

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. ÔNUS DA PROVA. REINTEGRAÇÃO/INDENIZAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDAS. Revela-se reprovável a prática do empregador que, apesar de ciente do câncer que acometeu o autor, resolveu dispensá-lo sem justa causa, após quase três décadas de labor em prol do empreendimento. Essa atitude confronta com os princípios constitucionais que proíbem a discriminação e que valorizam o trabalho e protegem a dignidade da pessoa. Nesse caso, o autor tem direito à reintegração/indenização pelo equivalente, ainda que não haja expressamente na legislação dispositivo que garanta a estabilidade no emprego, pois caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória, desvencilhando-se o autor do encargo probatório que lhe competia na dicção do artigos 818 da CLT e 333, I do CPC. Inteligência do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III da CF/88, o qual se sobrepõe à própria inexistência de dispositivo legal prevendo a estabilidade no emprego considerando o papel no ordenamento jurídico dos princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade (arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal). Sentença que se mantém.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSOS ORDINÁRIOS**, provenientes da **05ª VARA DO TRABALHO DE LONDRINA**, sendo recorrentes **BANCO BRADESCO S.A. e LUCIO OMAR MORETTI** e recorridos **OS MESMOS**.

I - RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de fls. 361-373, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Alexandre Augusto Campana Pinheiro, que acolheu parcialmente os pedidos, recorrem as partes.

Por meio do recurso ordinário de fls. 374-383, o reclamado requer a reforma da sentença quanto aos seguintes itens: doença não ocupacional, dano moral, redução do valor da indenização e procedência da ação de consignação em pagamento.

Custas recolhidas à fl. 389. Depósito recursal efetuado à fl. 388.

Contrarrrazões apresentadas pelo autor às fls. 392-407.

Por meio do recurso ordinário de fls. 408-418, o reclamante pleiteia a reforma da sentença quanto aos seguintes itens: doença ocupacional, honorários advocatícios e dispensa discriminatória.

Contrarrrazões apresentadas pela ré às fls. 421.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho ante a desnecessidade de seu pronunciamento.

II - FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** dos recursos ordinários interpostos, assim como das respectivas contrarrrazões.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO

1. Doença não ocupacional

Insurge-se o reclamado em face da r. sentença que determinou a reintegração do reclamante concretizando o direito à vida, à saúde e os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato de trabalho. A despeito da inexistência de norma legal prevendo a estabilidade do trabalhador portador de câncer, registrou o MM. Juízo de Primeiro Grau que *"as provas produzidas permitem concluir que o Banco reclamado, mesmo depois de cientificado acerca da doença do autor, optou por dispensá-lo, inobservando que o trabalhador já se encontrava com a saúde bastante frágil, ou seja, inapto para o labor no momento da ruptura contratual, pois se encontrava e ainda "encontra-se totalmente e definitivamente incapacitado para o trabalho devido ao seu Câncer de intestino", conforme conclusão pericial (fl. 39 - grifei)."*

Destaca o reclamado a ausência denexo causal entre a alegada doença e o trabalho realizado, culpa do empregador, ato ilegal e de informações ou prova sobre o estado de saúde atual do autor. Afirma não ter havido ofensa à Súmula 378 do C. TST diante da ausência de liame de causalidade entre a patologia do reclamante e o seu trabalho em prol do banco. A seu ver, *"A doença a que o Recorrente é ou era portador --- inexistente prova nos autos do estágio da atual enfermidade --- não impediria a rescisão contratual."* Entende que *"não é possível presumir que o Recorrente tinha ciência do estado de saúde do Recorrido baseado apenas no fato de que o Gerente Regional comparecia à agência cerca de uma vez por mês. Tampouco de que o considerável emagrecimento do Recorrido (60 quilos) fosse determinante para se presumir que estava doente e de que se tratava de doença grave."* Alega que não existe no ordenamento jurídico, garantia ou estabilidade no emprego em hipótese de doença grave, não sustentando a condenação com base nos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso XXII, e 170, inciso III, da Carta Magna, e artigo 421, do Código Civil e que tendo sido a doença diagnosticada em 07.07.2012 e a dispensa em 26.09.2012, *"evidência clara de que a dispensa não tem origem em ato ilícito do empregador."* Salieta que *"A decisão recorrida se amparou no "ouviu dizer" das testemunhas para presumir que o Recorrente tinha ciência do estado de saúde" e que "não há como inferir que por meio dos exames periódicos de fls. 229/237 o empregador tenha tomado ciência da doença do Recorrido. Isso porque a conclusão do Juízo a quo é estatuída de amparo probatório, uma vez que apenas o último exame periódico, emitido em 08.08.2012 (fl. 237), foi realizado após o diagnóstico e o Recorrente foi dispensado em 26.09.2012."* Entende que não se deve presumir que o autor tenha comentado ao médico do trabalho de sua doença, não sendo lícito exigir do empregador a prova negativa de fato. Afirma não

estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Requer a reforma da r. sentença para reconhecer a litude da ruptura contratual e afastar a reintegração ao emprego, por ausência de ato ilícito realizado pelo empregador. Correta a r. sentença.

Para que se reconheça a estabilidade provisória decorrente do acidente de trabalho, em princípio, é necessário que tenha havido o afastamento do serviço por prazo superior a quinze dias e a percepção do auxílio-doença-acidentário, salvo a exceção trazida pela Súmula 378 do C. TST.

Entretantes, consigno que a presente hipótese não é de estabilidade provisória no emprego, para os fins do artigo 118 da Lei 8213/91, em razão do que restou concluído no laudo pericial. Na espécie, discute-se a possibilidade de o empregador levar a efeito a dispensa sem justa causa, considerando que o reclamante está em tratamento de um câncer no intestino.

Vigora no nosso sistema jurídico trabalhista a regra máxima de que o empregador tem o direito potestativo de dispensar qualquer empregado sem que esteja obrigado a motivar seu ato, regra que vale inclusive para aqueles que tenham permanecido afastados por doença e/ou tenham idade avançada. No entanto, ainda que o poder diretivo do empregador permita a dispensa, não se trata de poder absoluto e não pode ser exercido com abuso.

A alegação de dispensa discriminatória por tais motivos deve ser devidamente comprovada. Assim, era do reclamante o ônus de provar o caráter discriminatório da sua dispensa. Desse encargo o autor se desvencilhou a contento.

O reclamante informou na inicial que está em pleno tratamento de câncer e que a patologia foi diagnosticada em julho de 2012. Alegou que o reclamado sabia do seu frágil estado de saúde, que comunicou a gerência regional em março de 2012, quando descoberta a doença e se iniciou o tratamento e também em agosto de 2012, após a realização de novos exames e a confirmação do diagnóstico já mencionado (fl. 7). Em defesa, o reclamado sustentou a legalidade da dispensa e quanto à existência de doença do trabalho, disse que o autor jamais se queixou de qualquer sintoma ou doença (fl. 162) e que consta em todos os atestados ocupacionais a aptidão para o labor, "*ficando desde já impugnada a afirmação de que o reclamado possuía conhecimento da suposta doença ocupacional do reclamante no momento da rescisão contratual.*" Destacou que o reclamante não se afastou por tempo superior a 15 dias, não recebeu auxílio doença acidentário e que não havia qualquer empecilho para a resolução contratual. As partes não foram ouvidas.

A única testemunha do reclamante, sr. Antonio Ribeiro de Oliveira, disse que:

"1) que trabalha para o réu desde 1988; 2) que ainda se encontra em atividade; 3) o depoente trabalha como Caixa, na agência Tiradentes; 4) que não sabe dizer com exatidão a data em que o autor se afastou dos serviços; 5) que o banco dispensou o autor, mas não sabe dizer por qual motivo; 6) que ouviu através de outros funcionários que o autor estava com câncer; 7) que a notícia circulou pelo banco 3 ou 4 meses antes da demissão do autor; (...) 8) que não sabe dizer se funcionários hierarquicamente superiores ao autor sabiam que ele se encontrava doente; 9) que o autor era o gerente geral da agência; 10) que no período mencionado, o autor, que era obeso, emagreceu bastante; 11) que o gerente regional visitava agência em média de uma vez ao mês. REPERGUNTAS DA PARTE RECLAMADA: 12) que a única alteração física que podia evidenciar algum problema de saúde foi o emagrecimento. Nada mais."

A única testemunha do réu, sr. Alan Denizard Gonçalves, afirmou que:

"1) que trabalha para o réu desde 12/2005; 2) que atualmente trabalha na agência da Av. Tiradentes; 3) que exerce a função de gerente de PAB; 4) não sabe dizer o motivo da dispensa do autor; 4) que o depoente ouviu boatos na agência de que o autor estava doente quando foi dispensado; 5) que ouviu comentários a respeito antes mesmo da dispensa; 6) que o autor passou a demonstrar estado de bastante irritação; 7) que diante de tal comportamento os funcionários da agência solicitaram intervenção da diretoria no assunto; 8) que ficou sabendo que o autor, junto aos diretores, disse que não estava doente; 9) que na mesma época mencionada na resposta 6, pode dizer que o autor também emagreceu um pouco; SEM REPERGUNTAS DA PARTE RECLAMADA. SEM REPERGUNTAS DA PARTE AUTORA.

Da análise dos depoimentos testemunhais, infere-se que nenhuma das duas testemunhas pôde dizer com exatidão o motivo da dispensa do reclamante, mesmo porque foi sem justa causa. Todavia, dúvida não há de que era de conhecimento de todos o estado de saúde do reclamante, até mesmo da diretoria. A própria testemunha do reclamado aduziu que diante do comportamento irritado do reclamante os seus colegas solicitaram intervenção da diretoria. Somado ao comentário geral, destaca-se o seu intenso emagrecimento. Ainda que os exames periódicos tenham revelado estar o reclamante apto ao labor, fato é que no momento da rescisão contratual o reclamado foi formalmente cientificado do estado de saúde do seu empregado e mesmo assim insistiu na rescisão contratual.

Em resposta ao quesito de número 20 assim redigido "Se Exmo. Perito fosse médico do trabalho do banco daria ao reclamante totalmente apto no exame demissional? , o sr. perito aduziu (fl. 331):

"Observa-se na folha 54 dos autos que o diagnóstico de câncer de intestino se deu em Julho de 2012. O autor foi desligado em Setembro de 2012. Como médico do trabalho afirmo que nunca daria apto em exame demissional em uma pessoa com um diagnóstico de uma doença tão grave, que iniciaria tratamentos médicos muitas vezes dolorosos e fatigantes. Ao estudarmos o significado do trabalho para o ser humano, encontramos que o mesmo têm clara influência na estruturação da personalidade e estabelecimento da identidade de cada um. O trabalho influencia, ao longo do tempo, as aspirações e o estilo de vida e coloca-se entre as atividades mais relevantes e, de alguma maneira, firma-se como a principal fonte de significados na constituição da vida daqueles que o exercem em atividades formais ou informais.

De acordo com Nicolete e Vilela, na perspectiva psicológica, o trabalho é uma categoria central no desenvolvimento do conceito de si mesmo e uma fonte de auto-estima.

Ao perder o emprego muitas pessoas ficam desorientadas e desestruturam-se emocionalmente. Em suma, o trabalho é um forte elemento na construção da pessoa que convive bem consigo mesma, acredita em si e sente-se digna.

Não encontro nenhuma justificativa plausível para a insensibilidade da empresa ter demitido o autor , no início de tratamento de uma doença grave , incapacitante e muitas vezes mortal".

A Constituição Federal traz em seu bojo alguns princípios basilares: princípio da dignidade humana (art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), da igualdade (art. 5º, caput), da proteção do emprego contra a dispensa abusiva ou sem justa causa (art. 7º, I), da valorização do trabalho humano (art. 170), da função social da propriedade (art. 170, III), dentre outros. O *caput* do art. 170 revela que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por objetivo assegurar ao homem a existência digna. Ainda, o princípio da proteção do emprego contra a dispensa abusiva ou sem justa causa (art. 7º, I) veda a dispensa arbitrária, a qual se caracteriza (dentre outros casos) pelo término do contrato motivado por um fator de discriminação.

A respeito da dispensa discriminatória, dispõe a Recomendação 111 da OIT:

"Artigo 1º. Para os fins desta Recomendação, o termo "discriminação" inclui:

- toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão;
- qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha o efeito de anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão que possa ser especificada pelo País-membro em causa, após consulta com organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e com outros órgãos pertinentes."

A Lei n.º 9.029/1995 assim dispõe sobre o assunto:

"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."

Com efeito, a dispensa discriminatória deve ser veementemente combatida. José Affonso Dallegrave Neto leciona que "a dispensa abusiva é caracterizada pela violação da própria regra permissiva; "in casu" quando o empregador excede o seu abstrato direito potestativo de dispensa para dissimular, em concreto, um execrável ato de discriminação ou qualquer lesão a direito fundamental do empregado-cidadão". (DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: LTR, 2007. p. 346).

Deve ser relativizado o direito potestativo de dispensa, pois a garantia de o autor se manter no emprego está ligada à preservação de sua dignidade, em concretização aos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico vigente e não apenas considerando hipóteses de estabilidade previstas em lei. O espírito do legislador, que se preocupou em proteger a saúde do trabalhador e evitar a sua dispensa arbitrária quando inabilitado para obter nova colocação profissional, aliado a toda a construção doutrinária e jurisprudencial, diante do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não autoriza reputar justa a conduta do reclamado na espécie.

A Declaração da OIT Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998 reafirma a importância de algumas de suas convenções, como sendo indispensáveis na concretização do trabalho decente, dentre as quais está a que trata da eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. A discriminação do empregado que adoce, mesmo quando a doença não está relacionada ao trabalho, não é compatível com o trabalho decente. O trabalho decente é aquele que ocorre em condições de equidade, especialmente no tratamento das questões de gênero e raça, mas também de vários outros critérios discriminatórios, especificados na Convenção nº 111 da OIT, ou que o Estado em particular queira especificar (como a discriminação em razão das doenças graves, crônicas e degenerativas). O Brasil ratificou a convenção 111 da OIT, que é complementada pela recomendação 111.

Não fosse o bastante, também pelo ordenamento jurídico interno não se pode convalidar a dispensa do autor, ainda que a sua doença não seja de origem ocupacional. Seu estado de saúde impede a rescisão contratual, diante da quase absoluta impossibilidade prática de obter nova colocação profissional na situação em que se encontra. O valor social do trabalho e a função social da empresa levam à conclusão de que o autor inequivocamente estará desamparado, sem condições de subsistência adequadas, exatamente no momento em que mais precisa. Sobre a força normativa dos princípios, invoca-se o disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 126 do CPC e também o art. 8º da CLT.

Sobre o tema, registro a lição extraída do excerto do acórdão proferido pelo C. Tribunal Superior do Trabalho nos autos PROCESSO Nº TST-RR-4408-09.2010.5.02.0000, de relatoria do Exmo. Ministro Alexandre Agra Belmonte, lavrado em 08.08.2013:

"Conforme bem assentado pelo Exmo. Ministro Maurício Godinho Delgado, a Constituição Federal colocou a pessoa humana no ápice do Estado Democrático de Direito. Mesmo considerando os custos do funcionamento do sistema, a Carta Magna, por incentivar a livre iniciativa, equilibra e compensa os custos com uma série de vantagens para as empresas.

Nos dizeres de S. Exª. O Ministro Maurício Godinho, a pessoa com doença grave não pode ser dispensada, pois isso é o que emana da Constituição Federal e pode ser observado pelos princípios da valorização do trabalho e do emprego, justiça social, subordinação da propriedade a sua função socioambiental e bem-estar individual e social, entre tantos outros. Inúmeros princípios constitucionais ficariam esvaziados se um caso como o dos autos não tivesse uma solução concreta.

Nem se alegue afronta ao disposto no art. 5º, II da CRFB/88, pois o direito à reintegração no emprego decorre da nulidade da despedida. O art. 9º da CLT estabelece que "*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*".

No caso, o ato discriminatório, levado a efeito pela demandada, classifica-se como nulo, porquanto colide com princípios de todo o ordenamento jurídico trabalhista, não podendo ser cancelado por esta Especializada.

Ocorre que, após a distribuição dos autos ao Exmo. Juiz Revisor (fl. 433), em 10.11.2014, veio aos autos a notícia de que o reclamante veio a óbito em 06.08.2014 (fl. 436), o que inviabiliza a reintegração deferida em Primeiro Grau.

Assim, com base no art. 496 da CLT e na Súmula 396 do C. TST e conforme pedido à fl. 23, converto a reintegração em indenização equivalente. São devidos à parte autora os salários do período compreendido entre a data da despedida e o óbito, observando-se nessa condenação os reajustes convencionais e todos os benefícios incorporados ao seu contrato de trabalho à época da dispensa ilegal, bem como de todos os benefícios convencionais, além do 13º salário, do terço constitucional e FGTS relativo ao período de afastamento ilegal, a partir de 26.09.2012 (fl. 47) até o óbito, excluídos os períodos cobertos por auxílio-doença (acidentário ou não).

Mantenho a liberação do depósito de fl. 266 em favor do reclamado e/ou dos procuradores constituídos no presente caderno processual, pois referente ao aviso prévio (proporcional) indenizado retido nos autos ConPag 10338-2012-664-09-00-0 (fls. 159 e seguintes).

O contrato de trabalho se extinguiu a partir do óbito, não havendo que se falar em pagamento de aviso prévio.

Ainda, a Secretaria deverá adotar as providências necessárias para liberar a multa compensatória de 40% do FGTS já depositada em favor do espólio, nos termos do art. 20 da Lei 8036/90.

A retificação da CTPS pelo reclamado quanto ao término do contrato de trabalho deve observar a data do óbito, qual seja, 06.08.2014.

Fica prejudicada a determinação quanto à manutenção do plano de saúde ante o falecimento noticiado.

2. Dano moral

Consta da r. sentença:

"(...)Prosseguindo, em face do descaso do Banco réu para com o reclamante, que depois de mais de 27 anos de prestação de serviços e num momento de grande fragilidade física e psicológica (diante do diagnóstico e tratamento de uma doença tão agressiva e, muitas vezes, fatal), foi simplesmente dispensado dos quadros funcionais, impõe-se a reparação pelos danos morais sofridos, pois flagrante a ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

José Aguiar Dias, in Da Responsabilidade Civil, Editora Forense, 9ª Edição, Volume 2, Página 730, afirma que o dano moral "... não é dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor, o mais largo significado. ... Dano moral consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam."

No caso, ficou caracterizado o erro de conduta do empregador ao dispensar o obreiro doente; a ofensa a um bem jurídico, qual seja, o transtorno emocional experimentado pelo autor em razão da conduta patronal, com evidente ofensa à dignidade do trabalhador; e a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado, conforme esclarecido acima.

Prosseguindo, importante ideia jurídica, trazida à lume especialmente por meio de construção doutrinária, tem defendido que não há como se cogitar de prova no dano moral, já que a dor física e o sofrimento emocional não são demonstráveis.

Esse posicionamento doutrinário, o qual este Juízo se filia, dispensa a prova em concreto do dano moral, por entender tratar-se de presunção absoluta, ou iure et de iure.

Destarte, não precisa o empregado comprovar nos autos que se sentiu ofendido ou humilhado com a atitude desonerante do empregador, visto a desnecessidade - e, muitas vezes, a impossibilidade - de efetiva demonstração do dano moral alegado. Trata-se de uma reação humana, que acontece com todos. É o id quod plerumque do direito romano, ou seja, aquilo que geralmente acontece.

Desta forma, o arbitramento é por excelência, o critério de indenizar o dano moral, aliás, o único possível, em face da impossibilidade de avaliar matematicamente o pretium doloris.

Na esteira desse entendimento, Ieciona Washington de Barros Monteiro, in Curso de Direito Civil, Editora Saraiva, 26ª Edição, Volume 5, página 414, verbis: "inexiste, de fato, qualquer elemento que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, fixando-o numa soma em dinheiro".

A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudente que leve em conta a necessidade de, com aquela quantia, satisfazer a dor do trabalhador e dissuadir de igual e novo atentado o autor da ofensa.

Considerando-se a conduta do empregador; o sofrimento pelo qual passou o autor; a extensão subjetiva e temporal dos fatos; entendo razoável a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)."

O reclamado entende indevida a indenização por danos morais deferida, pois não tinha ciência do estado de saúde do autor. Nega ter existido descaso com o trabalhador, tanto que proporcionou a manutenção do plano de saúde até junho de 2013. Assevera que a prova pericial demonstrou que a tendinopatia de que o autor é portador não tem ligação com o labor em prol do reclamado e que "Já o fundamento contido na sentença para amparar a nulidade da dispensa, não se sustenta e mesmo se mantida, por si só, não estão identificados os requisitos da responsabilidade civil para justificar a reparação por danos morais." Afirma que "Não existe mal causado, por atitude contrária ao direito praticada pelo Recorrente." Destaca que o dano não foi comprovado pelo autor. Pede a reforma da decisão para afastar a reparação por danos morais. Insiste não ter violado qualquer direito personalíssimo do empregado, tampouco invadiu sua intimidade e vida privada. Sucessivamente, requer a redução do valor arbitrado para um patamar razoável, de maneira razoável e proporcional (artigos 944, 945, 953 e 954 do Código Civil) com a ofensa.

Correta a r. sentença.

O supedâneo para a condenação ao pagamento por dano moral encontra-se Constituição Federal e no Código Civil. Assim, no art. 5º, inciso V da CF, estabelece-se que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e, no inciso X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

De seu turno, no *caput* do art. 927 do CC, está previsto que "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Do ato ilícito, então, tratam os artigos 186 e 187 do CC, ao estatuírem, respectivamente, que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" e que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

A rigor, fora os casos de que trata o parágrafo único do art. 927 do CC, "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", nos dispositivos do Código Civil transcritos estão consubstanciados os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, cuja detecção, em cada caso concreto, autoriza a condenação à indenização do dano moral: o próprio dano, o ato (comissivo ou omissivo) e o nexo de causalidade ou relação de causa e efeito entre dano e ato.

Flagrante o abuso do direito potestativo no ato da empresa consistente na dispensa arbitrária e discriminatória do autor. O obreiro, devido ao seu estado de saúde, decorrente do tratamento do câncer, não tinha a menor condição física e psíquica de procurar uma nova colocação empregatícia. Sem o seu emprego, ficou privado do instrumento de afirmação de sua dignidade como ser humano no plano da sociedade atual. O Judiciário Trabalhista não pode admitir que o ser humano trabalhador seja tratado como coisa que, quando apresenta uma dificuldade qualquer, que tem potencialidade para torná-lo menos produtivo, ou menos adequado às expectativas do empregador, seja descartado sumariamente, doente, sem condições de recolocação, após vinte e sete anos de trabalho em benefício do empregador, como se fosse um equipamento defeituoso ou obsoleto.

Presente o ato ilícito, posto que o reclamado ofendeu o princípio da não-discriminação e o direito à dignidade do trabalhador, além de agredir sua esfera íntima, causando-lhe angústia e tirando a sua paz de espírito, num momento tão difícil de sua vida. Inequivocos, pois, os danos morais suportados pelo obreiro em decorrência da conduta da ré.

Sobre o valor do trabalho na vida do homem, transcrevo a lição do Exmo. Ministro Maurício Godinho Delgado, in Princípios de direito individual e coletivo do trabalho, 3ª ed., São Paulo: LTR, 2010, p. 31 a 34:

"A valorização do trabalho é um dos princípios cardeais da ordem constitucional brasileira democrática. Reconhece a Constituição a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social.

A centralidade do trabalho na vida pessoal e comunitária da ampla maioria das pessoas humanas é percebida pela Carta Magna, que, com notável sensibilidade social e ética, erigiu-a como um dos pilares de estruturação da ordem econômica, social, e, por consequência, cultural do país.

Sabidamente, detetou a Constituição que o trabalho, em especial, o regulado, assecuratório de certo patamar de garantias ao obreiro, é o mais importante veículo (senão o único) de afirmação comunitária da grande maioria dos seres humanos que compõem a atual sociedade capitalista, sendo, desse modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da Democracia na vida social.

À medida que Democracia consiste na atribuição de poder também a quem é destituído de riqueza - ao contrário das sociedades estritamente excludentes de antes do século XIX, na História -, o trabalho assume o caráter de ser o mais relevante meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza e de outros meios lícitos de seu alcance. Percebeu, desse modo, com sabedoria a Constituição a falácia de instituir a Democracia sem um correspondente sistema econômico-social valorizador do trabalho humano. (...)

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e até mesmo ética. É óbvio que não se trata do único veículo de afirmação econômico-social da pessoa física prestadora de serviço, uma vez que, como visto, o trabalho autônomo especializado e valorizado também tem esse caráter. Mas, sem dúvida, trata-se do principal e mais abrangente veículo de afirmação socioeconômica da ampla maioria das pessoas humanas na desigual sociedade capitalista.

Por tais razões, a correta leitura constitucional do princípio da valorização do trabalho conduz à noção de valorização do trabalho regulado, o qual, no capitalismo, confunde-se, basicamente, com o emprego. Nesse quadro é que melhor se compreende a postura constitucional de, no contexto da regulação da "Ordem Econômica e Social (Título VII), no capítulo regente dos "Princípios Gerais da Atividade Econômica", ter fixado como princípio "a busca do pleno emprego" (art. 170, VIII)."

Irrelevante a ausência de nexo causal entre a tendinopatia de que o autor é portador com o labor, na medida em que a indenização deferida pelo MM. Juízo de Primeiro Grau refere-se à dispensa injusta e discriminatória do reclamante. O fato de ter mantido o plano de saúde do reclamante não afasta a ilicitude de sua conduta, pois apenas o fez em cumprimento às disposições

convencionais da categoria, como afirmado à fl. 177.

Pelo exposto, mantenho o dever de indenizar.

Sobre o *quantum indenizatório*, no meu sentir, não merece reparo a r. sentença. O valor é imensurável por critérios puramente matemáticos, pois não há como provar a intensidade de um sentimento que é próprio de cada pessoa, razão pela qual se considera, para sua quantificação, o fato ocorrido, a gravidade do dano causado, a condição social da vítima, a situação econômica da ré, o grau de culpa desta, bem como a dupla finalidade da indenização: de confortar a vítima pelo sofrimento e desestimular a ré a praticar ilícitos da mesma natureza.

Dessa maneira, o valor da indenização não pode constituir sanção irrisória ao causador do dano nem implicar enriquecimento sem causa para a vítima. Nesta linha, entendo razoável o valor fixado na Origem, de R\$ 150.000,00 considerando o porte econômico do reclamado e os longos vinte e sete anos de serviços prestados, além da gravidade do comportamento ilícito do empregador e do dano causado.

Ante o exposto, mantenho.

3. Procedência da ação de consignação em pagamento

O reclamado requer a procedência dos pedidos constantes dos Conpag 10338-2012-664-09-00-0, como consequência do pedido de reforma referente à reintegração, declarando a eficácia liberatória dos valores depositados naqueles autos, modificando a sentença para extinguir o pedido, com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC. Esclarece que "Por ter declarado nula a rescisão, a sentença julgou improcedente o pedido de eficácia liberatória, dos valores consignados no TRCT, conforme petição inicial da Ação de Consignação em pagamento, cujos autos estão reunidos a estes."

Mantida a r. sentença quanto à nulidade da dispensa, convertendo a reintegração deferida pelo MM. Juízo de Origem em indenização equivalente, nada a reparar no que tange à ação de consignação em pagamento proposta pelo demandado.

RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DO AUTOR

1. Doença ocupacional

Relatou o autor na petição inicial que foi admitido em 12.07.1985 como escriturário e que, em 26.09.2012, recebeu aviso prévio de rescisão do seu contrato de trabalho. Aduziu que nos vinte e sete anos trabalhados em prol do reclamado, desempenhou funções que envolveram digitação constante e movimentos repetitivos, sendo que, em grande parte deste período, o labor se deu em mobiliários inadequados e desenvolvendo cargas exageradas de trabalho, o que resultou em dores em seus ombros, braços e mãos, consequências de doença adquirida em razão do labor exercido para o reclamado. Relatou que, no dia 03.10.2012, recebeu o diagnóstico de tendinopatia grave com calcificação, inclusive confirmado em exame clínico e RM, o que levou à sua incapacitação para o trabalho por 120 dias. Explicou que, diante de tal situação, o sindicato de sua categoria se recusou a homologar a rescisão de seu contrato de trabalho e emitiu o respectivo CAT em face da doença profissional atestada. Ademais, citou estar em pleno tratamento de câncer, doença esta diagnosticada em 07.07.2012. Acrescentou que "O reclamado tem plena ciência do frágil estado de saúde do reclamante, que comunicou a gerência regional o seu estado de saúde em março de 2012, quando descoberta a doença e se iniciou o tratamento, e também em agosto de 2012, após a realização de novos exames e a confirmação do diagnóstico já mencionado." Asseverou que "em face do atestado médico que estabeleceu um afastamento mínimo de cento e vinte dias, e do acidente de trabalho (artigos 19 e 20 da lei 8213/91) constatado pelo INSS, o contrato de trabalho do reclamante está suspenso, não podendo o mesmo ser rescindido (art. 471 CLT), sendo considerado o trabalhador em licença, nos termos do artigo 476 da CLT e 63 da lei 8213/91". Requereu a declaração de nulidade de sua dispensa ante o seu precário estado de saúde e considerando a integração do aviso prévio no tempo de serviço, defendendo ser detentor de estabilidade provisória prevista no art. 118 da Lei 8213/91. Postulou a concessão de tutela antecipada para determinar a sua imediata reintegração considerando que o seu trabalho é fonte de subsistência de sua família e que o seu atual estado de saúde necessita de acompanhamento médico constante, o que ficará inviabilizado pela falta do plano de saúde, acaso tenha rescindido o seu contrato de trabalho. Enfatizou que no seu atual estado de saúde, ou seja, no momento mais delicado de sua vida, dificilmente iria reunir condições para enfrentar e conseguir emprego em tão competitivo mercado de trabalho. Pleiteou o pagamento de indenização por danos morais considerando que "(...)demitir um funcionário que serviu as necessidades do reclamado por mais de vinte e sete anos, logo na época da vida em que o mesmo mais precisa de um plano de saúde, de tranquilidade para se tratar, é sem dúvida uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho. É fácil no caso verificar a imensa agonia em que está vivendo o reclamante. Sim, por que agora que está doente, incapacitado para o trabalho, não tem emprego, plano de saúde, e terá sua renda diminuída em muito.", além de indenização por danos materiais, prevista nos artigos 944 e 950 do Código Civil.

Na decisão de fls. 131/132, o MM. Juízo de Primeiro Grau acolheu em parte o pedido de tutela antecipada nos seguintes termos:

"(...) Se por um lado a documentação apresentada pelo reclamante revela a constatação pela Previdência Social de incapacidade laborativa decorrente de doença relacionada ao trabalho, decisão esta proferida ao apreciar pedido de reconsideração do trabalhador, efetuado em 19.10.2012, provavelmente não produzida ou agravada exclusivamente após seu desligamento do emprego, não permite inferir, com absoluta precisão, a condição de incapacidade do reclamante por ocasião de sua dispensa, a fim de autorizar o deferimento da presente medida. Porém, considerando ainda o fato de portar o autor tumor carcinóide (fl. 54), recentemente diagnosticado, mostra-se evidente a debilidade do obreiro no momento da rescisão contratual, e a ausência de condições físicas e psicológicas para buscar, tampouco ingressar em novo ofício, mostrando-se acentuadamente descabida neste contexto a implementação de rescisão imotivada de um contrato de trabalho, sobretudo de tão longa duração, como no caso em análise.

É evidente a necessidade de ratificar, mediante perícia médica judicial, a associação dos problemas de saúde indicados nos relatórios médicos acostados com a peça vestibular ao trabalho desenvolvido em prol do réu especialmente ante a ausência de indicativos com relação ao afastamento do reclamante de suas atividades laborativas em decorrência da tendinopatia descrita nos atestados médicos e, por corolário, de percepção de auxílio-doença acidentário no curso contratual. Porém, como o trabalhador necessita reativar o plano de saúde, haja vista os sérios problemas de saúde enfrentados, cujo tratamento e acompanhamento são imprescindíveis, considerando a aparente relação de causalidade da tendinopatia com o trabalho prestado à ré, determino a manutenção pela parte reclamada do plano de saúde oferecido ao reclamante até o deslinde contratual, até ulterior determinação, assim comprovando, no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária, a ser suportada pelo réu, no valor equivalente a 1/80 avos do último salário auferido pelo autor, lançado no termo rescisório (R\$8.951,65), por dia de descumprimento.

No mais, quanto à reintegração do reclamante ao emprego, entendo que o caso concreto exige análise exauriente, pois o benefício previdenciário foi postulado somente após o rompimento do enlace, e não demonstrou efetiva comunicação anterior da doença ao ex-empregador, apenas ao sindicato no dia da homologação rescisória. Desta feita, e tendo em vista a projeção do auxílio previdenciário do autor, entendo necessário averiguar, em profundidade, e não apenas em Juízo de verossimilhança, os contornos da doença, o seu surgimento e o nexos causal com o trabalho prestado ao réu. Por outro lado, destaco a inexistência de óbice para que o reclamado espontaneamente providencie o imediato retorno do reclamante ao trabalho, caso não seja prorrogado o auxílio previdenciário concedido ao trabalhador, para a execução de tarefas compatíveis com seu estado de saúde, aproveitando-se do trabalho do reclamante, inegavelmente de altíssima qualidade, sobretudo em razão dos fortes indícios de portar o obreiro doença ocupacional adquirida durante a prestação de serviços vertida a seu favor."

Em defesa, o reclamado afirmou que o autor exerceu a função de gerente geral de agência desde 2000, negando a execução de serviços de digitação constante e movimentos repetitivos. Negou também onexo causal. Ressaltou a ausência de queixas por parte do autor e de apresentação de atestados médicos. Completou que "(...) só tomou conhecimento das supostas dores do reclamante quando da homologação da rescisão, na qual o reclamante se negou a assiná-la, bem como de receber as verbas rescisórias. Neste mesmo sentido, o reclamado não tinha conhecimento do reclamante estar se submetendo a tratamento de tumor carcinóide, vez que nunca apresentado qualquer atestado ou mesmo informado o empregador de forma verbal sobre a existência de tal doença, sendo impugnadas as alegações de que o obreiro tinha comunicado ao gerente regional quanto a estar se submetendo a tratamento para a doença acima." Ajuizou Ação de Consignação em Pagamento para exercer seu direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho. Defendeu a legalidade da dispensa pois quando realizada o autor estava apto do ponto de vista físico e mental. Asseverou ser indevida a estabilidade pleiteada pois "a rescisão operou-se de fato em época que o reclamante não se encontrava percebendo qualquer espécie de auxílio-doença do INSS." Destacou que o reclamante nunca gozou de licença médica no curso da relação empregatícia, ou seja, não se registrou qualquer afastamento por doença ocupacional, o que "tem relevante importância para o caso sub judice, na medida em que as doenças ocupacionais alegadas na parte expositivas da exordial têm natureza de moléstia continuada, sendo, seus sintomas, verificados paulatinamente, e não de forma repentina, sem qualquer evidência precedente.

Assim decidiu o MM. Juízo *a quo*:

" (...) No caso dos autos, o perito médico constatou a inexistência de doença ocupacional em relação à patologia em ombros (tendinopatia calcificante).

Transcrevo algumas passagens do laudo (fls. 325/328):

(...)

Na verdade, embora presentes alguns riscos ergonômicos na atividade exercida pelo reclamante, as condições de trabalho eram boas e, diferentemente do que foi alegado na exordial, o perito não constatou repetitividade nos serviços executados, vez que a digitação era intermitente e proporcionava pausas espontâneas e micropausas para descanso no curso da jornada laboral, conforme informações colhidas durante a averiguação das atividades obreiras no Banco reclamado (fl. 323).

Acrescento que não obstante a insurgência do obreiro quanto ao laudo pericial, em sua manifestação de fls. 342/347 a parte sequer trouxe outros elementos de convicção - pois, inobstante as dores causadas pela doença que acomete o reclamante, não se pode olvidar que a patologia não guarda qualquer relação com as atividades desempenhadas em favor do empregador -, de sorte que prevalece a conclusão pericial, inclusive quanto ao diagnóstico da doença (tendinopatia calcificante), cabendo ressaltar que o documento de fl. 57 foi devidamente analisado pelo Expert (fl. 322).

Importante registrar que o fato de o autor ter recebido auxílio-doença acidentário posteriormente à dispensa não prejudica a conclusão acima, porque restou provado a doença não tem origem ocupacional. Vale dizer, o bem jurídico tutelado é a condição do trabalhador acidentado, não a existência de uma formalidade previdenciária.

Ademais, esclareço que o nexotécnico epidemiológico é dirigido à Previdência Social e, ainda, enseja presunção "juris tantum" (relativa), ou seja, admite a produção de provas em sentido contrário.

Colhe-se da jurisprudência:

NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO - PRESUNÇÃO "JURIS TANTUM" - A presunção de nexode causalidade entre as patologias listadas e o ambiente laboral, de acordo com as disposições constantes do art. 21-A da Lei nº 8.213/91, é dirigida ao INSS, que através de sua perícia médica, com base na incidência estatística da moléstia em relação a determinadas atividades, irá considerar a patologia como decorrente das condições de trabalho, criando, de fato, uma presunção legal, todavia, restrita à seara administrativa, sem vincular o Poder Judiciário. Assim, necessário observar que tal presunção, apesar de legal, não deixa de ser relativa, podendo, portanto, ser infirmada por prova em sentido contrário. (TRT 09ª R. - RO 29535/2008-015-09-00.8 - 1ª T. - Rel. Ubirajara Carlos Mendes - DJe 25.03.2011, p. 249)

"In casu", o trabalho muito bem elaborado pelo profissional médico nomeado nos autos elide a presunção relativa referente ao nexoe epidemiológico previdenciário.

Portanto, não comprovado o nexocausal ou concausal entre a patologia obreira (em ombro) e o labor desempenhado em favor do empregador, resolvo julgar improcedentes os pedidos de nulidade da rescisão contratual, reintegração no emprego, pagamento das verbas referentes ao período de afastamento e indenização compensatória, decorrentes da suposta estabilidade provisória no emprego por motivo de doença ocupacional.

Pelos mesmos motivos, rejeito os pleitos de pagamento de indenização por danos materiais e morais, lucros cessantes, tratamento médico (e/ou outros procedimentos necessários) e manutenção do plano de saúde, todos embasados na doença ocupacional."

Recorre o reclamante. Insiste ser portador de doença ocupacional, destacando ter trabalhado para o banco por mais de vinte e sete anos, tendo exercido praticamente todos os cargos existentes no âmbito do empregador, sempre envolvido em trabalhos que envolviam digitação. Alega que até hoje sofre com dores em seus ombros, braços e mãos, tendo sempre tomado medicação para tratamento. Discorda da conclusão do sr. perito dizendo que "não trabalhou um ano ou dois para o recorrido, mas sim, quase três décadas, e por certo, enfrentou situações de trabalho bem piores da que foi verificada na perícia que se realizou agora." Saliencia que o sr. perito reconheceu ter melhorado o mobiliário e que antigamente era mais fácil desenvolver a doença. Diz que "Impressiona no caso a pretensão do Sr. Perito, o qual contrariando a maior base de dados existente sobre o assunto no país, que é o INSS, a opinião do assistente técnico do recorrente que é Doutor em Ortopedia e de outros médicos peritos, opina que a Tendinopatia que sofre o recorrente não é decorrente do trabalho." Impugna a assertiva do sr. perito de que a tendinopatia tem causa desconhecida, indagando como "o Perito não sabe a causa da tendinopatia, mas sabe que não é decorrente do trabalho"? Destaca que foi alterada a lista B do anexo II do decreto 3048/99, para incluir a tendinite calcificante do ombro, exatamente a mesma diagnosticada pelo seu assistente técnico. Afirma que a sua patologia tem como causas posições forçadas, gestos repetitivos e ritmo de trabalho penoso, "ou seja, tudo o que o recorrente vivenciou em seu contrato de trabalho". Cita o Enunciado 42 da primeira Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho que trata do nexotécnico epidemiológico e transcreve decisões que reconheceram a ligação entre a tendinopatia e o trabalho. Pede a reforma para que a doença ocupacional relatada na perícia seja considerada como ocupacional, eis que decorrente do trabalho desenvolvido por quase três décadas para o recorrido, bem como seja declarada a nulidade da rescisão contratual, a ocorrência de acidente de trabalho e a consequente estabilidade do obreiro decorrente do acidente verificado. Pretende também o pagamento de indenização por dano moral decorrente do acidente de trabalho.

Ao exame.

Segundo a regra do art. 7º, inciso XXVIII, da CF/88, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais além de outros que visem a melhorar a sua condição de vida, "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregado, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa".

De acordo com o entendimento desta Eg. Terceira Turma, a responsabilidade civil decorrente do acidente de trabalho é com maior frequência de natureza subjetiva, exigindo prova de que o empregador não concorreu para o sinistro mediante ato (ação ou omissão) doloso ou culposo em qualquer grau. Incumbe ao empregado provar nexocausal entre o acidente e ao empregador que não concorreu com culpa ou dolo para o dano alegado (art. 159 do CC/1916; arts. 186, 187 e 927 do CC/2002).

Destarte, o dever de indenizar do reclamado passa pela caracterização da existência de dano, nexode causalidade e culpa. Preenchidos os mencionados requisitos, o empregador é responsável pelos danos causados a seu empregado, salvo se forem

constatadas circunstâncias excludentes da responsabilidade, como o caso fortuito ou de força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

O acidente de trabalho é aquele decorrente do exercício de labor a serviço da empresa, conforme se extrai do artigo 19, da Lei 8.213/91, in verbis:

Art. 19. Acidente do Trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que causa a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Nos termos do artigo 20 da Lei 8.213/91 a doença ocupacional é a produzida ou desencadeada pelo exercício de trabalho peculiar, conforme relação elaborada pelo MTE. Já a doença do trabalho é a adquirida ou desencadeada em virtude de condições especiais em que o trabalho é realizado.

O aviso prévio de fl. 47 data de 26.09.2012 e à fl. 48 consta declaração do sindicato nos seguintes termos: "(...) esta entidade se recusou a realizar a pretendida homologação, posto que o citado empregado apresentou documentação médica representada por atestados, informando que se encontra incapacitado para o trabalho, com indícios de doenças ocupacionais, já tendo sido, inclusive, realizada a abertura de CAT (...). Ademais, informa-se que o ex-empregado foi diagnosticado há aproximadamente 6 meses com tumor carcinóide no cólon e reto (câncer). Informa-se, ainda, que a cópia dos atestados médicos, laudos clínicos ora apresentados e cópia da abertura da CAT, também foram entregues neste ato ao representante do banco."

A Comunicação de Acidente de Trabalho foi juntada à fl. 49, fazendo menção à data de 03.10.2012. Consta comprovação do recebimento de auxílio doença acidentário (espécie B 91) a partir de 19.10.2012 (fl. 62) e até 03.05.2013 (fl. 262).

O documento de fl. 302 revela concessão de auxílio previdenciário de 03.10.2012 a 04.02.2013 e de 12.03.2013 a 03.05.2013.

Determinada a realização de perícia médica à fl. 277, consignou o expert à fl. 325:

"02) Do ombros

Refere dores há bastante tempo, mas nunca foi ao médico, onde pedia apenas orientação para os médicos clientes do banco e tomava medicação por conta própria. Depois da demissão procurou o Dr Eden que realizou os exames que estão no processo e faz tratamento fazendo fisioterapias e tomando uma fórmula de medicamentos. Relata que a situação está instável, mas está melhor.

O exames mostram TENDINOPATIA CALCIFICANTE nos tendões com sinais de migração intra-óssea desta calcificação

Na tendinopatia calcárea ocorre formação de depósito de cálcio no interior do tendão do manguito rotador, sendo que o tendão do supra-espinal é o mais acometido.

A incidência na população varia entre 2,7 a 20%, sendo assintomática na maioria dos casos. Ocorre geralmente entre 30 a 60 anos e é mais freqüente em mulheres. A causa é ainda desconhecida.

A fisiopatologia da tendinite calcárea pode ser dividida em três estágios distintos:

a) pré-calcificação: início da formação dos depósitos de cálcio;

b) calcificação: subdividida em fase de formação e fase de reabsorção, sendo que a primeira, apresenta cálcio com aspecto de "giz" e a segunda, apresenta cálcio com aspecto de "pasta de dente", sendo a fase que mais provoca dor;

c) pós-calcificação: ocorre reabsorção da calcificação.

A doença não é de origem ocupacional!!!

Colocando uma pá de cal na questão, na análise das atividades da parte autora não existe risco ergonômico para ombros."

Transcrevo respostas aos quesitos do reclamado:

"1. O reclamante teve diagnosticada alguma doença osteomuscular ou de outra natureza no período em que laborou no banco reclamado? Em caso afirmativo, qual foi esta doença?

Não, seu diagnóstico foi posterior

2. Existem nos autos exames complementares comprobatórios do diagnóstico, que tenham sido realizados no período em que o reclamante estava laborando para o réu? Em caso positivo, queira relacioná-los, especificando a data e o resultado de cada um deles.

Não, seu diagnóstico foi posterior

3. Em razão desta doença, se submeteu o reclamante a tratamento médico durante o período em laborou no banco reclamado? Se positiva a resposta, desde quando e qual a natureza do tratamento instituído?

Não, seu diagnóstico foi posterior. (...)

15. Quais as principais diferenças profissiográficas entre as funções exercidas pelo reclamante no banco réu e as de um digitador, especialmente no que se refere à natureza do trabalho, ao conteúdo e diversidade de tarefas, à necessidade de atendimento ao público, à demanda de raciocínio e análise intelectual e à exigência do número de toques por hora.

Não era digitador

16. O reclamante laborou como digitador no banco reclamado ou apenas utilizava o computador como uma de suas ferramentas de trabalho, alternando o seu uso com outras atividades?

Não era digitador"

Concluiu o sr. perito à fl. 328:

"Não há risco ocupacional nos trabalhos da parte autora para desenvolvimento de doenças em ombros, cotovelos, e punhos. Não há trabalho com digitação intensiva em teclados (intensive keyboard use) como nos digitadores. A digitação é intermitente e proporciona pausas espontâneas e micropausas."

E à fl. 334:

"De acordo com as explicações no interior do laudo, concluímos que a parte autora não apresenta doença de origem ocupacional e não tão pouco agravada pelo trabalho."

É certo que, nos termos do art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. Contudo, vale ressaltar que o juiz não possui conhecimentos técnicos para avaliar pessoalmente a existência de doença relacionada ao trabalho, razão pela qual se vale de perito especialista e imparcial. Havendo laudos de profissionais especialistas indicando a inexistência de nexo causal entre a moléstia e o trabalho, tal prova somente poderia ser desconsiderada em face de robustos elementos de prova em sentido contrário, o que não é o caso dos autos.

O reclamado concordou integralmente com as conclusões do perito judicial quanto ao diagnóstico atribuído ao reclamante e a ausência de nexo causal ou concausal entre sua doença e as funções que desempenhou no Banco Réu (fl. 351).

Em sua manifestação ao laudo, o autor limitou-se a alegar que (fls. 342 e seguintes):

"(...) Em 26.09.2012, cerca de seis meses após o reclamado ser comunicado de que o reclamante estava com câncer e três meses após comprovado diagnóstico de fls. 54 a 56, o reclamado pretendeu rescindir o contrato de trabalho do reclamante.

Observe, Ilustre Julgador, que o reclamante que na ocasião da perícia tinha um peso de 65 quilos, perdeu 60 quilos neste período, ou seja, diminuiu seu peso pela metade. (...)

Concluindo, revela-se claramente com a perícia que houve no caso do reclamante despedida discriminatória por parte do empregador, o que é inclusive presumido, nos termos da Súmula 443 do Colendo TST.

O médico perito frisa que NUNCA daria o reclamante como apto em exame demissional, e que NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA

PLAUSÍVEL PARA A INSENSIBILIDADE DA EMPRESA que demitiu o reclamante.

Logo, pelo que restou demonstrado com a perícia, sequer chega a ser razoável a versão do reclamado de que o reclamante não teria comunicado da doença. Isto por que o reclamante perdeu a metade de seu peso, o que é impossível de não ser notado.

Além do mais, o reclamante serviu aos propósitos do empregador por mais de vinte e sete anos, e, após o diagnóstico de câncer foi demitido ???

Evidente, portanto, que não há coincidência alguma, mas sim, dispensa discriminatória do empregado por parte do empregador."

Sobre a doença profissional alegada, aduziu que *"foi detectada sim no obreiro. Tanto isto é verdade que o próprio INSS afastou o reclamante por auxílio doença acidentário (B91), ou seja, por doença relacionada ao trabalho."* Acrescentou seu assistente técnico: "Nos dados profissiográficos do reclamante reconhece que o mesmo teve uma longa e difícil carreira no reclamado como caixa, chefe de serviço (que no réu faz todas as funções) tenha carregado malotes em uma caminhonete não hidráulica cujo câmbio era duro. Gerente de agência a partir de 2001 com as mais diferentes funções conforme o porte da agência e não como é afirmado pelo próprio que sempre foi gerente e fez tudo parecer um mar de rosas para o autor.

Da doença do trabalho do ombro confunde absurdamente tendinite calcárea em que a deposição calcíca e pó de giz e pasta de dente e são auto resolutivas, com tendinopatia crônica calcificante que a calcificação está há tanto tempo que conforme a ressonância magnética conseguiu fazer erosão na cortical óssea, ou seja em uma parte em que o osso é extremamente duro só se permitindo perfurar com brocas metálicas e perfuradeiras, no caso perfurou e migrou "intra óssea" que na descrição do perito sorrateiramente pulou esta parte do laudo, a ressonância que está na pág. 57, portanto chamo a atenção de vossa excelência para detalhes que como este vão surgir tentando diminuir a gravidade das patologias que o reclamante tem.(fls. 345/346)"

A impugnação do autor ao laudo pericial não é suficiente para infirmar as conclusões do sr. perito. Não se nega a longa carreira do reclamante. Todavia, o fato de ter dirigido caminhonete não hidráulica de "câmbio duro" não foi relatado na petição inicial como causa de sua patologia. Ainda que assim não fosse, consta do laudo pericial à fl. 323 que o reclamante "Refere que no ano de 2003 tinha o banco postal e por tal motivo tinha que dirigir uma caminhonete cujo cambio era dura. Este fato aconteceu apenas no ano de 2003". Admitir a alegação do autor como causa de sua patologia implica reconhecer que todo motorista de veículo não hidráulico desenvolveria essa doença. Ademais, o fato ocorreu por um período demasiado curto, o que enseja a conclusão de que não foi a causa do mal que acomete o reclamante.

Conforme relato da petição inicial, desde o ano de 2000 que o reclamante não trabalhava exclusivamente com digitação, pois passou a desempenhar a função de subgerente/gerente. Reforça a minha convicção quanto à correção do laudo pericial o fato de que se a doença tivesse nexos causais com o labor, teria se manifestado em data anterior, quando a digitação era intensa.

Consta da impugnação "Gerente de agência a partir de 2001 com as mais diferentes funções", ou seja, sem a predominância da digitação em sua jornada, o que também corrobora a ausência de liame causal entre o labor e seu estado de saúde.

Ademais, a decisão proferida pela autarquia previdenciária não vincula esta Justiça Especializada, que pode decidir os pedidos de reintegração e indenizações a partir do exame de outros elementos existentes nos autos, à luz do disposto no art. 131 do CPC. Porém, nem mesmo de acordo com o INSS se pode ter certeza do nexos causais. Isso porque no campo "considerações" do laudo médico pericial, elaborado pelo médico Jurandi Canuto de Medeiros, datado de 18.10.2012, consta:

"Segurado em tratamento de dores em ombros iniciado em 03/10/12 e lesão de intestino informado pelo assistente como sendo neigna, alegado limitações articulares. **Apresentou CAT porém as lesões descritas em exames de imagens apresentados são crônicas e não compatíveis com a data da patologia informada como sendo do trabalho (03.10.2012). Embora existam imagens de caráter degenerativo em exames apresentados,** conforme exame físico não incapacidade para as atividades habituais" (sic), grifei.

No campo "considerações" do laudo médico pericial elaborado pelo médico Marcelo Belinati Martins, datado de 22.03.2013, consta: *"Trabalhou por 27 anos em Banco (...) após ser demitido passou a acompanhar com médico ortop. por problemas em ombro bilateral (alega que quando trabalhava, em fç da jornada de trabalho, não tinha condições de fazer o tto adequado - sic). Apesar do requerente não estar exercendo atualmente a atividade laborativa que exerceu por toda a vida, era essa sua função habitual, e, a meu ver, fazendo-se a correlação entre a patologia e sua atividade profissional habitual, ele não está em condições momentâneas de exercê-la, necessitando de um tempo maior para dar continuidade ao tratamento proposto. Está atualmente em tratamento medicamentoso e fisioterápico - sic. (...) o requerente está inapto temporariamente a exercer suas atividades laborais (...)."* E no campo "considerações" do laudo médico pericial elaborado pelo médico Alexsandro Koiki, datado de 10.10.2013, consta: *"Periciando desempregado há um ano, apresenta história de dor em artde ombro esquerdo com manobras negativas para ambos os ombros. Apresenta história de câncer de reto sob remissão no momento. No momento pode exercer atividades que não demandem carga em art de ombros. Indefiro pedido de benefício.* Nesses laudos também não vejo elementos para infirmar a conclusão do sr. perito.

A alegação de que a opinião do sr. perito é contrária ao posicionamento do INSS, à opinião do assistente técnico do recorrente que é Doutor em Ortopedia e de outros médicos peritos também não socorre a reforma pretendida considerando que carece o assistente técnico do autor de isenção de ânimo, não tendo prestado compromisso perante o Juízo. Assim, salvo em caso de fragilidade da prova pericial, o laudo do assistente prevalece, diante de seu caráter unilateral. Ademais, esse Juízo não logrou encontrar a opinião de outros médicos peritos nos presentes autos a confirmar as alegações do reclamante.

Destaco que todos os documentos juntados pelo reclamante relativos à doença que o acometeu estão datados de 2012 (fls. 50 e seguintes), o que também vulnera sua alegação de que a sua doença fora causada pelas condições de trabalho, porquanto se as dores nos ombros e braços fossem tão intensas como alega, certamente teria a comprovação dos procedimentos médicos e receituários anteriores a 2012. Se "antigamente era mais fácil desenvolver a doença", a seu ver, evidente que deveria ter algum documento sobre o seu estado de saúde antes de 2012. Em contrapartida, os ASOs de fls. 221/237 não revelam nenhuma queixa ou inaptidão, não podendo ser desconstituídos pela impugnação genérica de fl. 258 pelo reclamante.

Sobre o nexos técnico epidemiológico, dispõe o art. 21-A da Lei 8213/91:

"A perícia médica do INSS caracterizará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento."

Na espécie, não se aplica a presunção relativa operada pelo NTE porque a perícia foi clara no sentido de que doença do reclamante não teve vínculo causal com a execução do contrato de trabalho. Não há que falar em julgamento por presunção quando há prova nos autos. Não é demais lembrar que o Juízo não está vinculado quando verificado nexos técnico epidemiológico de que trata o §3º, do art. 337, do Decreto nº 6.042 de 12/02/2007, pois a presunção em tela é dirigida ao INSS.

Ante todo o exposto, mantenho.

2. Honorários advocatícios

O MM. Juízo *a quo* indeferiu o pagamento de honorários advocatícios e indenização por danos materiais pela contratação de advogado, do que discorda o reclamante. Alega que em face do princípio da isonomia, não só os trabalhadores representados por

advogado de entidade sindical devem receber os honorários do sucumbente. Ressalta que o empregador ao não quitar as verbas trabalhistas pleiteadas o recorrido causa prejuízo do trabalhador, tendo o dever de ressarcimento, à luz do disposto no art. 389 do Código Civil. Requer a reforma para que o réu seja condenado ao pagamento da verba honorária no percentual de 15%, com amparo no art. 20 do CPC.

Sem razão.

Na Justiça do Trabalho os honorários não são devidos às partes pelo princípio da sucumbência, não se encontrando revogado o "jus postulandi". Tal situação resta inalterada, mesmo com a edição da Súmula 425 do E. TST, na medida em que tal dispositivo apenas limitou o "jus postulandi", não o tendo extirpado, sendo ainda possível à parte litigar desacompanhada de advogado ou se fazer assistir por sindicato representativo da categoria, sem a necessidade de firmar contrato com advogado particular. Assim, não há fundamento para a condenação em honorários advocatícios ou indenização substitutiva, mesmo com base nos artigos 402, 403, 389, 395 e 404 do Código Civil, pois inaplicáveis na Justiça do Trabalho. Neste particular, não há omissão da legislação trabalhista (vide artigo 791 da CLT e Lei nº 5.584/1970) e os referidos dispositivos do CCB/2002 se incompatibilizam com as normas trabalhistas que regulam a concessão de honorários.

A Lei 5.584/1970, recepcionada pelo artigo 133 da Constituição Federal de 1988, prevê o pagamento apenas de honorários assistenciais, os quais são devidos à entidade sindical que assiste o empregado em juízo, e desde que preenchidos os seguintes requisitos: assistência sindical e comprovação de que o empregado recebe salário igual ou inferior a dois salários mínimos ou, então, demonstrar, através de uma declaração, que não tem condições de demandar em juízo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (artigo 4º da Lei 1.060/1950). Inteligência das Súmulas 219 e 329 do TST, bem como da Orientação Jurisprudencial nº 305, da SDI-1, do C. TST.

No caso em tela, apesar de o autor ser beneficiário da justiça gratuita, não foi assistido por sindicato (fl. 34), razão pela qual a condenação no pagamento dos honorários advocatícios é indevida.

3. Dispensa discriminatória

Consta da r. sentença:

"DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Súmula 443 do C. TST

O pleito de nulidade da rescisão contratual embasado na Súmula 443 do C. TST, somente formulado em sede de manifestação sobre o laudo pericial (fls. 342/347) constitui inovação, pois a petição inicial foi omissa a respeito, de sorte que não merece acolhida, pois viola os artigos 264, "caput" e § 1º, e 303 do CPC. Rejeito."

Discorda o autor. Sustenta que ocorreu no caso a sua dispensa discriminatória. Sobre o entendimento do MM. Juízo de origem de que teria sido inovatória a alegação, assevera que *"De fato, a Súmula 443 do Colendo TST não consta da inicial, até mesmo por que editada em 27.09.2012 e a inicial foi proposta em 19.11.2012, menos de um mês e meio depois. Ou seja, trata-se de súmula recentíssima, e que na época da inicial nem bem havia chegado ao público."* Diz que fez constar da inicial fato e pedido, nos moldes do que estabelece o artigo 840 da CLT e fundamentou sua pretensão de nulidade da rescisão e da consequente reintegração e indenização por danos morais, inclusive nos incisos III e IV do artigo 1º da CF - item 2 da inicial (fls. 4 e 5). A seu ver, suas alegações bastavam ao reconhecimento da dispensa discriminatória, à luz do princípio da simplicidade que impera no processo trabalhista e de que à parte cabe trazer os fatos e ao Juiz dar o direito. Acrescenta que foi possibilitado ao empregador o direito de defesa, tanto que alegou em defesa que não tinha conhecimento do câncer, o que não se revelou verdadeiro diante das provas produzidas durante a instrução processual. Aduz que cumpria ao MM. Juízo de origem aplicar a mencionada Súmula 443 do Colendo TST, o que requer seja feito, *"Isto por que a mencionada Súmula tão somente sedimenta um entendimento, traz consigo uma presunção fundamentada exatamente em fatos idênticos ao ocorrido neste processo, qual seja, o trabalhador foi diagnosticado com doença grave e foi demitido, fazendo-se presumir como discriminatória a dispensa."*

Examino.

Disse o reclamante na petição inicial que o reclamado não tolera em seus quadros funcionários doentes e/ou que tenham direito a manutenção do emprego via estabilidade provisória. Acrescentou que *"reclamado se serve da força de trabalho pelo tempo que lhe convém, e após décadas de trabalho, ao menor sinal de precariedade no estado de saúde de seus funcionários, opta por demiti-los, atitude esta em total desacordo com os fundamentos da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, insculpidos respectivamente nos incisos III e IV, do artigo 1º da Constituição Federal, conforme restará provado no decorrer do feito"*. Alegou ter desenvolvido tendinopatia grave em razão das condições de trabalho.

Relatou que foi considerado incapacitado para o trabalho por cento e vinte dias e que, diante de tal situação, o Sindicato de sua categoria se recusou a homologar a sua rescisão contratual, além de emitir a CAT. E que *"Alie-se a mencionada doença profissional o fato de que o reclamante está em pleno tratamento de câncer, doença esta diagnosticada em 07.07.2012 (...)"*, sendo que *"O reclamado tem plena ciência do frágil estado de saúde do reclamante, que comunicou a gerência regional o seu estado de saúde em março de 2012, quando descoberta a doença e se iniciou o tratamento, e também em agosto de 2012, após a realização de novos exames e a confirmação do diagnóstico já mencionado."* Concluiu que seu precário estado de saúde não autoriza o rompimento do contrato e requereu a reintegração ao emprego, além da declaração de estabilidade provisória nos termos do art. 118 da Lei 8213/91. No item relativo ao pedido de indenização por danos morais, destacou que *"mesmo o reclamado sabendo da grave doença do reclamante, ainda assim intencionou o demitir, sem justa causa. Tal fato, consideradas as peculiaridades do caso, não resta dúvida, caracteriza o ato ilícito."*

A meu ver, embora o autor não tenha feito menção expressa à Súmula 443 do C. Tribunal Superior do Trabalho na petição inicial, consta da causa de pedir a alegação de dispensa discriminatória, pois discorrendo sobre a sua situação de saúde atual, extremamente delicada, em tratamento de neoplasia maligna e alegando ser portador de doença ocupacional (tendinopatia), aduziu que o reclamado não tolera em seus quadros funcionários doentes e/ou que tenham direito a manutenção do emprego via estabilidade provisória. Sobre o câncer, o reclamante relatou a ciência do reclamado, por meio de comunicado à gerência regional. Todavia, aquele intentou rescindir o contrato de emprego vigente entre as partes. Da leitura da exordial, decorre a conclusão de que o autor sustenta seu pedido de nulidade de sua dispensa na discriminação sofrida, tanto que citou ementa à fl. 22 que trata de discriminação de um portador do vírus HIV.

Desnecessária a menção à Súmula em comentário pois ao juiz compete dizer o direito aplicável (*iura novit curia*), indicando os motivos que lhe formaram o convencimento na forma do art. 131 do CPC. Não se exige a menção a todos os dispositivos legais e enunciados aplicáveis à espécie, mesmo porque o § 1º do art. 840 da CLT apenas exige uma breve exposição dos fatos. Da narrativa dos fatos relatados, manifesta a conclusão de que o autor se refere também à dispensa discriminatória como fundamento de seu pedido de reintegração.

Dito isso, verifico que o autor requer a aplicação daquele entendimento sumular considerando que nele há uma presunção fundamentada exatamente em fatos idênticos ao ocorrido neste processo. Afirma que *"Em sendo assim, requer seja reformada a r. sentença para fins de que seja aplicada ao caso a presunção que traz a Súmula 443 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, de que a despedida do recorrente foi discriminatória, sendo nula a rescisão e ratificado o seu direito a reintegração."*

O MM. Juízo de origem já considerou a dispensa discriminatória quando determinou a reintegração do reclamante nos seguintes termos:

"Analisando o conjunto probatório, verifico que o diagnóstico de tumor carcinóide foi realizado aos 07 de julho de 2012, conforme documentos de fls. 54/55.

Por seu turno, a prova testemunhal comprovou que a notícia da doença do reclamante "circulou" pelo local de trabalho de 3 a 4 meses antes da sua dispensa. (...)

Importante destacar que a patologia que acometeu o autor trouxe alteração fisiológica perceptível, eis que o obreiro emagreceu cerca de 60 quilos (passando a pesar 65 quilos). Além disso, tal como averiguado pelo perito do Juízo, o autor apresenta transtorno psíquico relacionado ao câncer (fl. 334).

Entendo, pois, que o empregador teve ciência da doença do reclamante antes mesmo da emissão do comunicado de dispensa (fl. 47), por meio de comentários no local de trabalho, que certamente chegaram ao conhecimento do gerente regional do réu (que visitava a agência gerenciada pelo autor, em média, uma vez ao mês, conforme prova testemunhal), seja por meio do médico do trabalho que assinou os Atestados de Saúde Ocupacional periódicos do reclamante (destaco que a partir de 2009 os referidos documentos foram rubricados pelo mesmo profissional - fls. 229/237).

Reforço que não é crível supor que tais profissionais, que mantinham contato com o autor, ainda que esporadicamente, não tenham percebido qualquer alteração física e psicológica no reclamante, até porque é de conhecimento geral que o tratamento da patologia é por demais agressivo e debilitante.

Se não bastasse, ressalto que, quando da homologação da rescisão contratual perante o Sindicato profissional, o Banco reclamado foi novamente cientificado, inclusive com comprovação documental do diagnóstico, o que levou a entidade sindical à recusa em homologar a rescisão contratual (fl. 48).

Portanto, as provas produzidas permitem concluir que o Banco reclamado, mesmo depois de cientificado acerca da doença do autor, optou por dispensá-lo, inobservando que o trabalhador já se encontrava com a saúde bastante frágil, ou seja, inapto para o labor no momento da ruptura contratual, pois se encontrava e ainda "encontra-se totalmente e definitivamente incapacitado para o trabalho devido ao seu Câncer de intestino", conforme conclusão pericial (fl. 39 - grifei).

"Mutatis, mutandis", cito o seguinte aresto:

PODER POTESTATIVO DO EMPREGADOR. LIMITAÇÃO NAS GARANTIAS DE EMPREGO E NO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS QUE INFORMAM TODO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO - ARTIGOS 1º, INCISO III, 5º, INCISO XXII, E 170, INCISO III, DA CARTA MAGNA, E ARTIGO 421, DO CÓDIGO CIVIL - Dispensa de trabalhadora portadora de neoplasia após 30 (trinta) anos de dedicação à empresa. Negação do direito à vida e à saúde. Inexistência de norma legal prevendo a estabilidade do trabalhador portador de câncer. Observância aos princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador e da função social do contrato de trabalho. Ordem de reintegração que ora se mantém. 1. O poder de resilição do pacto laboral encontra limitações nas garantias de emprego, assim como no respeito aos princípios que informam todo o ordenamento jurídico, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. Com a adoção do aludido princípio, a Constituição Federal de 1988 implantou no sistema jurídico brasileiro uma nova concepção acerca das relações contratuais, pela qual as partes devem pautar suas condutas dentro da legalidade, da confiança mútua e da boa fé. Tais premissas refletem o princípio da função social do contrato (artigos 421, Código Civil, e 8º, da CLT), o qual traduz genuína expressividade do princípio da função social da propriedade privada, consagrado nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, o contorno é constitucional e se sobrepõe à imediatidade da rescisão contratual decorrentes dos interesses meramente empresariais. 2. A dispensa de trabalhadora portadora de neoplasia após trinta anos de dedicação à empresa a toda evidência importa verdadeira negação do direito à vida e à saúde, porquanto, dentro outros dissabores, conduz à depressão, ao distanciamento do convívio social e, consoante demonstram as regras de experiência, em sua maioria, ao desemprego. 3. A despeito da inexistência de norma legal prevendo a estabilidade do portador de câncer, até porque em determinadas fases da doença o paciente pode desenvolver normalmente suas atividades laborativas, imperiosa a solução controversa sob o prisma dos princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador e da função social do contrato. Ordem de reintegração ao emprego que ora se mantém. (TRT-2 - RECORD: 947200838102004 SP 00947-2008-381-02-00-4, Relator: JANE GRANZOTO TORRES DA SILVA, Data de Julgamento: 12/11/2009, 9ª TURMA, Data de Publicação: 27/11/2009)

Do exposto, com amparo nos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso XXII, e 170, inciso III, da Carta Magna, e artigo 421, do Código Civil, declaro a nulidade da ruptura contratual e resolvo condenar o reclamado a reintegrar o obreiro após a alta médica (a ser oportunamente comprovada nos autos, seja por iniciativa da parte autora ou do banco réu), com o pagamento dos salários (observados os reajustes convencionais) e de todos os benefícios incorporados ao seu contrato de trabalho à época da dispensa ilegal, bem como de todos os benefícios convencionais, além do 13º salário, do terço constitucional (vale frisar que o autor já receberá os salários dos períodos de afastamento) e dos depósitos de FGTS (8% - com depósito em conta vinculada) relativos ao período de afastamento ilegal (a partir de 26.09.2012 até o cumprimento da reintegração), excluídos os períodos cobertos por auxílio-doença (acidentário ou não) ou aposentadoria por invalidez.(...)"

Reprovável a prática do reclamado que, mesmo sabedor do câncer que acometeu o autor, resolveu dispensá-lo, ato em confronto aos princípios constitucionais que proíbem a discriminação e que valorizam o trabalho e protegem a dignidade da pessoa. O autor faz jus à reintegração, conforme posto na r. sentença, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego, pois caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória. Não se olvide que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos pilares do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), e se sobrepõe à própria inexistência de dispositivo legal, considerando o papel no ordenamento jurídico dos princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade (arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal). Ademais, é preocupação de todo o Judiciário garantir a efetividade desses princípios e garantias.

Sobre a dignidade da pessoa humana, consigno a lição do Exmo. Ministro Mauricio Godinho Delgado, in Princípios de direito individual e coletivo do trabalho, 3ª ed., São Paulo: LTR, 2010, p. 39 a 40:

"A Constituição brasileira, como visto, incorporou o princípio da dignidade humana em seu núcleo, e o fez de maneira absolutamente atual. Conferiu-lhe status multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções; fundamento, princípio e objetivo. Assegurou-lhe abrangência a toda a ordem jurídica e a todas as relações sociais. Garantiu-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade humana.

Insista-se que, para a Constituição Democrática brasileira, a dignidade do ser humano fica lesada caso este se encontre privado de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano comunitário circundante. Além de suas diversas outras relevantes dimensões, o princípio da dignidade do ser humano repele, conforme bem exposto por Flores-Valdéz, "a negação dos meios fundamentais para seu desenvolvimento como pessoa ou a imposição de condições infra-humanas de vida".

Tudo isso significa que a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. Conforme já dito, a dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Isso porque na qualidade de ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego."

Por fim, esclareço que, nos termos da Súmula 443 do TST, ocorreria inversão do ônus da prova apenas se o autor padecesse de doença que gera estigma, como é o caso do HIV, o que não se verifica na hipótese. O câncer, mesmo sendo uma doença grave, não gera marginalização social, motivo pelo qual não se aplica a presunção trazida no verbete Sumular. Ante o exposto, nada a prover.

III - CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR-LHES PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 10 de dezembro de 2014.

THEREZA CRISTINA GOSDAL

RELATORA