescindiu o seu contrato de trabalho, quando tal conduta certamente não era a legítima; pelo contrário, foi arbitrária e discriminatória, devendo ser veementemente coibida por esta Especializada.

Ainda que a reclamante não seja portadora de doença profissional, entendo que, no caso ora analisado, as circunstâncias acima delineadas autorizam sua reintegração, seja por força do disposto na Lei n. 9.029/95, seja por aplicação da Súmula 443 do C. TST, ou, mais ainda, com supedâneo nos princípios da dignidade humana, da valorização social do trabalho e do pleno emprego, previstos na Constituição Federal.

Por configurada a conduta discriminatória e obstativa de direito, nula é a dispensa da reclamante, devendo ser reintegrada no emprego, na mesma função anteriormente exercida, ou adaptando-a em função adequada ao seu atual estado de saúde; além disso, pertinente o restabelecimento do plano de saúde, na esteira do direcionamento da sentença.

Por decorrência, devidos os salários e demais consectários entre o período de afastamento e a efetiva reintegração, tal como decidido na origem.

Saliento que a reclamante formulou claramente pedido sucessivo de recebimento de indenização substitutiva (fl. 15), ou seja, somente numa eventual impossibilidade de reintegração, o pedido subsidiário poderia ser atendido. Não cabe à reclamante optar entre a reintegração ao emprego e o recebimento da indenização em dobro, como tenta fazer crer a autora.

A reclamante não está totalmente incapacitada para o trabalho, tanto é que afirmou em depoimento pessoal que estava trabalhando (Id. 15a0ced). Como dito acima, a autora deve ser reintegrada no emprego, na mesma função anteriormente exercida, ou, caso necessário, readaptada em função compatível com seu atual estado de saúde. Na verdade, ao que tudo indica, a reclamante não tem interesse em retornar ao trabalho, pois já está



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

trabalhando, mas isso não lhe confere o direito de optar pelo recebimento de indenização substitutiva em dobro.

Por fim, restou evidente a conduta ilícita da reclamada, ao demitir a reclamante de forma discriminatória. O procedimento da ré teve amplas repercussões na vida da autora, inclusive consequências de ordem psíquica, ao privá-la do sustento quando ela mais necessitava de assistência para tratamento de sua doença, acarretando dano moral, sendo devida a indenização pertinente.

Evidencia-se, portanto, a culpa empresarial, restando formado o trinômio autorizador da responsabilidade civil subjetiva, qual seja, a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

A indenização por dano moral deve ser arbitrada tendo como premissa a justa reparação pelo dano sofrido, observada a condição pessoal e familiar do reclamante e, ainda, o caráter pedagógico no sentido de evitar repetições, quanto ao procedimento irregular do empregador. Outrossim, deve ser considerada a gravidade do dano e a condição econômica da reclamada.

Saliento que a indenização não pode ser excessiva a ponto de levar ao enriquecimento sem causa e não deve ser irrisória, de forma a não cumprir sua finalidade de inibir novas ações ou omissões dessa natureza, por parte do empregador.

Ante tais premissas, entendo adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) arbitrado na origem, motivo pelo qual não merece redução.

Não obstante as afrontas legais e constitucionais aduzidas, bem como o dissenso interpretativo suscitado, inviável o seguimento do apelo, uma vez que a matéria, tal como tratada no v. Acórdão e posta nas razões recursais, reveste-se de contornos nitidamente fático-probatórios, cuja reapreciação, em sede extraordinária, é diligência que encontra óbice na Súmula n.º 126 do C. Tribunal Superior do Trabalho.

Quanto ao valor arbitrado é insuscetível de reexame, nesta instância extraordinária, nos termos em que estabelece a Súmula n.º 126 do Tribunal Superior do Trabalho, o valor fixado, uma vez que amparado nos elementos de prova produzidos e nos princípios do livre convencimento motivado e da proporcionalidade e razoabilidade, bem como à luz da gravidade da lesão, do



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

porte financeiro do agente ofensor, da capacidade econômica e social da vítima, além do caráter pedagógico da sanção aplicada, mormente considerando, ainda, que o montante indenizatório arbitrado se revela adequado à situação descrita nos autos.

DENEGO seguimento quanto ao tema.

REMUNERAÇÃO, VERBAS INDENIZATÓRIAS E BENEFÍCIOS / ADICIONAL / ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / PARTES E PROCURADORES / SUCUMBÊNCIA / HONORÁRIOS PERICIAIS.

Alegação(ões):

- violação do(a) Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 191; artigo 611.

- divergência jurisprudencial.

Sustenta que nas diversas etapas da realização do trabalho da reclamante como Auxiliar de Limpeza, demonstram que esta não ficava exposta ao risco de insalubridade em grau máximo conforme o anexo 14 da NR 15. Requer seja excluído da condenação à suposta diferença de insalubridade e seus consectários. Por fim, pleiteia que haja redução do valor arbitrado a título de honorários periciais.

Consta do v. Acórdão:

Dessa forma, ante a ausência de prova convincente acerca do fornecimento efetivo e adequado dos EPI's, além da sua utilização pela reclamante, capaz de neutralizar a radiação ionizante à qual estava exposta a autora, outro direcionamento não poderíamos adotar senão a caracterização da insalubridade em grau máximo (40%) nas atividades exercidas pela reclamante, por exposição ao agente físico frio, nos termos do Anexo n. 9, da NR-15, da Portaria 3.214/78 do MTE.

Portanto, uma vez pago o adicional de insalubridade em grau médio durante a contratualidade - agentes biológicos -, devidas as diferenças do adicional pleiteado, com reflexos, na esteira do direcionamento da sentença.

Por fim, considerando que a reclamada é sucumbente na pretensão objeto da perícia, naturalmente deve suportar o ônus do pagamento dos honorários periciais, no valor já fixado na origem de R\$ 3.000,00 (três mil reais), ora mantido.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

Quanto ao valor fixado na sentença, não se mostra excessivo, estando adequado ao trabalho desenvolvido pelo perito, que verificou a existência ou não de insalubridade e periculosidade, além dos custos relativos à execução da prova técnica e à condição da ré. Mencionado valor é compatível com aqueles normalmente observados no âmbito da Justiça do Trabalho, para situações equivalentes a dos autos.

Apesar do inconformismo, o recurso não pode ser admitido, visto que o v. Acórdão Regional, ao analisar a matéria, baseou-se no conjunto fático-probatório dos autos, inclusive em laudo pericial e para se chegar a entendimento diverso, necessário seria o revolvimento de toda prova apresentada, fato obstaculizado pelos termos do disposto na Súmula n° 126, do C. Tribunal Superior do Trabalho.

Quanto à irrisignação da parte acerca do valor fixado a título de honorários periciais, oportuno ressaltar que o montante arbitrado ao laudo pericial e à complexidade na sua elaboração insere-se no poder discricionário do julgador, que dispõe de sua conveniência e oportunidade na análise do caso concreto, sendo, pois, matéria assente no conjunto fático-probatório e que se esgota no duplo grau de jurisdição, a teor do estabelece a Súmula n° 126 do Tribunal Superior do Trabalho, o que também inviabiliza o prosseguimento do apelo pela arguição de existência de dissenso pretoriano ou por contrariedade ao artigo 790-B da CLT.

DENEGO seguimento quanto ao tema.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao Recurso de Revista” (fls. 630/633 – grifos no original)

Conforme se depreende da decisão de admissibilidade, a Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região omitiu-se sobre o tema relativo à devolução dos descontos – contribuições assistenciais.

Ora, nos termos da nova sistemática processual estabelecida por esta Corte Superior trabalhista, tendo em vista o cancelamento da Súmula n° 285 do TST e a edição da Instrução Normativa n° 40 do TST, na hipótese de omissão pelo Juízo de admissibilidade do



PROCESSO Nº TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

recurso de revista quanto a um ou mais temas, era ônus da reclamada impugná-lo, mediante a oposição de embargos de declaração, a fim de que o órgão prolator da decisão suprisse a omissão, sob pena de preclusão.

Com efeito, o § 1º do art. 1º da Instrução Normativa nº 40 desta Corte Superior dispõe, *in verbis*:

"§ 1º Se houver omissão no juízo de admissibilidade do recurso de revista quanto a um ou mais temas, é ônus da parte interpor embargos de declaração para o órgão prolator da decisão embargada supri-la (CPC, art. 1024, § 2º), sob pena de preclusão."

Por conseguinte, não tendo sido opostos embargos de declaração pela reclamada em relação ao tema não apreciado pela Vice-Presidência do Regional (devolução dos descontos - contribuições assistenciais), resta inviabilizada a sua análise, tendo em vista a configuração do instituto da preclusão.

A corroborar o referido entendimento, cita-se o seguinte julgado desta Oitava Turma, *in verbis*:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO. 1. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. OMISSÃO QUANTO A TEMAS CONSTANTES DA REVISTA. NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRECLUSÃO. Nos termos da nova sistemática processual estabelecida por esta Corte Superior, tendo em vista o cancelamento da Súmula nº 285 do TST e a edição da Instrução Normativa nº 40 do TST, na hipótese de omissão pelo juízo de admissibilidade do recurso de revista quanto a um ou mais temas, era ônus do reclamado impugnar, mediante a oposição de embargos de declaração, a fim de o órgão prolator da decisão suprir a omissão, sob pena de preclusão. Por conseguinte, não tendo sido opostos embargos de declaração pelo reclamado em relação aos temas não apreciados pela Presidência do Regional (preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional e base de cálculo da sexta-parte), o exame do recurso de revista limitar-se-á à questão admitida (indenização substitutiva do seguro-desemprego), tendo em vista a



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

configuração do instituto da preclusão. [...]" (RR-2187-98.2011.5.02.0006, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 21/10/2016)

Nego provimento.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

Constou do acórdão regional:

“3- ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. RECURSO DA RÉ

A reclamada objetiva a reforma da decisão de piso que julgou procedente o pedido de diferenças do adicional de insalubridade e reflexos, bem como honorários periciais. Alega que a recorrida recebia adicional de insalubridade em grau médio (20%) sobre o salário mínimo, nos termos da lei e do Anexo 14, da NR 15, tendo em vista a exposição aos agentes biológicos, razão pela qual aduz que não pode prevalecer a conclusão do laudo e o direcionamento da sentença recorrida. Busca, ainda, a redução do valor dos honorários periciais arbitrados.

Verifico, inicialmente, que a reclamada não ataca os fundamentos da sentença, no sentido de que a reclamante estava exposta a radiações ionizantes, conforme NR-15 anexo 5 da Portaria n. 3214/78 da CLT (insalubridade em grau máximo - 40%); resume-se a afirmar que pagava corretamente o adicional de insalubridade em grau médio, por contato com agentes biológicos, parecendo não perceber que foram deferidas diferenças do adicional de insalubridade.

Além dos pressupostos do recurso como a legitimação, a tempestividade e o interesse, exige-se também que se observe o princípio da dialeticidade, ou seja, não basta que o recorrente pugne pela reforma da decisão, deve antes, e necessariamente, atacar os fundamentos da decisão recorrida, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

O recurso em análise revela-se infundado, no particular, haja vista a ausência de demonstração de desacerto da decisão impugnada.

Desta forma, adoto, por analogia, o entendimento já assentado no C. TST, na súmula 422, I:

RECURSO. FUNDAMENTO AUSENTE OU DEFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

I - Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida.

Os recursos trabalhistas, em sua maioria, dispensam formalidades, contudo, deve a parte recorrente, em suas razões recursais, apresentar os motivos por meio dos quais pretende a reforma do julgado, oferecendo os fundamentos do seu inconformismo em relação ao que ficou decidido, sob pena de violação ao princípio da dialeticidade.

Entretanto, a fim de que não se alegue nulidade por negativa de prestação jurisdicional, saliento que o Juiz não está vinculado à conclusão expressa no laudo e que, na condução do processo, apreciará livremente a prova, de acordo com os fatos e circunstâncias trazidas aos autos. Nesse sentido o artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015.

Na presente demanda, contudo, observa-se que o laudo pericial apresentado (Id. 74484a4), mostrou-se bem elaborado, claro, objetivo e contém os elementos necessários para atestar a existência de insalubridade (radiação ionizante - grau máximo) no local de trabalho, não havendo que se falar em reforma da decisão.

Depreende-se do referido trabalho técnico que as atividades laborativas executadas pela reclamante na função de auxiliar de enfermagem (fl. 326), dentre as quais o acompanhamento dos pacientes na sala de tomografia para realização dos exames especializados, ficando a obreira exposta a radiações ionizantes, conforme NR-15 Anexo 5 da Portaria 3214/78 da CLT.

Saliento que o vistor judicial esclareceu no laudo que a reclamada "não realiza os controles básicos para proteção do homem e do seu meio-ambiente contra possíveis efeitos indevidos causados pela radiação ionizante, conforme norma CNEM - NE - 3.01 e 3.03." (fls. 333/334), conclusão técnica não afastada por prova robusta em sentido contrário, razão pela qual deve prevalecer.

Ademais, o perito verificou por ocasião da diligência realizada o fornecimento somente de "Luva de procedimento"; esclareceu o perito que não lhe foi apresentado nem anexado aos autos as fichas de entrega dos EPI's adequados, bem como os respectivos certificados de aprovação (fl. 329). E, de fato, referidos documentos não foram colacionados pela reclamada.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

In casu, a recorrente não cumpriu as disposições previstas na NR 6, em especial, o quanto disposto na alínea "h", do item 6.6.1, ou seja, registrar documentalmente o fornecimento dos EPI's à trabalhadora, previsão existente durante a vigência do contrato.

Tal providência viabilizaria a aferição da tempestividade do fornecimento e substituição dos EPI's, bem como a análise dos respectivos certificados de aprovação emitidos pelo MTE, dentre outras finalidades.

A inexistência de prova documental acerca do fornecimento de EPI's adequados poderia ser suprida por prova técnica e testemunhal, o que não ocorreu no caso dos autos; a reclamada não produziu prova oral acerca do fornecimento e utilização de equipamentos de proteção individual por parte da reclamante.

Ressalte-se, uma vez mais, que há necessidade de verificação do adequado fornecimento do EPI, melhor dizendo, a conformidade com as especificações aprovadas pelo Ministério do Trabalho, o que só é possível mediante a análise dos Certificados de Aprovação, prejudicada diante da ausência dos recibos de entrega do EPI's.

Cumpra ao empregador fornecer os equipamentos de proteção, fiscalizar o seu uso e, ainda, comprovar o cumprimento das obrigações estabelecidas em lei, nos termos da NR 6, item "6.6.1", o que não foi observado pela reclamada:

"6.6.1 - Obriga-se o empregador, quanto ao EPI, a:

- a) adquirir o tipo adequado à atividade do empregado;
- b) fornecer ao empregado somente EPI aprovado pelo MTE e de empresas cadastradas no DNSST/MTA;
- c) treinar o trabalhador sobre seu uso adequado;
- d) tornar obrigatório o seu uso;
- e) substituí-lo, imediatamente, quando danificado ou extraviado;
- f) responsabilizar-se pela sua higienização e manutenção periódica;
- g) comunicar ao MTE qualquer irregularidade observada no EPI;



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

h) registrar o seu fornecimento ao trabalhador, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico.

Dessa forma, ante a ausência de prova convincente acerca do fornecimento efetivo e adequado dos EPI's, além da sua utilização pela reclamante, capaz de neutralizar a radiação ionizante à qual estava exposta a autora, outro direcionamento não poderíamos adotar senão a caracterização da insalubridade em grau máximo (40%) nas atividades exercidas pela reclamante, por exposição ao agente físico frio, nos termos do Anexo n. 9, da NR-15, da Portaria 3.214/78 do MTE.

Portanto, uma vez pago o adicional de insalubridade em grau médio durante a contratualidade - agentes biológicos -, devidas as diferenças do adicional pleiteado, com reflexos, na esteira do direcionamento da sentença" (fls. 575/577 – seq. 1 – grifos no original).

Nas razões da revista, às fls. 620/623, a reclamada aduz que a reclamante não tinha contato permanente, mas, sim, eventual com o agente insalubre. Assinala que a agravada utilizou todos os meios de proteção para a neutralização do risco biológico nos moldes determinados pela Portaria n° 3.214 do MTE - NR n° 6.

Ressalta, enfim, que a empregada não fica exposta ao risco insalubre de grau máximo e que ela já recebia o pagamento de insalubridade em grau médio.

Inconforma-se, pois, com a sua condenação ao pagamento das diferenças do adicional de insalubridade e, com isso, aponta violação do artigo 191 da CLT e traz jurisprudência para confronto de teses.

À análise.

A Corte Trabalhista de origem, última instância apta à aferição do contexto fático probatório dos autos, a teor da Súmula 126/TST, assentou que o laudo pericial foi contundente quanto à demonstração de que a reclamante, em seu mister, estava sujeita a radiações ionizantes, conforme NR-15 Anexo 5 da Portaria n° 3.214/78.

Consignou o acórdão: "*Na presente demanda, contudo, observa-se que o laudo pericial apresentado (Id. 74484a4), mostrou-se bem elaborado, claro, objetivo e contém os elementos necessários para*



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

atestar a existência de insalubridade (radiação ionizante - grau máximo) no local de trabalho, não havendo que se falar em reforma da decisão. (...) Ademais, o perito verificou por ocasião da diligência realizada o fornecimento somente de "Luva de procedimento"; esclareceu o perito que não lhe foi apresentado nem anexado aos autos as fichas de entrega dos EPI's adequados, bem como os respectivos certificados de aprovação (fl. 329). E, de fato, referidos documentos não foram colacionados pela reclamada".

Assim, incólume o artigo 191 da CLT.

Por fim, o único aresto trazido à colação (fl. 622) afigura-se inespecífico, nos moldes da Súmula n° 296/TST, pois não guarda as mesmas particularidades fáticas contidas na decisão recorrida, inclusive em relação à ausência de entrega de EPI's adequados à neutralização do agente insalubre.

Nego provimento.

3. HONORÁRIOS PERICIAIS.

Eis o teor da decisão:

“Por fim, considerando que a reclamada é sucumbente na pretensão objeto da perícia, naturalmente deve suportar o ônus do pagamento dos honorários periciais, no valor já fixado na origem de R\$ 3.000,00 (três mil reais), ora mantido.

Quanto ao valor fixado na sentença, não se mostra excessivo, estando adequado ao trabalho desenvolvido pelo perito, que verificou a existência ou não de insalubridade e periculosidade, além dos custos relativos à execução da prova técnica e à condição da ré. Mencionado valor é compatível com aqueles normalmente observados no âmbito da Justiça do Trabalho, para situações equivalentes a dos autos.

Mantenho” (fl. 578)

No recurso de revista, às fls. 623/624, a reclamada aduz que os honorários periciais devem ser suportados pela reclamante,



PROCESSO Nº TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

já que nada há a ser pago a título de diferenças de adicional de insalubridade.

Por outro lado, caso assim não entenda esta Corte Superior, pretende a redução dos honorários periciais, porque entende muito elevado o montante arbitrado.

Fundamenta o recurso apenas e tão somente em divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O aresto trazido a cotejo (fl. 624) é inespecífico, nos termos da Súmula nº 296/TST, porque não aborda a mesma premissa contida no acórdão regional no sentido de que o valor arbitrado não se mostra excessivo, mas sim compatível com os valores praticados no âmbito da Justiça do Trabalho.

Nego provimento.

4. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OBESIDADE. DOENÇA GRAVE QUE CAUSA ESTIGMA OU PRECONCEITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

No pertinente ao tema, assim dispôs o TRT ao examinar o recurso ordinário da reclamada:

“1- DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APRECIACÃO CONJUNTA

Segundo a tese inicial, a reclamante foi dispensada em 19/06/2015, de forma discriminatória. Afirma que, no momento da demissão, apresentava lesões no pescoço e coluna, sendo a primeira resultante de um acidente de trabalho e a segunda decorrente das atividades desenvolvida em favor da ré. Aduz também que, na época, já tinha autorização médica para cirurgia bariátrica e que também tinha cirurgia marcada para retirada de um tumor na base da língua, desde dezembro de 2014, mas que ainda não teria sido autorizada pela ré. Afirma que seu exame demissional apresentou "inaptidão" como resultado, confirmando as doenças mencionadas. Pleiteou a declaração e nulidade da dispensa e reintegração no emprego, com pagamento dos salários e demais consectários até o seu efetivo retorno ao trabalho, ou, sucessivamente, pagamento de indenização em dobro, nos



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

termos da Lei n. 9.029/95, além do restabelecimento do convênio para prosseguimento do tratamento médico, inclusive procedimentos cirúrgicos. Buscou, ainda, o recebimento de indenização por danos morais.

A reclamada, em defesa, alegou que a moléstia de coluna apontada na inicial não tem qualquer relação com o trabalho executado na ré, estando relacionada à obesidade e que, após o acidente de trabalho e afastamento do labor, a reclamante retornou normalmente às atividades, sem recidivas no pescoço, região corporal atingida no mencionado sinistro. Nega que tenha demitido a autora, de forma discriminatória, e que o próprio convênio médico não autorizou a cirurgia bariátrica. Sustentou que o tumor na base da língua era benigno e, nada obstante a indicação de retirada por cirurgia, esta era "eletiva", ou seja, poderia ser programada, sem urgência médica, razões pelas quais pugnou pela improcedência dos pedidos de reintegração, restabelecimento do plano de saúde e indenização por danos morais.

O d. magistrado de origem deferiu o pedido de reintegração no emprego, restabelecimento do plano de saúde e indenização por danos morais, este último no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Entendeu que a ré tinha plena ciência das doenças da autora quando a dispensou e que a reclamada não afastou a presunção relativa acerca da dispensa discriminatória nos termos da Súmula n. 443 do TST (Id. 5dfee4a - Pág. 2).

Pois bem. De início, ressalto que, ao contrário da tese defensiva, o fundamento dos pedidos de reintegração, restabelecimento do plano de saúde e indenização por danos morais é a suposta dispensa discriminatória, em virtude das moléstias das quais é portadora, sendo irrelevante a discussão acerca da natureza das referidas doenças, ou seja, a existência de doença profissional ou de cunho extra laboral.

A par disso, verifico da inicial que a reclamante formula pedido de reintegração ao emprego com base na Lei n. 9.029/95, que dispõe sobre práticas discriminatórias para efeitos de permanência no emprego, dentre outras, e não com base no art. 118 da Lei 8213/91. Apesar de a reclamante referir-se ao acidente de trabalho e às condições adversas de labor, no que tange à lesão do pescoço e coluna, respectivamente, os pedidos de reintegração, restabelecimento do plano de saúde e indenização por danos morais têm como causa de pedir a dispensa **discriminatória** e não a doença profissional e/ou acidente de trabalho em si.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

Feitas tais ponderações, convém mencionar, ainda, que o poder diretivo do empregador, notadamente o de rescindir os contratos de trabalho dos seus empregados, não é absoluto, encontrando limites em normas e princípios do direito trabalhista. Referido poder deve ser exercido de modo a evitar a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e discriminatórias.

Nesse passo, a Lei n. 9.029/95 é forte instrumento contra condutas discriminatórias, acobertadas pelo poder potestativo, nos termos dos artigos 1º e 4º:

"Art. 1º 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.

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 readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais."

Nessa linha de raciocínio, o C. TST, a fim de evitar o abuso no exercício do poder potestativo do empregador e, visando salvaguardar os princípios da dignidade da pessoa humana, valorização social do trabalho e manutenção do emprego, dentre outros, editou a Súmula n. 443 do C. TST, nos seguintes termos:

"443. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. (Resolução n° 185/2012, DeJT 25.09.2012)



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

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."

Assim, segundo o entendimento do C. TST presume-se discriminatória a dispensa do empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito. A presunção é relativa e, portanto, admite prova em sentido contrário.

Entretanto, na hipótese dos autos, não se trata de aplicação da referida Súmula, particularmente no que tange à lesão no pescoço e coluna. Apesar de os exames especializados apresentados pela reclamante (fls. 68/72) indicarem problema na coluna, tal doença não pode ser enquadrada no conceito de "moléstia grave", ao ponto de causar "estigma" ou "preconceito". Na hipótese, sequer foi elaborado laudo médico a fim de verificar a gravidade da doença.

Quanto à lesão no pescoço, decorrente do acidente, apesar do afastamento previdenciário, a reclamante retornou posteriormente ao trabalho e laborou por mais dois anos, sem qualquer indicação de agravamento ou novo afastamento, demonstrando que referida moléstia, se é que ainda existia na época da rescisão, não era de natureza grave, muito menos que suscitasse estigma ou preconceito, nos termos da Súmula n. 443 do TST.

Todavia, já no que **tange à obesidade**, o Relatório Médico juntado pela autora à fl. 75, emitido em 27/06/2015, portanto, no mês da rescisão contratual, indica que reclamante apresentava IMC - Índice de Massa Corporal de 37,8, o qual, de acordo com os estudos médicos, é considerado como obesidade grau II. Ainda segundo a medicina especializada, a partir do IMC 35, já há indicação de cirurgia, quando tal condição está associada a diabetes, hipertensão, apneia do sono e osteoartrose, como no caso da reclamante; a par disso, segundo mencionado Relatório Médico, a reclamante apresenta quadro de hipertensão arterial e apneia do sono, tanto é que no referido documento existe indicação expressa para realização de cirurgia bariátrica.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

Importante frisar que a obesidade, segundo os relatos médicos, é uma doença crônica que pode desencadear vários outros problemas de saúde, tais como hipertensão arterial, diabetes e disfunções respiratórias, sintomas que já afligem a reclamante, além da possibilidade de problemas psicológicos. Além da gravidade da doença, é inegável, ainda mais na cultura de nosso país, que referida moléstia suscita estigma e/ou preconceito, na acepção da Súmula n. 443 do TST acima transcrita. Irrefutável também que a reclamada tinha plena ciência do estado de saúde da obreira, fato, aliás, sequer questionado no apelo.

A par disso, o documento de fls. 79/80, emitido pela própria reclamada em 16/06/2015, portanto, três dias antes da demissão, indica também proposta médica para realização de cirurgia bariátrica, que acabou sendo prejudicada em virtude da rescisão contratual e cancelamento do plano de saúde.

Ademais, os documentos médicos trazidos aos autos às fls. 90/98 e 230/231 comprovam que a reclamada também é portadora de um tumor na base da língua, e, da mesma forma, havia indicação cirúrgica na vigência do contrato. Ao contrário dos argumentos defensivos, não há qualquer demonstração de que o referido tumor era benigno; aliás, no documento de fl. 231, emitido e trazido pela própria ré, está consignado que a reclamante é portadora de "tumor de língua recidivante", ou seja, houve o retorno da atividade da aludida doença, demonstrando a sua gravidade.

A reclamada não comprovou a afirmação feita pelo preposto em audiência de que a reclamante teria sido dispensada "por não lavar as mãos nos procedimentos, ferindo as boas práticas da reclamada;" (Id. 15a0ced - Pág. 1). A propósito, a única testemunha ouvida em audiência declarou que "*não sabe dizer especificamente porque a reclamante foi dispensada, mas ela lhe disse que estava com cirurgia marcada quando foi dispensada;*" (Id. 15a0ced - Pág. 2).

Desta forma, competia à reclamada provar que a dispensa da empregada não ocorreu de forma discriminatória, melhor dizendo, que teria sido demitida por não ter seguir os procedimentos da ré, consoante tese defensiva e nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC de 2015, ônus do qual não se desincumbiu eficazmente.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

A ré não se desincumbiu do seu ônus probatório. A empresa tinha ciência das doenças graves da autora (obesidade grau II e tumor na língua), que ainda estava em tratamento médico, inclusive com indicação cirúrgica para ambas doenças. Em outras palavras, a presunção relativa da dispensa discriminatória não foi ilidida de forma robusta por prova em contrário.

Ressalte-se que, apesar de não haver nexo de causalidade entre as patologias (obesidade grau II e tumor na língua) e as atividades laborativas desempenhadas na ré, ou seja, ainda que não configurada a doença profissional, a dispensa ocorrida não se revestiu de validade, por flagrante e evidente conduta discriminatória empresarial. Aplica-se plenamente ao caso analisado os termos de referida Súmula n. 443 do C. TST .

A empresa deve atender à sua função social, no sentido de não só contribuir para o desenvolvimento econômico do país, senão também promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas, sobretudo a de seus empregados.

A reclamada, no período em que empregada mais precisava de auxílio, em decorrência de doenças graves (obesidade grau II e tumor na língua), em tratamento médico e com indicação cirúrgica, rescindiu o seu contrato de trabalho, quando tal conduta certamente não era a legítima; pelo contrário, foi arbitrária e discriminatória, devendo ser veementemente coibida por esta Especializada.

Ainda que a reclamante não seja portadora de doença profissional, entendo que, no caso ora analisado, as circunstâncias acima delineadas autorizam sua reintegração , seja por força do disposto na Lei n. 9.029/95, seja por aplicação da Súmula 443 do C. TST, ou, mais ainda, com supedâneo nos princípios da dignidade humana, da valorização social do trabalho e do pleno emprego, previstos na Constituição Federal.

Por configurada a conduta discriminatória e obstativa de direito, nula é a dispensa da reclamante, devendo ser reintegrada no emprego, na mesma função anteriormente exercida, ou adaptando-a em função adequada ao seu atual estado de saúde; além disso, pertinente o restabelecimento do plano de saúde, na esteira do direcionamento da sentença.

Por decorrência, devidos os salários e demais consectários entre o período de afastamento e a efetiva reintegração, tal como decidido na origem.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

Saliento que a reclamante formulou claramente pedido sucessivo de recebimento de indenização substitutiva (fl. 15), ou seja, somente numa eventual impossibilidade de reintegração, o pedido subsidiário poderia ser atendido. Não cabe à reclamante optar entre a reintegração ao emprego e o recebimento da indenização em dobro, como tenta fazer crer a autora.

A reclamante não está totalmente incapacitada para o trabalho, tanto é que afirmou em depoimento pessoal que estava trabalhando (Id. 15a0ced). Como dito acima, a autora deve ser reintegrada no emprego, na mesma função anteriormente exercida, ou, caso necessário, readaptada em função compatível com seu atual estado de saúde. Na verdade, ao que tudo indica, a reclamante não tem interesse em retornar ao trabalho, pois já está trabalhando, mas isso não lhe confere o direito de optar pelo recebimento de indenização substitutiva em dobro.

Por fim, restou evidente a conduta ilícita da reclamada, ao demitir a reclamante de forma discriminatória. O procedimento da ré teve amplas repercussões na vida da autora, inclusive consequências de ordem psíquica, ao privá-la do sustento quando ela mais necessitava de assistência para tratamento de sua doença, acarretando dano moral, sendo devida a indenização pertinente.

Evidencia-se, portanto, a culpa empresarial, restando formado o trinômio autorizador da responsabilidade civil subjetiva, qual seja, a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

A indenização por dano moral deve ser arbitrada tendo como premissa a justa reparação pelo dano sofrido, observada a condição pessoal e familiar do reclamante e, ainda, o caráter pedagógico no sentido de evitar repetições, quanto ao procedimento irregular do empregador. Outrossim, deve ser considerada a gravidade do dano e a condição econômica da reclamada.

Saliento que a indenização não pode ser excessiva a ponto de levar ao enriquecimento sem causa e não deve ser irrisória, de forma a não cumprir sua finalidade de inibir novas ações ou omissões dessa natureza, por parte do empregador.

Ante tais premissas, entendo adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) arbitrado na origem, motivo pelo qual não merece redução.

Mantenho” (fls. 568/573 – grifos apostos e no original)



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

No recurso de revista, às fls. 617/620, a reclamada alega que a demissão da reclamante não teve caráter discriminatório, já que não teve nenhuma vinculação com as enfermidades da empregada.

Pondera que a agravada não conseguiu comprovar as suas alegações e que a reintegração, por motivo de discriminação, mantida por aquele órgão julgador, deve ser revista por este Tribunal Superior do Trabalho.

Ressalta, de outra parte, que a doença de que padece a reclamante não é considerada grave, na esteira do que estabelece a Súmula n° 443 do TST e também conforme previsão contida no artigo 151 da Lei n° 8.213/91.

Indica afronta aos artigos 21, I, e 118 e 151, da Lei n° 8.213/91 e contrariedade à Súmula n° 443 do TST. Traz jurisprudência para cotejo de teses.

Ao exame.

O Tribunal *a quo* presumiu discriminatória e abusiva a dispensa da reclamante, porque detentora de diagnóstico de obesidade, patologia que o Regional considerou grave e causadora de estigma ou preconceito, nos moldes da Súmula n° 443/TST.

Extraí-se do referido verbete jurisprudencial que não é o fato de o trabalhador possuir doença grave que atrai a presunção acerca do viés discriminatório de sua dispensa. O quadro clínico, além de grave, deve suscitar preconceito ou estigma nas demais pessoas, de modo a se presumir a discriminação em razão do próprio senso comum que permeia o tratamento social dado a determinadas doenças.

É o caso, por exemplo, da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), citada pela própria Súmula n° 443/TST, do lúpus (Ag-E-ED-RR - 4408-09.2010.5.02.0000), do alcoolismo (RR - 1070-93.2014.5.09.0872), entre outras, conforme entendimento dessa Corte Superior.

Embora grave, não é possível dizer que a obesidade, por si só, é uma doença que provoque estigma ou preconceito no seio social, sobretudo porque não é contagiosa e não gera necessariamente sinais de repulsa nos seus portadores.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

Constata-se, portanto, o flagrante descompasso da decisão recorrida com o aludido verbete, visto que não constatada a doença grave apta a causar estigma ou preconceito.

Diante da possível contrariedade à Súmula n° 443/TST, **dou provimento** ao agravo de instrumento a fim de destrancar o recurso de revista.

Encontrando-se os autos suficientemente instruídos, propõe-se, com apoio no artigo 897, § 7º, da CLT, o julgamento do recurso na primeira sessão ordinária subsequente à publicação da certidão de julgamento do presente agravo, reatuando-o como recurso de revista, observando-se, daí em diante, o procedimento a ele relativo.

B) RECURSO DE REVISTA

I - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos comuns de admissibilidade, examinam-se os específicos do recurso de revista.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OBESIDADE. DOENÇA GRAVE QUE CAUSA ESTIGMA OU PRECONCEITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Conforme consignado por ocasião da análise do agravo de instrumento, o recurso de revista deve ser conhecido por contrariedade à Súmula n° 443/TST.

Conheço do recurso por contrariedade à Súmula n° 443/TST.

II - MÉRITO

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. OBESIDADE. DOENÇA GRAVE QUE CAUSA ESTIGMA OU PRECONCEITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 443/TST, a consequência lógica é o seu provimento.



PROCESSO N° TST-ARR-1000162-39.2015.5.02.0432

Dou provimento ao recurso de revista para excluir da condenação a indenização por dano moral e a determinação de reintegração da reclamante no emprego e também no plano de saúde, bem ainda para extirpar do *decisum* os consectários legais, atinentes ao pagamento de salários, férias com 1/3, 13^{os} salários e FGTS. No mais, mantém-se o julgado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: a) **conhecer** do agravo de instrumento e **dar-lhe parcial provimento**, apenas quanto ao tema "Dispensa discriminatória. Obesidade. Doença grave que causa estigma ou preconceito. Indenização por danos morais"; para determinar o processamento do recurso de revista, a ser julgado na primeira sessão ordinária subsequente à publicação da certidão de julgamento do presente agravo de instrumento; e b) **conhecer** do recurso de revista, por contrariedade à Súmula n° 443 do TST, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para excluir da condenação a indenização por danos morais e a determinação de reintegração da reclamante no emprego e também no plano de saúde, bem ainda para extirpar do *decisum* os consectários legais, atinentes ao pagamento de salários, férias com 1/3, 13^{os} salários e FGTS.

Brasília, 25 de abril de 2018.
Dora Maria da Costa

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

DORA MARIA DA COSTA
Ministra Relatora