

CURSO DE DIREITO

Guilherme Maciel da Rosa Barbosa

**“ESTABILIDADE PROVISÓRIA” E A SÚMULA Nº 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR
DO TRABALHO: VEDAÇÃO À DISPENSA IMOTIVADA DO EMPREGADO
ACOMETIDO POR MOLÉSTIA GRAVE**

Santa Cruz do Sul
2017

Guilherme Maciel da Rosa Barbosa

**“ESTABILIDADE PROVISÓRIA” E A SÚMULA Nº 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR
DO TRABALHO: VEDAÇÃO À DISPENSA IMOTIVADA DO EMPREGADO
ACOMETIDO POR MOLÉSTIA GRAVE**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof^a. Dra. Suzéte da Silva Reis
Orientadora

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Guilherme Maciel da Rosa Barbosa adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 23 de novembro de 2017.

Prof^a. Dra. Suzéte da Silva Reis
Orientadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família por seus conselhos, sua assistência e seu apoio incondicional. Agradeço também a meus colegas de curso, por seus esclarecimentos e por compartilhar comigo suas experiências. Toda minha gratidão à minha orientadora Dra. Suzéte da Silva Reis, uma profissional extremamente competente e uma pessoa admirável, por suas sugestões e seu apoio. Por fim, agradeço a meus amigos, pelos momentos de distração e pelas palavras de ajuda durante a confecção deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata da Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho e a sua aplicação no direito brasileiro. Busca-se analisar os princípios que embasaram a criação da Súmula citada, bem como as suas consequências para o direito processual do trabalho. A Súmula 443 do TST dispõe que se presume discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave capaz de eludir preconceito, tendo o trabalhador direito a ser reintegrado ao trabalho. Ao criar essa presunção, o Tribunal determina a inversão do ônus da prova, de modo que cabe ao empregador comprovar que não realizou a demissão de forma discriminatória. Ainda, há divergência sobre a redação da mencionada Súmula, uma vez que parece ter sido criada uma espécie de estabilidade. Para análise dos referidos problemas, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e análises jurisprudenciais.

Palavras-chave: Discriminação. Preconceito. Estabilidade. Reintegração.

ABSTRACT

The current undergraduate thesis seeks to analyze the principles that supported the creation of the Precedent 443 of the Superior Labor Court, as well as its consequences in the Brazilian law. The Precedent provides that it is presumed discriminatory the dismissal of employees with HIV or other serious illness capable of causing prejudice, and the worker is entitled to be reinstated in his job. With this Precedent, the burden of proof is on the employer, whom must demonstrate that he acted with good faith and had no intention to discriminate the dismissed employee. The present thesis was created using mainly bibliographic research and jurisprudence analysis.

Keywords: Discrimination. Prejudice. Stability. Reintegration.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	ASPECTOS PRINCÍPIOLÓGICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	09
2.1	Princípios gerais do direito.....	09
2.2	Princípios de direito do trabalho.....	12
2.3	Relação de trabalho e emprego.....	15
2.4	Contrato de trabalho.....	20
3	AS GARANTIAS E ESTABILIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.....	24
3.1	Garantia de emprego (estabilidade provisória).....	25
3.2	Estabilidade celetista.....	30
3.3	Estabilidade do art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988.....	32
3.4	Estabilidade do servidor público.....	34
4	A SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	37
4.1	Precedentes e fundamentos jurídicos da Súmula 443 do TST.....	40
4.2	Aspectos processuais e consequências da Súmula 443 do TST.....	44
5	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser analisado neste trabalho monográfico discorre sobre a redação da Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho, publicada no ano de 2012, que consolidou entendimento da Corte, no sentido de presumir-se discriminatória a dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV, ou, ainda, portador de outra doença grave que cause estigma ou preconceito.

Buscando a compreensão geral sobre o assunto, no presente estudo foi utilizado o método dedutivo, de modo a compreender determinados fatos e resultados que derivam das normas jurídicas existentes. Assim, o estudo parte de uma premissa maior verdadeira, e a partir dela, utilizando-se da dedução e do raciocínio lógico apresenta conclusões. Como técnica de pesquisa, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, com consulta a bibliotecas virtuais, biblioteca da UNISC e portais de periódicos.

Diante da presunção elencada na Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho de que a dispensa do trabalhador portador de HIV ou outras moléstias que causem estigma é discriminatória e a consequente determinação de reintegração, ocorrem questionamentos sobre o teor da referida Súmula, principalmente no que diz respeito a supostas violações de dispositivos que garantem ao empregador o direito dispensar seus funcionários de maneira imotivada.

Além disso, a legalidade da Súmula nº 443 é questionada frente à Constituição Federal, pois os argumentos contrários alegam que o texto sumulado cria uma estabilidade não prevista em lei, o que configura ilegalidade. Critica-se também as consequências processuais da Súmula, uma vez que dificulta o meio de defesa do empregador ao inverter o ônus probatório, passando à parte Reclamada o dever de produzir prova negativa.

De outro lado, os argumentos favoráveis à Súmula defendem que a proteção é necessária, pois a discriminação não ocorre de maneira explícita, mas sim de maneira discreta, e justamente no momento de maior necessidade e fragilidade do empregado.

Notadamente, o Tribunal consolidou sua postura protetiva do trabalhador, repelindo tratamentos desiguais e discriminatórios, com notório foco no princípio da proteção e no princípio da dignidade humana.

A presente monografia tem como objetivo analisar a Súmula nº 443 do TST sob a ótica constitucional e processual, abordando os pontos de vista favoráveis e

contrários relativos à referida Súmula, identificando as características e princípios que norteiam a relação de trabalho, além de analisar a jurisprudência e a aplicabilidade da súmula perante os casos concretos, relativamente à questão de produção de provas e à proteção do empregado enfermo. Ainda realiza-se uma reflexão relativa às situações que motivaram a edição da Súmula.

Para isso, em primeiro momento, busca-se identificar os princípios constitucionais e infraconstitucionais que embasam as relações trabalhistas e o que se entende por relação de emprego e relação de trabalho, com suas diferenciações e características específicas.

Em segundo momento, há um exame acerca da estabilidade decenal e a sua derrogação pela Constituição Federal de 1988 ao instituir o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, além da análise das principais estabilidades provisórias (ou garantias de emprego) presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compreender se alguma dessas hipóteses é semelhante ao instituto criado pela Súmula nº 443 ao determinar a reintegração do trabalhador demitido de maneira discriminatória.

Em terceiro momento, há uma análise pormenorizada da Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho, com foco nos seus embasamentos e fundamentos jurídicos, e precedentes jurisprudenciais utilizados para consolidar o posicionamento do Tribunal, além de discutir os pontos divergentes da Súmula, notadamente: a inversão do ônus da prova, com a presunção relativa de discriminação; a criação de uma estabilidade provisória de caráter permanente, ao obrigar o empregador a reintegrar o empregado em seu quadro de funcionários; e, ainda, possível violação de princípios constitucionais. Finalmente, há o estudo de casos julgados após a edição da referida Súmula e sua aplicabilidade processual na atualidade.

2 ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O Direito do Trabalho é um ramo particular e específico do Direito, porém, como todas as outras vertentes do Direito, possui ligação direta com a Constituição Federal e com o Direito Constitucional, principalmente através de princípios. Nesse sentido, Delgado (2016, p. 81), menciona que

parte significativa desses vínculos é formado pelos princípios gerais de Direito que atuam no ramo trabalhista, além dos princípios de outros segmentos jurídicos que também cumprem papel de relevo no Direito do Trabalho.

Naturalmente, os princípios gerais de Direito sofrem mutações ao ingressarem no ramo específico do Direito do Trabalho, mas estas mutações, segundo Delgado (2016), não são capazes de transformá-los em princípios especificamente trabalhistas, do mesmo modo que não tira o caráter geral deles.

A utilização de princípios constitucionais como fonte do Direito do Trabalho remete à ideia garantista, buscando tornar seguros diversos direitos considerados essenciais. Nesse sentido, Bonavides (2002), citado por Vecchi (2009), explica que os princípios têm uma função limitadora, atuando no controle do exercício dos direitos.

Além dos princípios gerais de Direito, há os princípios específicos do Direito do Trabalho, seja individual ou coletivo. Tais princípios possuem caráter protetivo, pois visam equilibrar a relação entre empregador e empregado, já que este é presumidamente hipossuficiente pela natureza do vínculo com seu empregador.

2.1 Princípios gerais do direito

O mais importante princípio geral de direito encontra-se elencado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem aplicação ampla em todas as esferas do Direito, sendo utilizado como fonte para outros direitos fundamentais. Conforme Vecchi (2009, p. 286),

a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento de que a ordem jurídica existe para a pessoa humana, para sua defesa e desenvolvimento. Assim, caracteriza-se como princípio que serve de base sólida para a construção de um sistema jurídico que tenha o mínimo de legitimidade.

Portanto, tal princípio inspira segurança e proteção para os indivíduos, de modo a proporcionar a todas as pessoas a capacidade de viver dignamente, e não apenas existir no plano físico.

Nesse sentido, explica Vecchi (2009, p. 289),

o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um grau de proteção e autonomia da pessoa humana perante o Estado e as demais pessoas humanas ou pessoas jurídicas públicas ou privadas, além de impor a satisfação de condições mínimas de existência capazes de tornar capaz ao ser humano realmente viver, não só sobreviver.

Desta maneira, não há dúvidas que a aplicação desse princípio tem consequências diretas para o direito do trabalho, pois através dele é possível regular a relação entre empregador e empregado, visando proteger este último de condições indignas, coibindo o trabalho em condições precárias, o trabalho escravo, a remuneração de maneira extremamente reduzida, entre outras práticas abusivas que poderiam se perpetuar caso a Constituição Federal não tutelasse tal direito.

Já o princípio da valorização do trabalho está previsto no inciso IV do art. 1º da Constituição Federal, bem como no art. 170, caput, da Lei Maior, é um princípio fundamental que tem como finalidade evitar a utilização do empregado como moeda de troca, ou apenas como uma “coisa” a produzir riquezas. Nesse sentido, Vecchi (2009, p. 291), explica:

este princípio caracteriza o trabalho como valor fundamental, não podendo ser tratado como mercadoria, sendo base do desenvolvimento da sociedade. Isso não significa apenas o aspecto econômico do trabalho, mas também o aspecto ético [...], pois o trabalho deve possibilitar que o homem, me sua atividade, acabe por imprimir no mundo um pouco de sua individualidade e de sua contribuição social.

Deste modo, embora o empregador vise o lucro, o trabalho não poderá ser visto unicamente como uma maneira de buscar algum benefício. Assim, não deverá o trabalhador ser tratado como um objeto que exerce determinada função.

O princípio da valorização do trabalho tem ligação direta com o princípio da função social do contrato, pois este tem a função adequar a relação entre particulares no que tange os limites da autonomia privada. A autonomia entre as partes para elaborar o contrato de trabalho deve respeitar esse princípio, que se encontra expresso no Código Civil em seu artigo 421, onde ocorre a limitação da liberdade contratual, devendo esta ser exercida “em razão e nos limites da função social do contrato”.

Nesse sentido, Vecchi (2009, p. 299) explica que

as restrições à liberdade contratual não se trata mais de “exceções” a um direito absoluto, mas, sim, de um instrumento, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e concretização das normas contratuais particularmente consideradas.

Portanto, haverá uma limitação ao poder negocial das partes ao elaborar o contrato de trabalho, porém esta limitação se faz necessária a fim de evitar abusos e excessos por parte de particulares ao exercer o direito de livre iniciativa.

Assim, o contrato de trabalho deverá ser elaborado de modo que permita aos particulares alcançar seus interesses, desde que estes não estejam em conflito com o interesse público e o bem estar social.

O princípio da igualdade pode ser dividido em duas partes: igualdade formal e igualdade material. A igualdade formal, que também é chamada de igualdade perante a lei, está no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que define que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, bem como no inciso IV do art. 3º da mesma lei.

Já no artigo 7º da CF, onde estão os direitos dos trabalhadores, a igualdade surge em diversos pontos. Contudo, somente a igualdade formal não é suficiente para garantir que todos possam competir de maneira similar. Para isso é necessário observar também a igualdade material, o que significa dizer que há situações onde o direito não poderá discriminar os indivíduos, e outras vezes onde será necessário realizar uma distinção para atingir a igualdade.

Desta forma, busca-se a igualdade material ao dar tratamento desigual para aqueles em situação de desigualdade. Ao determinar que uma porcentagem “x” de vagas dos cargos públicos deve ser destinada à pessoas com deficiência, por exemplo, procura-se atingir a igualdade material através de um tratamento desigual.

Porém, “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita” (MELLO, 2000, p.20), e daí a necessidade de observar certas questões para realizar a discriminação sem ofender a isonomia necessária ao ordenamento jurídico. Como forma de analisar se a discriminação é ou não necessária, Mello (2009) menciona três questões: a primeira questão diz respeito ao elemento da discriminação, ou seja, o fator que é relevante a ponto de realizar a distinção; a segunda questão diz respeito à razoabilidade entre a condição desigual e o tratamento que deve ser oferecido; e,

por fim, a terceira questão, diz respeito à harmonia do tratamento diferenciado com as normas constitucionais.

Em conclusão, o princípio da igualdade deve ser observado pelo Direito, seja ao inibir discriminações negativas, seja ao determinar discriminações positivas que visem alcançar a igualdade material.

2.2 Princípios de direito do trabalho

Considerado o mais importante princípio das relações trabalhistas, o princípio da proteção procura diminuir a desigualdade entre o empregador e empregado a fim de encontrar a igualdade material. A desigualdade nessa relação surge do fato que o empregado está subordinado ao patrão, ficando assim em desvantagem para exigir algo, por medo de possíveis respostas de seu superior hierárquico.

A necessidade de proteção, destaca Silva (2017a), remete à grande quantidade de deveres a qual o empregado está sujeito ao longo da prestação de serviços, como por exemplo: pontualidade, assiduidade, uso de uniformes, organização, etc. Assim sendo, o Estado intervém na relação trabalhista buscando assegurar direitos mínimos à parte hipossuficiente, de modo a evitar o abuso do lado do empregador. Nesse sentido,

este princípio pode ser reconduzido ao disposto no par. 2º do art. 5º da CF de 1988, bem como toda a sistemática constitucional, que deixa bem clara a opção do constituinte na busca de um Estado democrático de direito, que busque a igualdade material e a justiça social com o reconhecimento e a promoção dos direitos trabalhistas. (VECCHI, 2009, p. 325)

O princípio da proteção é comumente desdobrado em três princípios: princípio *in dubio pro operario*¹, princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica.

O princípio *in dubio pro operario*, preceitua que em casos onde uma determinada norma jurídica tenha margem para interpretações divergentes, deverá ela ser interpretada de maneira que traga maior benefício ao trabalhador, ou, nas palavras de Pereira (2012, p. 31):

uma determinada norma trabalhista poderá ser dúbia, comportando várias interpretações. Neste caso, aplicando-se o princípio em comento, o

¹ Expressão em latim, que significa “na dúvida, a favor do operário”.

intérprete deverá optar, entre duas ou mais interpretações possíveis, pela mais favorável ao empregado.

Nessa corrente é a interpretação de Silva (2017a), que exemplifica citando o adicional noturno, intervalo de descanso e intervalo para refeição, além de diversas cláusulas de Convenção Coletiva. Assim, havendo a possibilidade de múltiplas interpretações de uma determinada norma, deverá ser aplicada aquela que busca desenvolver o trabalhador.

Importante destacar que esse princípio não pode ser utilizado para suprir lacunas da lei, nem para corrigir uma norma que já exista, mas sim para encontrar o verdadeiro sentido de uma norma suscetível a duas ou mais interpretações.

Já o princípio da norma mais favorável determina que na possibilidade de haver duas ou mais normas conflitantes, deverá ser aplicada a mais favorável para o trabalhador. Delgado (2016, p. 202), conceitua:

o presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto), ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). (grifos originais)

Porém, diferentemente do Direito Comum, onde a hierarquia das normas se dá de forma estrita e a norma de caráter superior prevalece sobre a norma de caráter inferior, no Direito do Trabalho há a ideia de hierarquia dinâmica, através da utilização do princípio da norma mais favorável. Nesse sentido,

a questão, no direito do trabalho, deve levar em conta que o ordenamento jurídico trabalhista tem aspectos próprios de organização e de ação, e não se pode em direito do trabalho falar, como no direito comum. Como decorrência das características da ordem jurídica trabalhista, que é pluralista, constituída de um direito estatal e de um direito não estatal, que é o direito profissional ou dos grupos profissionais e econômicos – as convenções coletivas, os acordos coletivos e os demais ajustes dos grupos profissionais e econômicos que servem de norma para a solução das suas disputas –, fazer adaptações. (NASCIMENTO, 2011, p. 518)

A Constituição Federal, em seu art. 7º serve como embasamento e motivação para a aplicação da hierarquia dinâmica, ao dispor que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Isso não quer dizer que o princípio é absoluto, pois como define

Nascimento (2011, p. 512), “desse modo, entre o direito constitucional e o infraconstitucional, a prioridade é sempre daquele, a menos que dele emane uma autorização para que outra hierarquia se estabeleça”.

Desse modo, apesar de expressamente previsto na Constituição, o princípio da norma mais favorável não é absoluto, sendo limitado, por exemplo, pelo art. 8º da CLT, que dispõe que nenhum interesse de particular ou classe poderá prevalecer sobre o interesse público.

Assim, a hierarquia das normas do direito do trabalho deverá ser observada considerando o ordenamento jurídico como um todo, e não apenas analisando a norma de maneira individual.

Já no terceiro ponto do princípio da proteção, deve ser levada em consideração a aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador. Este princípio encontra amparo no art. 468 da CLT, que preceitua que nos contratos de trabalho só será lícita aquela alteração por mútuo consentimento, e ainda assim, aquelas que resultarem em prejuízo ao empregado serão consideradas nulas.

Pereira (2012, p. 36), defende que:

condições mais benéficas previstas no contrato de trabalho ou no regulamento da empresa prevalecerão, serão incorporadas definitivamente ao contrato de trabalho, não podendo ser suprimidas ou reduzidas no curso da relação empregatícia. Com efeito, ainda que haja a superveniência de diploma normativo menos protetivo, ele não atinge os contratos de trabalho já existentes, mas apenas os novos contratos.

Tal é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, na súmula 51:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)
[...]

Importante ressaltar que TST, através da Res 185/2012, alterou a súmula 277 para determinar que “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.” Antes da resolução, a súmula previa que as condições mais benéficas previstas em acordo coletivo ou convenção coletiva vigorariam no prazo assinado, sem integrar de forma

definitiva os contratos de trabalho. Atualmente, porém, o entendimento do Tribunal é de que, uma vez prevista em acordo ou convenção coletiva, a vantagem será incorporada ao contrato de trabalho, e somente será modificada ou retirada mediante novo instrumento coletivo.

2.3 Relação de trabalho e relação de emprego

Apesar da nomenclatura relativamente semelhante, a relação de trabalho e a relação de emprego são institutos diferentes. Saraiva (2009, p.38) explica que a relação de trabalho “corresponde a qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obra ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação.” Pereira (2012) cita algumas espécies de relação de trabalho, sendo elas: trabalho autônomo, trabalho eventual, trabalhador avulso, estágio, trabalho voluntário e relação de emprego.

No trabalho autônomo não há subordinação entre o contratante do serviço e o prestador de serviços, e este último é quem arca com os riscos da sua atividade. Na definição de Saraiva (2009, p.39),

no trabalho autônomo, o prestador de serviços desenvolve o serviço ou obra contratada a uma ou mais pessoas, de forma autônoma, com profissionalidade e habitualidade, atuando por conta própria, assumindo o risco da atividade desenvolvida. Exemplos: o pintor autônomo, o marceneiro autônomo, o eletricitista autônomo etc.

No trabalho eventual, o trabalhador presta o serviço sem habitualidade, de maneira esporádica, em uma relação bilateral entre o trabalhador e o tomador de serviços. Nessa relação geralmente estão presentes os outros pressupostos da relação de emprego, com exceção da não eventualidade. (DELGADO, 2016).

Porém, a definição sobre o que é eventualidade é uma questão com controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência, de modo a existirem quatro linhas de pensamento diferentes para definir o que é ou não eventualidade. Pereira (2012, p.51) elenca essas categorias:

- a) Teoria da Descontinuidade: trabalhador eventual é aquele que presta *serviços descontínuos*, com *interrupção* ao longo do tempo.
- b) Teoria do Evento: trabalhador eventual é aquele que presta serviços para um determinado *evento ou acontecimento*.
- c) Teoria da Fixação Jurídica na Empresa: trabalhador eventual é aquele que presta serviços a *diversas empresas*, não se fixando juridicamente a uma só.

d) Teoria dos Fins da Empresa ou dos Fins do Empreendimento: trabalhador eventual é aquele que não se insere nos fins normais da empresa, exercendo *atividade-meio*. Com efeito, a *atividade-fim* é aquela relacionada com o *núcleo da dinâmica empresarial*. Exemplo: em uma metalúrgica, é o empregado ferramenteiro ou torneiro mecânico. De outra sorte, a *atividade-meio* é aquela *periférica instrumental, de apoio*. Exemplos: vigilância, conservação, limpeza, alimentação etc. (grifo original)

Como exemplo de trabalhador eventual, pode-se citar aquela pessoa que faz “bico”, trabalhando, por exemplo, um dia como pedreiro em determinada obra, e na semana seguinte trabalha como pintor em outro local.

Já o trabalho avulso corresponde à modalidade onde o trabalhador presta serviços para vários tomadores, sem se fixar em nenhum deles. (DELGADO, 2016)

O trabalhador avulso tem extrema semelhança com o trabalhador eventual, porém, a diferenciação ocorre por que no caso do trabalho avulso, ocorre uma relação jurídica trilateral, envolvendo, além do trabalhador e do empregado, um intermediador entre essas duas partes. Tais trabalhadores são classificados em duas categorias: trabalhadores avulsos portuários e não portuários.

O trabalhador avulso portuário prestam seus serviços em portos, através da intermediação por parte do OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra), e são regidos pelas Leis 8.630/93 e 9.719/98. Exemplos de trabalhadores avulsos portuários são: operadores de carga e descarga, ensacadores de mercadorias, arrumadores, desde que exerçam suas atividades na orla marinha ou portuária. (NASCIMENTO, 2011)

Nessa modalidade não há qualquer vínculo entre o empregador e o empregado, mas de acordo com Saraiva (2009, p.45) o que ocorre é “apenas uma relação de trabalho autônoma na qual o OGMO atua na escalação dos avulsos devidamente registrados e treinados na carga e descarga dos navios que chegam aos portos nacionais”.

Em 2009 foi editada a Lei 12.023, que regula o trabalho avulso não portuário, que assim o definiu, em seus artigos iniciais:

Art. 1º. As atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos, para os fins desta Lei, são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para execução das atividades.
[.]

Art. 2º. São atividades da movimentação de mercadorias em geral:
I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com

empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras;
II – operações de equipamentos de carga e descarga;
III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade. (BRASIL, 2009)

Importante ressaltar que ambas as modalidades de trabalho avulso tem igualdade de direitos trabalhistas em relação ao trabalhador com vínculo empregatício, por força do art. 7º, inciso XXXIV da Constituição Federal, que assim diz: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”(BRASIL, 2009).

Outra modalidade de relação de trabalho é o chamado trabalho voluntário, que é regulado pela Lei 9.608/98, tal qual:

Art. 1º. Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa.
Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim. (BRASIL, 1998)

Nessa relação de trabalho não há a onerosidade, que dá lugar ao aspecto social e solidário do trabalho, onde a pessoa física presta o serviço com a ideia de realizar uma benevolência. Por conta disso, o pagamento com caráter de contraprestação descaracteriza o trabalho voluntário. Porém, o art. 3º da Lei 9.608/98 estabelece que o prestador de serviço poderá ser ressarcido, nos casos onde haja despesas com a realização do trabalho, sendo esse ressarcimento considerado uma parcela meramente indenizatória. Como exemplo, pode ser citado aquele médico que realiza trabalho voluntário em determinado hospital, e por conta dessa situação, lhe tem cedida uma vaga de estacionamento nos dias em que presta o seu serviço voluntário.

Ainda há a modalidade do estágio, que é regulado pela Lei 11.788 de 2008. Essa modalidade é dotada de peculiaridades, pois tem como objetivo principal a capacitação do estudante para que este ingresse no mercado de trabalho preparado para exercer sua profissão.

Conforme se percebe no art. 2º e parágrafos, o estágio poderá ser obrigatório (no caso onde seja requisito para aprovação e obtenção de diploma) ou não

obrigatório (nas hipóteses que seja desenvolvido de modo opcional, não integrando a carga horária obrigatória).

No art. 3º da Lei 11.788, temos os requisitos para que o estágio não configure vínculo empregatício, sendo eles:

Art. 3º. O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso. (BRASIL, 2008)

Conforme art. 15 da referida lei, no caso de descumprimento de algum requisito caracteriza vínculo de emprego, ensejando pagamento de verbas trabalhistas e previdenciárias por parte da empresa cedente, sendo que em caso de reincidência esta ficará impedida de receber estagiários por até 2 anos.

Nascimento (2009, p. 973) explica que:

o estágio destina-se à formação do estudante, e a correlação entre o estudo e o exercício do estágio é uma exigência natural para a validade do estágio. Assim, um estudante de medicina não poderá ser estagiário na seção de câmbio de um banco porque não há relação entre o curso escolar seguido e as funções desempenhadas no estágio. É correta a jurisprudência segundo a qual, para a configuração do estágio, deve ser observado seu objetivo de complementar o ensino em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares, punindo a empresa desvirtuante com os ônus da declaração do desvirtuamento e a declaração judicial da relação de emprego com todos os ônus a que, como empregador, deva responder.

Além disso, deve ser observada a jornada do estagiário, que será diferenciada e definida na Lei, assim sendo: para estudantes de educação especial e anos finais do ensino fundamental, a jornada será de, no máximo 4 horas diárias e 20 horas semanais; para estudantes do ensino superior, educação profissional e ensino médio regular, a jornada será de 6 horas diárias e 30 horas semanais. Em ambos os casos, a duração máxima do estágio não poderá ultrapassar 2 anos, exceto no caso de estagiário com deficiência. (BARROS, 2016)

Por fim, a mais importante espécie de relação de trabalho é a relação de emprego, e que deverá observar alguns requisitos. Segundo Barros (2016, p. 147),

os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) a pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário a atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.

Tais elementos estão expressamente previstos na CLT, em seus arts. 2º e 3º a seguir transcritos:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[..]

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)

Assim, observa-se o cumprimento do requisito da pessoalidade quando o serviço for executado por determinada pessoa, individualizada, não podendo ser substituído por outro. O empregado será sempre pessoa física, porém deve-se atentar para a situação chamada de pejetização do trabalho, com o fim de se eximir dos encargos trabalhistas. Pereira (2012, p.44) define que:

a "pejetização" é o comportamento patronal que exige dos trabalhadores a criação de pessoa jurídica como condição para a prestação dos serviços. Vem prevalecendo o entendimento que esse comportamento consubstancia fraude aos direitos trabalhistas, tendo por consequência a configuração do vínculo empregatício e a condenação do tomador dos serviços ao pagamento dos haveres trabalhistas, aplicando-se o princípio da primazia da realidade. (grifo original)

A não eventualidade é cumprida quando há continuidade no serviço prestado, mesmo que limitada a poucas vezes na semana. Por exemplo, se determinado empregado presta serviços o mesmo empregador todas as quartas-feiras por diversos meses em sequência, há a não eventualidade ou habitualidade. (DELGADO, 2016)

A subordinação ao empregador diz respeito à subordinação jurídica, como define Saraiva (2009, p.45): “em função do contrato de emprego celebrado, passa o obreiro a ser subordinado juridicamente ao patrão, devendo o trabalhador acatar as ordens e determinações emanadas”. Já a onerosidade ou remuneração é o motivo pelo qual o trabalhador presta o serviço, ou seja, o salário. Há onerosidade quando o empregado recebe a contraprestação pecuniária de seu empregador. A falta de

qualquer desses requisitos descaracteriza a relação de emprego e a transforma numa relação de trabalho.

Cumpramos ressaltar que em nenhuma hipótese o empregado deverá arcar com os riscos da atividade de trabalho. Isso significa dizer que independentemente da empresa lucrar ou ter prejuízo em determinado mês, o empregado sempre terá direito às suas parcelas salariais, de forma que o risco é assumido exclusivamente pelo empregador.

2.4 Contrato de trabalho

Conceituado no artigo 442 da CLT, contrato de trabalho é o “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Conforme Barros (2016), tal conceito sofre amplas críticas da doutrina, em função da redação do art. 442 determinar que o contrato individual de trabalho corresponde à relação de emprego, quando na verdade o contrato apenas cria o vínculo da relação jurídica entre as partes contratantes. Outros doutrinadores entendem que o termo correto a ser utilizado deve ser contrato de emprego, e não contrato de trabalho. É o caso de Martins (2003) citado por Saraiva (2009, p.56), que define:

contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia envolver qualquer trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário etc. Contrato de emprego diz respeito a relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí por que se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria o gênero e o contrato de emprego, a espécie.

O contrato de trabalho possui diversas características específicas, que merecem destaque e análise pormenorizada. Inicialmente, cumpre ressaltar que embora o contrato de trabalho esteja dentro do campo do direito privado, há a predominância de normas irrenunciáveis e de caráter imperativo, e dessa forma caracterizando o que é chamado de autonomia relativa das vontades das partes. (BARROS, 2016)

Por conta da disparidade financeira e hierárquica entre empregado e empregador, há a necessidade de limitar o que pode ou não ser estipulado entre as partes. Portanto, as partes podem contratar o que bem entenderem, desde que não conflite com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais. (ZANGRANDO, 2008)

Essa limitação está expressa no art. 444 da CLT, que assim dispõe:

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. (BRASIL, 1943)

Qualquer cláusula contratual que extrapole os limites definidos em Lei, Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo será considerada nula e substituída pelo determinado na norma. Assim sendo, se for estipulado no contrato, por exemplo, que o empregado renuncia ao limite da jornada de trabalho e terá jornada de 10 horas por dia sem pagamento de hora extra, essa cláusula será nula e, automaticamente, será substituída pela jornada de trabalho estipulada em lei.

Pereira (2012) elenca outra característica do contrato de trabalho no *intuitu personae*² em relação ao empregado, o que significa dizer que o empregado deverá sempre prestar o serviço de forma pessoal ao empregador, salvo em situações esporádicas que o empregador consinta com a substituição.

Segundo Barros (2016, p. 159), essa necessidade de prestação personalíssima do trabalho surge do fato de

o empregado colocar à disposição do empregador sua energia psicofísica e não da infungibilidade da prestação de serviços, pois é sabido que no âmbito da organização empresarial existem funções que pressupõem qualificações relativamente homogêneas, em que é normal a substituição de um trabalhador por outro, como também em um regime de revezamento.

O caráter personalíssimo, que via de regra não é estendido ao empregador, pode ser atribuído a este em situações excepcionais, como por exemplo, a situação prevista no parágrafo 2º do artigo 483 da CLT, que faculta ao empregado rescindir seu contrato com direito a indenizações no caso de morte do empregador constituído como empresa individual.

O contrato de trabalho também é sinalagmático, isto é, as obrigações e os direitos entre as partes são recíprocos e distintos. Conforme exemplifica Pereira (2012, p. 75), “o salário é o principal direito do empregado e o principal dever para o empregador; já a prestação de serviços representa a principal obrigação do empregado e o principal direito do empregador”. Em relação ao caráter sinalagmático, Delgado (2016, p. 563), explica ainda que:

² Expressão em latim, que significa pessoal ou personalíssimo.

no âmbito empregatício, ele seria aferido tomando-se o *conjunto* do contrato e não apenas o contraponto de suas obrigações específicas (trabalho *versus* salário, por exemplo). É que o instituto da interrupção contratual (pelo qual o obreiro não presta serviços, mas recebe verbas integrais do contrato, como férias, ilustrativamente) eliminaria, por exemplo, o caráter sinalagmático do pacto empregatício, caso a comparação fosse tópica, parcela contra parcela [...] Aferindo-se tal característica pelo *conjunto contratual*, preserva-se a validade da característica sinalagmática do contrato empregatício. (grifo original)

A onerosidade é também característica do contrato individual de trabalho, visto que o empregado acorda em laborar para o empregador em troca de salário, não havendo a relação de emprego nos casos onde o trabalho se dá de maneira gratuita. A onerosidade não tem relação exclusiva com a pecúnia, pois conforme a redação do art. 458 da CLT, o pagamento *in natura* (alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações que a empresa, por força do contrato ou do costume, forneça habitualmente ao empregado) tem natureza salarial, o que caracteriza onerosidade, apesar de não envolver diretamente uma prestação pecuniária.

Outro ponto importante do contrato de trabalho é o fato de ser considerado um contrato de trato sucessivo, pois ocorre mediante prestações continuadas, que não se esgotam com um único ato. Desse modo, a cada mês de trabalho o empregado receberá o salário como contraprestação, com as obrigações e direitos se renovando a cada período. (PEREIRA, 2012)

Ainda, merece destaque a informalidade do contrato de trabalho, que pode, conforme o art. 443 da CLT, ser expresso ou tácito, verbal ou escrito. Conforme Nascimento (2011, p. 868),

os aspectos pertinentes ao consentimento no contrato de trabalho são particulares no sentido de dispensar maiores formalidades na sua constituição. Outro sinal distintivo do contrato de trabalho é a sua tendência manifesta no sentido de se constituir por mera adesão do trabalhador às condições de trabalho instituídas na empresa, quer pelo regulamento desta, quer por imposição do Estado.

Por fim, cabe ressaltar que o contrato de trabalho é um contrato de atividade, isto é, tem como objeto determinada obrigação de fazer, que é a prestação principal do ponto de vista do empregado, e para o empregador é considerada a própria razão de o contrato existir. (SILVA, 2017b)

Conforme o art. 443 da CLT, o contrato de trabalho tem diversas classificações, sendo elas: tácito ou expresso, escrito ou verbal, por prazo determinado e por prazo indeterminado.

Chama-se de contrato tácito aquele que é caracterizado mediante a continuidade da prestação dos serviços oferecidos pelo empregado. Ocorre quando as partes não acordaram o contrato nem as suas cláusulas. Saraiva (2009) cita como exemplo um trabalhador que comparece à determinada obra em construção e solicita ao mestre de obras trabalho por um dia. Posteriormente, passa a comparecer diariamente ao local e presta serviços sem que o responsável pela obra se oponha. Nesse caso, está caracterizado o contrato individual de trabalho pela modalidade tácita.

Já o contrato expresso é o contrário do tácito: as partes estipulam as condições de trabalho antes do começo da prestação de serviços por parte do empregado. Nessa modalidade, as partes definem seus direitos e deveres, nos limites da legislação vigente, e somente após isso começa a relação entre eles.

3 AS GARANTIAS E ESTABILIDADES NA RELAÇÃO DE EMPREGO

No Direito Brasileiro, as garantias e estabilidades funcionam como limitação ao poder de demissão do empregador, porém enquanto esta é permanente, aquela é temporária.

Estabilidade é um direito adquirido pelo trabalhador em determinado emprego, de modo a limitar o poder do empregador em relação à sua dispensa. Delgado (2016, p. 1388), define a estabilidade como a

vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância tipificada de caráter geral*, de modo a assegurar a *manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício*, independentemente da vontade do empregador. (grifo original)

A CLT determinou, em seu artigo 492, que o prazo para a aquisição da estabilidade seria de 10 anos, e por isso chamada de estabilidade decenal. Porém tal instituto perdeu força com a promulgação da Constituição Federal de 1967, pois esta criou o sistema de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, como alternativa à estabilidade (DELGADO, 2016).

Já a Constituição Federal de 1988 trata dos direitos dos trabalhadores em seu artigo 7º e não menciona a estabilidade. Como forma de reduzir as dispensas imotivadas, define no inciso I do referido artigo que a dispensa sem justa causa ou arbitrária deverá ser indenizada, e estabelece no inciso III o FGTS como direito dos trabalhadores.

Desta forma, diferentemente da Constituição Federal de 1967 onde o empregado poderia optar pelo regime de estabilidade ou, alternativamente, optar pelo Fundo de Garantia de Tempo em Serviço, a Constituição de 1988 não regulou a estabilidade no emprego, mas simplesmente elencou o FGTS como direito do trabalhador. De acordo com Zangrando (2008), o fato de o legislador silenciar sobre a estabilidade demonstra a intenção em acabar com o instituto.

Portanto, com a promulgação da Constituição de 1988 o artigo 492 da CLT foi derogado, pois tal texto é incompatível com o texto constitucional, sendo que os casos de estabilidade pós-constituição são escassos. De acordo com Delgado (2016, p.1388),

restaram apenas três importantes exemplos estabilitários no Brasil: a dos antigos contratos regidos pela CLT (de pré-1988); a dos contratos de servidor público celetista com cinco anos de emprego ao tempo da Constituição (desde 5.10.1983, portanto), situação criada pelo art. 19 do

ADCT da Constituição; finalmente, a estabilidade do servidor público celetista concursado, adquirida nos moldes do art. 41 do mesmo Texto Máximo (as duas vantagens favorecem também, é claro, o servidor sob regime administrativo).

Deste modo, não há dúvidas que a ideia do legislador constituinte foi de extinguir a estabilidade, exceto para servidores públicos, os quais tem estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, desde que atingido o requisito de três anos de efetivo exercício de cargo público ao qual tenha sido nomeado por meio de concurso público.

3.1 Garantia de emprego (estabilidade provisória)

Garantia de emprego, também chamada de estabilidade provisória, é uma proteção que o empregado adquire, de modo a evitar a extinção do contrato de trabalho por parte do empregador. Nas palavras de Delgado (2016, p. 1394), estabilidade provisória é:

a vantagem jurídica *de caráter transitório* deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial*, de modo a assegurar a *manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido*, independentemente da vontade do empregador. (grifo original)

Desta forma, apesar de criar proteção semelhante ao instituto da estabilidade, as hipóteses de garantia de emprego possuem lapso temporal predefinido, de modo que uma vez decorrido este lapso, a garantia também será extinta. Dentro das hipóteses de estabilidade provisória, destacam-se quatro casos: dirigente sindical, membro eleito da CIPA, gestante e empregado que tenha sofrido acidente de trabalho.

O dirigente sindical tem sua garantia de emprego prevista na Constituição Federal em seu art. 8º, VIII, bem como no art. 543, da CLT, com o intuito de proteger o empregado de punições do empregador em função de seu cargo.

Nascimento (2011, p.1325) cita que existem pressupostos objetivos e subjetivos para aquisição da garantia de emprego do dirigente sindical, sendo elas:

de natureza subjetiva são: a) ser dirigente ou representante sindical sócio da respectiva entidade no exercício das suas funções estatutárias; b) estar na plenitude do gozo dos seus direitos sindicais; c) integrar lista submetida a assembleia sindical. De natureza objetiva são os seguintes requisitos: a) pertencer a entidade sindical de reconhecida existência legal e cuja

existência não tenha sido impugnada na via administrativa ou judicial; b) o cargo ocupado deve ser eletivo e não preenchido, segundo o estatuto da entidade, por outra forma, como a simples designação; c) o número de cargos da entidade deve corresponder às suas necessidades, não se reconhecendo, em face do abuso de direito, estabilidade de dirigente ou representante sindical de cargos que o estatuto criou de forma abusiva e com a finalidade única de proteger o seu ocupante; d) a comunicação da eleição pelo sindicato à empresa.

Preenchidos os requisitos, a estabilidade começa, de acordo com o §3º da CLT, a partir do momento do registro de sua candidatura até 1 ano após o final de seu mandato. Caso o empregado não seja eleito, a sua garantia termina diante da divulgação do resultado negativo da eleição.

O caput do art. 543 da CLT define que o dirigente sindical não poderá ser transferido para local que dificulte o exercício das suas atribuições com o sindicato. Porém, de acordo com o §1º do mesmo artigo, nos casos onde o próprio dirigente sindical solicite a transferência, este perderá o mandato. (DELGADO, 2016)

Ainda, deverá o sindicato comunicar à empresa, dentro de 24 horas, o dia e a hora do registro da candidatura do empregado, pois é formalidade essencial para aquisição da estabilidade, conforme parágrafo 5º do art. 543 da CLT. (SARAIVA, 2009)

O dirigente sindical somente poderá ser despedido mediante inquérito para apuração de falta grave, conforme a súmula nº 379 do TST:

DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 114 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT. (ex-OJ nº 114 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997) (grifo original)

Desta forma, caso o empregador tenha intenção de demitir determinado dirigente sindical, deverá propor inquérito judicial para apuração de falta grave no juízo trabalhista de 1º Grau, onde o empregado irá figurar no polo passivo. Nascimento (2011, p. 1325) defende que:

havendo falta grave apurada em inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho, é lícita a rescisão do contrato de trabalho. A dispensa imotivada é nula de pleno direito, ainda que acompanhada de todos os pagamentos devidos ao empregado estável. Reintegração no emprego é o direito do estável quando ilegalmente afastado, não de forma cautelar, mas mediante reclamação trabalhista, caso em que, uma vez reintegrado, fará jus a todos os direitos do período do afastamento, como se a relação de emprego não tivesse sido interrompida.

Ainda, se ao final do inquérito for reconhecida a inexistência de falta grave, fica o empregador obrigado a readmitir o empregado no serviço e a pagar os salários a que teria direito no período da suspensão, conforme o art. 495 da CLT. Além disso, até mesmo o pedido de demissão do dirigente sindical é revestido de formalidades, com a intervenção do sindicato, e se não houver, perante a autoridade competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho, nos moldes do art. 500 da CLT.

Delgado (2016) defende que mesmo que o art. 500 não especifique a categoria do dirigente sindical, tal norma é aplicada por analogia. Ou seja, já que a dispensa do dirigente segue o rito formal de inquérito para apurar falta grave, nada mais lógico que o pedido de demissão seja submetido à mesma formalidade do empregado estável.

O art. 10, II, “a”, do ADCT da Constituição também prevê estabilidade para “o empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”. O art. 165 da CLT estabelece que: “os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.” Já no parágrafo único do referido artigo, determina a inversão do ônus da prova em caso de reclamação trabalhista proposta pelo empregado demitido, sob pena de ser condenado à reintegração.

Por força do item I da Súmula 339 do Tribunal Superior do Trabalho, tal garantia é estendida aos suplentes eleitos da CIPA. Já o item II da súmula define que se o estabelecimento de trabalho for extinto, não será devida a indenização e será impossível a reintegração. A respeito disso, explica Delgado (2016, p. 1398):

a extinção do estabelecimento, inviabilizando a própria ação fiscalizatória e educativa do dirigente da CIPA, pode configurar, a um só tempo, motivo técnico, econômico e financeiro a fundamentar a dispensa desse representante trabalhista. Se assim entender-se, não caberia o pagamento da indenização pela frustração do restante do período estável: é que, afinal, a vedação da Constituição não diz respeito apenas à dispensa sem justa causa, mas também à dispensa meramente arbitrária

No art. 10, II, “b” do ADCT da Constituição Federal de 1988, está prevista a estabilidade da gestante desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa forma, somente poderá ser despedida mediante motivo econômico, disciplinar ou técnico. (DELGADO, 2016)

Importante mencionar que o conhecimento do empregador sobre a gravidez da empregada é irrelevante, como menciona Saraiva (2009, p.306):

para configuração da estabilidade da gestante, doutrina e jurisprudência adotaram como regra a chamada teoria objetiva, sendo relevante apenas a confirmação da gravidez pela própria gestante, pouco importando se o empregador tinha ou não conhecimento do estado gravídico da obreira. O simples fato de estar grávida já confere a empregada gestante o direito a estabilidade.

Acerca do tema, a Súmula 244 do TST preceitua:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (grifo original)

Nos termos do item II da Súmula, caso a gestante entre com uma reclamação trabalhista ainda durante o seu período de estabilidade, haverá o direito à reintegração, além dos salários e direitos que teriam sido percebidos durante o tempo que ficou afastada do serviço. Ainda, segundo Saraiva (2012, p.307), "provando a empregada que já se encontrava grávida antes da concessão do aviso prévio, mesmo tendo sido o aviso indenizado, fará jus à estabilidade".

Já o item III foi alterado em 2012 para conferir à gestante a estabilidade mesmo em contratos por prazo determinado, indo na direção contrária da redação anterior que determinava que não haveria estabilidade em contratos por prazo determinado. Tal mudança ocorre diante da interpretação literal do art. 10, II, "b" do ADCT da Constituição Federal, conforme precedente a seguir, no julgamento do Recurso de Revista nº 107-20.2011.5.18.0006:

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE DE GESTANTE. DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO INDEPENDENTEMENTE DO REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Estabelece o art. 10, II, b, do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição

quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. 2. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as **empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.** 3. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, b, do ADCT/88. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR: 107-20.2011.5.18.0006, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Primeira Turma, julgado em: 07/12/2011, DEJT 16/12/2011) (grifo original, grifo próprio)

Por fim, há a garantia de emprego para o aquele empregado acidentado, previsto no art. 118 da lei 8.213/91, tal qual:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.(BRASIL – ANO)

Ressalta-se que, segundo o início do item II da Súmula n. 378 do Tribunal Superior do Trabalho, deverão ser preenchidos dois requisitos para que possa ser adquirida a estabilidade provisória, sendo eles: afastamento superior a 15 dias, e percepção do auxílio doença acidentário.

A segunda parte do item II da Súmula prevê exceção a esses pressupostos: hipótese em que, após a despedida, seja constatada doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. Nesses casos, há aplicação do art. 20, I, da Lei 8.213/91, que termina que as doenças desencadeadas pelo trabalho são consideradas acidente de trabalho. (SARAIVA, 2009)

Importante destacar que mesmo nos casos onde o contrato é por prazo determinado haverá direito à estabilidade. O TST entendeu que o fato das partes já terem conhecimento prévio do termo final do contrato não exclui o direito a estabilidade. Nesse sentido, a redação do item III da Súmula 377 prevê: “o empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91”.

3.2 Estabilidade celetista

Trata-se do modelo clássico de estabilidade, previsto no art. 492 da CLT, buscando efetivar o princípio da continuidade do emprego, sendo considerados

estáveis aqueles trabalhadores que completaram mais de 10 anos de serviço na mesma empresa. Até a criação do regime do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, em 1966, o trabalhador celetista tinha direito também às indenizações previstas nos art. 477 e 478 da CLT, transcritos a seguir:

Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

Art. 478. A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses. (BRASIL, 1943)

Somado a essa indenização, quando o empregado completasse 10 anos de serviços contínuos em determinada empresa, tornar-se-ia estável. Essa situação era recorrente até 1966, quando houve a instituição do FGTS, e com isso, a criação de duas situações de proteção no ordenamento jurídico, devendo o empregado optar por uma delas. Saraiva (2009, p. 283), explica tais situações:

optar pelo regime do FGTS, passando a fazer jus ao recolhimento mensal na conta vinculada fundiária do percentual de 8% incidente sobre sua remuneração, com direito, em caso de dispensa imotivada, ao saque dos depósitos efetuados, além do pagamento de indenização compensatória de 10% dos valores depositados na conta do FGTS (que passou a ser de 40% após a promulgação da CF/1988);

optar pelo sistema da CLT tendo direito a indenização em caso de dispensa imotivada nos moldes dos arts. 477 e do 478 da CLT (1 mês de salário superior a 6 meses), alcançando a estabilidade decenal ao completar 10 anos de serviços ininterruptos na empresa, quando, a partir de então, somente poderia ser dispensado se cometesse falta grave, previamente apurada em ação judicial. (grifo original)

Nascimento (2011, p.1158) explica que a alteração advinda da lei 5.107 que regulamentou o FGTS tinha como propósito

a alteração da norma constitucional, tudo no sentido de disciplinar dois regimes jurídicos de garantia do emprego: um econômico, com depósitos bancários de que se utiliza o empregado despedido sem justa causa; outro meramente jurídico, com as mesmas figuras já existentes, da indenização quando o empregado tem menos de 10 anos de emprego, e da estabilidade a partir desse período, porém importando a opção do trabalhador ao ser admitido num emprego em renúncia à estabilidade

Caso o empregado optasse pelo sistema do FGTS, não teria direito à indenização prevista nos arts. 477 e 478 da CLT, tampouco o direito a estabilidade,

porém tinha direito a receber os valores depositados em sua conta vinculada no caso de aposentadoria e no caso de dispensa imotivada. Ainda, no caso de morte, seus dependentes teriam direito ao saque dos valores depositados na conta do FGTS. Já na hipótese de o empregado escolher a proteção celetista, não fazia jus a qualquer proteção decorrente do sistema do Fundo de Garantia, sendo que nem o empregado nem os seus dependentes receberiam indenização em caso de aposentadoria ou morte.

Silva (2017b) critica a expressão mesma empresa constante no art. 492 do CLT, defendendo que a expressão deve ser interpretada, na verdade, como mesmo empregador. Isso por que o empregador pode ser pessoa física ou um ente despersonalizado, e cita o exemplo de um trabalhador que prestou serviços por mais de 10 anos a um condomínio, e embora não tenha trabalhado para uma empresa no conceito jurídico da palavra, adquire o direito a estabilidade. Também merece destaque a hipótese do empregado que presta serviços a um grupo econômico, pois a tese adotada era a de que o grupo deveria ser considerado um único empregador, e dessa forma era possível um empregado adquirir a estabilidade com, por exemplo, 4 anos de contrato de trabalho em uma empresa, somando 6 anos de contrato de trabalho com outra empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Outra crítica à estabilidade decenal é o fato de que o único critério a ser observado diz respeito ao tempo de serviço, o que levou os empregadores a demitir o empregado no 9º ano do contrato a fim de evitar o direito à estabilidade. Procurando evitar essa situação, o TST editou a súmula 26, para vedar a despedida sem justa causa do empregado com 9 anos de trabalho na mesma empresa. Na prática, se o empregador quisesse evitar a estabilidade, apenas demitia no 8º ano, sendo praticamente inútil a edição da Súmula – que hoje se encontra cancelada.

Os empregados que adquiriram a estabilidade decenária só podem ser demitidos mediante falta grave ou força maior, devidamente comprovada, que deverá ser apurada por meio de ação de inquérito judicial proposta por iniciativa do empregador. Ainda, o empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso do trabalho, sendo a despedida efetivada somente após o inquérito e sentença favorável ao empregador, conforme trata a Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 494, conforme redação transcrita:

Art. 494 - O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação.

Parágrafo único - A suspensão, no caso deste artigo, perdurará até a decisão final do processo. (BRASIL, 1943)

Ainda, se a ação para resolução do contrato não obtiver êxito, o empregado deve ser reintegrado, mantendo-se o contrato válido e, caso tenha sido afastado, todas as verbas contratuais do período de afastamento devem ser a ele pagas.

Casos dessa modalidade de estabilidade após a Constituição Federal de 1988 não são mais possíveis, diante da previsão constitucional pelo regime do FGTS e extinção da estabilidade (art. 7º, III). Apesar disso, em respeito ao direito adquirido que trata a Constituição em seu art. 5º, inciso XXXVI, aqueles que já tinham optado e adquirido a estabilidade com a promulgação da Constituição tiveram a estabilidade mantida.

3.3 Estabilidade do art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988

A redação do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei. (BRASIL, 1988)

Em regra, por força do art. 41 da Constituição Federal, a estabilidade aos servidores públicos está condicionada à realização de concurso público, porém o artigo acima transcrito estende essa estabilidade àqueles que não realizaram concurso público. Nesse sentido, Saraiva (2009, p. 300) explica que

os servidores admitidos pela administração pública, direta, autárquica e fundacional, seja da União, dos Estados, Municípios ou do Distrito Federal, estatutários ou celetistas, em exercício na data da promulgação da CF/1988 há pelo menos 5 anos continuados, sem o devido concurso público, foram considerados estáveis no serviço público

Diante disso, os servidores públicos civis especificados no art. 19 do ADCT, mesmo que contratados via CLT, são considerados estáveis. Porém, segundo Delgado (2016), tal benefício não se estende aos servidores admitidos irregularmente após 5 de outubro de 1983, e nem aos demais empregados públicos não integrantes da administração direta, autárquica ou fundacional, como, por exemplo, determinado integrante de sociedade de economia mista controlada pelo Estado.

Barros (2016) levanta uma hipótese que é atualmente controversa: trabalhadores de Conselhos Regionais Profissionais (engenharia, agronomia, etc.) procuram ter reconhecido o seu direito a estabilidade com base no art. 19 do ADCT da Constituição Federal, pois defendem que os conselhos são entidades equiparadas às autarquias e integram a Administração Pública Indireta. Conforme disposto no art. 58, §3º da Lei 9.649/98, empregados que pertencem aos conselhos fiscalização de profissões “são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta”. (BRASIL, 1998) Ademais, o Decreto-Lei 968 de 1969 também afasta expressamente a aplicação das normas relevantes à Administração Pública às instituições de fiscalização de profissões.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de número 838.648:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA DE AUTARQUIA. SERVIDOR. ESTABILIDADE. PRECEDENTES. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquia e aos seus servidores se aplicam os artigos 41 da Constituição Federal e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, motivo pelo qual não podem ser demitidos sem a prévia instauração de processo administrativo. 2. Agravo regimental não provido.
(RE 838648 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em: 07/04/2015, DJe: 26/05/2015) (grifo original)

Consequentemente, a partir dessa decisão, houve a alteração no entendimento atual dos tribunais, que passaram a adotar a extensão da estabilidade prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos empregados de conselho de fiscalização profissional, considerando que estes tem, então, natureza jurídica de autarquia.

3.4 Estabilidade do servidor público

Tal estabilidade está prevista no art. 41 da Constituição Federal. A redação original previa que seria estável o servidor nomeado em virtude de concurso público que tivesse dois anos de efetivo exercício do cargo. Porém, a Emenda Constitucional n. 19 de 1998 mudou a redação do referido artigo, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. (BRASIL, 1988)

Tais servidores só poderão perder o cargo mediante processo administrativo com o seu direito a ampla defesa assegurado, ou no caso de avaliação periódica de desempenho, que deverá seguir a forma definida em lei complementar. (BARROS, 2016)

Delgado (2016, p. 1391) explica que:

no que diz respeito aos efetivos *empregados públicos*, isto é, servidores da administração direta, autárquica e fundacional admitidos após aprovação em concurso público, prepondera, na jurisprudência *trabalhista*, a linha interpretativa de que se encontram, sim, abrangidos pela regra protetiva do art. 41 da Constituição. Este entendimento funda-se em distintos aspectos combinados: de um lado, na *essencialidade da forma* (concurso público) para os atos admissionais praticados pelo Estado. Tratando-se de admissão submetida aos rigores do concurso público, como no caso em exame, não pode a ruptura do vínculo fazer-se nos mesmos moldes singelos que se aplicam às *relações jurídicas meramente discricionais*, que o Estado brasileiro ainda mantém quase que generalizadamente.

A estabilidade não se estende àquele que ocupe o cargo de confiança a qual se refere o art. 37, V da Constituição Federal, pois são simplesmente recrutados sem respeito às normas específicas da Administração Pública, inexistindo concurso público para ocupação de cargo de confiança. Ademais, os titulares de função pública também não gozam da estabilidade, pois são igualmente admitidos sem o devido concurso público.

Cabe ressaltar que essa garantia não se estende ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por ser contratado pelo regime celetista, mesmo que tenha sido aprovado por concurso público. Tal entendimento é o do Tribunal Superior do Trabalho no item II da súmula 390, que diz:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA

MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) (grifo original)

Contudo, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o alcance do item I da súmula está limitado aos servidores que foram admitidos antes da data da publicação da Emenda Constitucional 19/98, pois esta trouxe a alteração para garantir estabilidade somente aos servidores nomeados em provimento de cargo efetivo. Di Pietro (2014) explica que o empregado público não é nomeado, e sim contratado; além disso, não é titular de cargo e sim de emprego e por isso não fazem jus ao benefício da estabilidade. Nesse sentido é o entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998:

EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

(STF - RE: 589998 PI, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em: 30/11/2010, DJe: 07/12/2010) (grifo original)

Delgado (2016) explica que em razão da Lei nº 9.784 de 1999, especificamente no art. 2º que define os princípios da administração pública, bem como fundado no art. 50 da mesma lei, a Administração Pública deverá motivar os seus atos, com a indicação dos fatos e fundamentos que embasaram sua decisão.

Deste, o fato da estabilidade não se aplicar a esses casos não significa que tais empregados podem ser demitidos indiscriminadamente e de maneira discricionária,

já que a Administração Pública deverá respeitar diversos princípios, entre eles o princípio da motivação dos atos. (BARROS, 2016)

4 A SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em 2012 o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 443 com a seguinte redação: “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”. (BRASIL, 2012) Tal súmula tem como objetivo reduzir a desigualdade em relação ao tratamento recebido pelo trabalhador soropositivo ou acometido de doenças graves.

Realizando uma análise interpretativa da referida súmula, surge a dúvida em relação à presunção de dispensa discriminatória, pois ao presumir discriminatória a dispensa imotivada, surge a dúvida se o Tribunal acaba por criar uma estabilidade provisória ao empregado doente com a inversão do ônus da prova. Tendo em vista o caráter crônico da maioria das doenças graves, essa suposta estabilidade teria caráter vitalício. Ainda, ocorre a dificuldade em definir o que se entende por doença grave e que cause preconceito, pois a conceituação dada pelo Tribunal é ampla e indefinida.

Inicialmente, deve se delimitar o que se entende por discriminação. Conforme Nascimento (2011, p.732),

a discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado, revelando escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores.

Dito isso, o Tribunal buscou, com a edição da Súmula, evitar que o empregador use o seu direito potestativo de demissão como forma de mascarar a sua discriminação, condicionando a dispensa do empregado adoecido à prova de que a sua dispensa era realmente necessária. Notadamente,

a Constituição confere ao empregador, como regra geral, o poder de despedir sem justa causa ou imotivadamente (art. 7º, I), porque ainda não houve a edição de lei complementar para que a relação de emprego seja protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Nada obstante, o poder de despedir sem justificar uma causa não autoriza todas as formas de rupturas. O empregador detém a prerrogativa de não justificar, mas não pode utilizar desse poder para praticar ato discriminatório, pois, se assim for, o ato jurídico é nulo de pleno direito. De outra banda, cancelar a justificativa de que “não preciso justificar para despedir”, em detrimento de um exame mais acurado do próprio sentido da vontade de despedir, seria afrontar princípios constitucionais fundamentais[...] (SCHEUERMANN, 2013, p.225) (grifo original)

Cabe ressaltar que a discriminação não se dá somente no momento de despedida do empregado, podendo ocorrer também na fase contratual e na fase pré-contratual. Pode ocorrer o ato discriminatório na fase pré-contratual quando o empregador exige, no momento da seleção de emprego, exame para descobrir se o possível empregado possui HIV, por exemplo. Na fase contratual, a situação se agrava ainda mais nos casos onde os colegas de trabalho descobrem que o trabalhador é portador de determinada doença.

Em relação a isso, Gunther (2014) explica que há a diferenciação doutrinária entre a discriminação indireta e oculta. Nos casos de discriminação indireta o que se leva em consideração são os efeitos produzidos pelo ato, e não pelo fato em si, devendo o empregador provar que apesar dos efeitos negativos, houve justificativa para a prática de determinado ato. Nesse caso, não há a intenção de discriminar, porém determinada conduta produz o resultado discriminatório. Na discriminação oculta, há a intenção de marginalizar o empregado, mas o motivo real não fica explícito, e é disfarçado por outro.

Em relação específica ao HIV, têm-se duas situações: a do paciente sintomático e a do paciente assintomático. Ainda, HIV e AIDS não são sinônimos, sendo possível que um indivíduo soropositivo não apresente sintomas ou desenvolva a doença durante toda sua vida.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, de acordo com o estágio de desenvolvimento da doença provocada pelo vírus HIV, decorrem diferentes graus de capacidade laborativa, que correspondem a tratamentos jurídicos diversos. Quando já está plenamente instalado o quadro infectocontagioso da AIDS, isto é, no estágio avançado da doença provocada pelo vírus HIV, o paciente é acometido por diversas infecções e doenças oportunistas, o que acarreta a necessidade de afastamentos para tratamento de saúde, ou até mesmo sua aposentadoria por invalidez. Nesse sentido, a Lei nº 8.213/91, que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social, menciona expressamente a AIDS como motivo para concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez independentemente de carência, quando contraída após a filiação ao Regime Geral de Previdência Social. (PIMENTA, 2013)

Assim, o empregado sintomático está plenamente protegido pelo ordenamento jurídico, sendo que a principal preocupação do Tribunal ao editar a Súmula foi com aquele trabalhador assintomático, pois geralmente este pode continuar a exercer o seu trabalho sem problemas e riscos para os colegas. Nesse sentido, Barros (2016, p.771) menciona as orientações da Organização Mundial da Saúde:

atenta a essas circunstâncias, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em associação com a OIT, baixou instruções gerais sobre a temática, por meio da **Declaração de Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho**. Dessa declaração se infere que, na grande maioria dos ofícios ou profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de um empregado para um cliente ou de um cliente para um empregado (seção II, §4º). (grifo original)

Surge o problema ao definir o que se entende por doença grave, pois a Súmula não dá esse conceito. Conforme consta nas Diretrizes e Recomendações para o Cuidado Integral de Doenças Crônicas Não-Transmissíveis,

a Organização Mundial da Saúde (OMS) define como doenças crônicas as doenças cardiovasculares (cerebrovasculares, isquêmicas), as neoplasias, as doenças respiratórias crônicas e diabetes mellitus. A OMS também inclui nesse rol aquelas doenças que contribuem para o sofrimento dos indivíduos, das famílias e da sociedade, tais como as desordens mentais e neurológicas, as doenças bucais, ósseas e articulares, as desordens genéticas e as patologias oculares e auditivas. (BRASIL, 2008, p. 13)

Na legislação previdenciária, especificamente no art. 151 da Lei 8.123/91, as seguintes doenças são consideradas graves:

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids) ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada (BRASIL, 1991)

O TST admite a aplicação por analogia da Lei 8.123/91 ao processo do trabalho, mas a lista de doenças consideradas graves não é exaustiva, permitindo a ampla interpretação do juiz.

Cançado (2016, p. 183) explica:

em que pese terem sido enfrentados pelo Tribunal Superior do Trabalho, casos envolvendo tão somente 4 (quatro) doenças distintas para fins de caracterização de dispensa discriminatória, percebe-se que a edição da Súmula 443 ampliou as hipóteses ao *empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito* (grifo original)

Dessa forma, conclui-se que o rol de doenças contido na legislação previdenciária é meramente explicativo e usado como maneira de suprir a lacuna

criada pela Súmula, pois a redação desta possibilita uma aplicação ampla em relação às doenças consideradas graves. Isto posto, a Súmula transferiu ao julgador do caso concreto o dever de classificar a moléstia como doença grave, e, conseqüentemente, determinar se essa moléstia causou discriminação por parte do empregador.

4.1 Precedentes e fundamentos jurídicos da Súmula nº 443 do TST

Antes da Súmula, o Tribunal Superior do Trabalho já adotava uma postura protetiva, procurando consolidar a aplicação do princípio da dignidade humana nas despedidas de empregados soropositivos ou portadores de doenças graves e evitar as dispensas discriminatórias. Seguindo esse raciocínio, foi editada e publicada a Súmula 443.

Scheuermann (2013, p.220) resume os principais argumentos levantados pelas partes em relação à edição da Súmula nº 443 do TST:

nas reclamações trabalhistas individuais, de um lado, os argumentos dos empregadores de que a despedida imotivada é a regra e direito potestativo (art. 7º, I, da Constituição), de inexistência de lei a amparar estabilidade (art. 5º, II, da Constituição), de não se tratar de doença originada no labor, tudo a enfraquecer suposta discriminação, cabendo então ao trabalhador demonstrar o fato constitutivo de suas alegações. De outro, os argumentos dos trabalhadores despedidos de que a despedida em momento de fragilidade física configuraria tratamento discriminatório (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, caput, I e XLI, 7º, I e XXX, 170 e 193, todos da Constituição e da Lei nº 9.029/95)[...] Isso sem excluir o preconceito e o assédio moral praticados em face do trabalhador doente, gerando danos além da esfera trabalhista, atingindo o âmago da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

No que diz respeito à criação de uma estabilidade para os empregados gravemente doentes e eventual ilegalidade acerca da reintegração ao emprego, Muçouçah (2007), citado por Pimenta (2013), defende a tese de que a reintegração determinada pela Súmula não significa conceder estabilidade ao empregado adoecido, conforme trecho a seguir transcrito:

não sendo confundida com o instituto da estabilidade, a reintegração ao emprego é uma garantia no sentido de não obstar que o trabalhador tocado pelo HIV interrompa suas atividades e continue a perceber sua remuneração, a conviver em sociedade, enquanto tiver condições físicas para fazê-lo. Assim, garante-se também a continuidade da contribuição à Previdência Social, para que, no momento em que não seja possível ao doente de AIDS prosseguir, seja-lhe garantido o direito à aposentadoria. E, frise-se, esse limite ao direito potestativo do empregador vem sendo

considerado uma presunção discriminatória, quando não comprovado motivo justo para dispensa. (grifo próprio)

No mesmo sentido, no julgamento em sede de Embargos no Recurso de Revista 36600-18.2000.5.15.0021, o TST assim decidiu:

[...] **a inexistência de texto de lei prevendo a estabilidade do trabalhador infectado pelo vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço**, já que comprovado que a rescisão foi motivada por atos de discriminação, em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (arts. 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, caput e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal).” (TST – E-RR: 36600-18.2000.5.15.0021. Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, julgado em 06/11/2008. DEJT: 14/11/2008) (grifo próprio)

Já no julgamento do Recurso de Revista 18900-65.2003.5.15.0072, o Tribunal deixou claro que a presunção de discriminação não afronta a Constituição, conforme julgado segue a seguir transcrito:

RECURSO DE REVISTA – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – EMPREGADO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE – RISCO DE MORTE SÚBITA – REINTEGRAÇÃO. Muito embora não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador de cardiopatia grave, **a reintegração em face da dispensa arbitrária e discriminatória devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal** (TST-RR- 18900-65.2003.5.15.0072, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Primeira Turma, julgado em: 17/03/2010, DEJT:06/08/2010) (grifo original, grifo próprio).

Assim sendo, o Tribunal Superior do Trabalho superou as questões contrárias com a redação da Súmula, pois esta encontra diversos fundamentos constitucionais, notadamente os incisos III e IV do art. 1º, que dispõem sobre a dignidade humana e os valores sociais do trabalho, respectivamente; o inciso IV do art. 3º, que busca evitar o preconceito e a discriminação; além do art. 5º, que deixa explícito o princípio da isonomia. Já na esfera infraconstitucional pode-se citar o art. 4º da Lei 9.029 de 1995, que assim dispõe:

Art. 4º – O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. (BRASIL, 1995)

Ainda no âmbito infraconstitucional, Cançado (2016, p. 174) explica que o art. 165 da CLT foi utilizado como embasamento, por analogia:

o art. 165 da CLT trata da dispensa injustificada de titulares da representação dos empregados nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes. Em que pese o artigo ser específico para tal modalidade de dispensa, o Tribunal Superior do Trabalho utilizou o conceito ali delimitado pelo legislador para, nos casos concretos, decidir se houve ou não dispensa discriminatória de empregados portadores das doenças que analisaram.

Com isso, se a dispensa não for comprovadamente fundamentada em motivo econômico, financeiro, técnico ou disciplinar, a dispensa será invalidada.

Também foi levado em conta o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente nas Convenções 111 e 117, e na Recomendação nº 200.

A Convenção nº 111 prevê em seu art. 2º que todos os membros ratificantes da Convenção deverão formular e aplicar políticas que visem promover a igualdade nos casos relacionados ao emprego e profissão, com a finalidade de erradicar a discriminação nesse setor.

Já a Convenção nº 117 que tem como matéria as políticas sociais determina, em seu art. XIV, que uma das finalidades da política social é suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores que tenha base na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical.

Em relação à Recomendação nº 200 da OIT, Gunther (2014, p. 43) explica que:

dentre os princípios gerais mais importantes previstos na Recomendação 200, destacam-se aqueles relacionados à garantia dos direitos humanos, ao local de trabalho, à proibição de discriminação e estigmatização, à prevenção e ao tratamento e proteção à privacidade. Quanto ao primeiro princípio, a resposta ao HIV e à AIDS deve ser reconhecida como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, inclusive os trabalhadores, suas famílias e dependentes. Em relação ao segundo, HIV e AIDS são reconhecidos e tratados como tema pertinente ao local de trabalho, a ser incluído entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, com inteira participação das organizações de empregadores ou trabalhadores.

E continua, explicando os outros princípios considerados fundamentais da Recomendação:

no tocante ao terceiro, vedam-se discriminação e estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato

de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV. Quanto ao quarto princípio, reconhece-se o acesso dos trabalhadores, suas famílias e dependentes a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e à AIDS [...] No que concerne ao quinto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem usufruir de proteção à sua privacidade, inclusive a relacionada com o HIV e a AIDS, em particular no que diz respeito a sua própria situação quanto ao HIV; e também nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a exame de HIV nem a revelar sua situação sorológica. (GUNTHER, 2014, p. 44)

Ressalta-se que as Recomendações são apenas sugestões para os países regulamentarem suas normas internas, enquanto as Convenções são uma espécie de tratado internacional, e se ratificada pelo país, obriga este a seguir as determinações nela contidas.

A influência da OIT pode ser percebida no julgamento do Recurso de Revista nº 105500-32.2008.5.04.0101, que foi, inclusive, citado como precedente para edição da Súmula nº 443:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. **1. O sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional.** (...) 5. Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como "direito de todos e dever do Estado", impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, caput, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. [...] 8. **A edição da Lei 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embaixadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT.** [...]

(TST – RR:105500- 32.2008.5.04.0101, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Terceira Turma, julgado em: 29/06/2011, DEJT: 05/08/2011) (grifo original, grifo próprio).

Conforme destacado acima, o Tribunal decidiu por defender o lado do empregado nos precedentes para a criação da Súmula, e deu maior valor aos princípios constitucionais destinados a proteção da parte hipossuficiente, em contraparte ao argumento dos empregadores de que seria uma ofensa ao direito potestativo de demissão.

O que acaba ocorrendo é um conflito entre direitos que são contrapostos, de maneira que a limitação de um direito acaba por afetar a outra parte, e coube ao Tribunal decidir o direito que prevalece.

Outro precedente citado na edição da Súmula foi o julgamento do Recurso de Revista nº 317800-64.2008.5.12.0054:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA . Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. **Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral.** É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 317800-64.2008.5.12.0054, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, Sexta Turma, julgado em: 01/06/2011, DEJT: 10/06/2011) (grifo original, grifo próprio)

Diante das jurisprudências referidas, fica claro que o Tribunal Superior do Trabalho tem uma postura acolhedora em relação às normas da OIT, inclusive em relação às Recomendações, que não são de aplicação obrigatória.

4.2 Aspectos processuais e consequências da Súmula 443 do TST

Com a presunção estabelecida na Súmula, ocorre um problema processual de difícil resolução: a quem pertence o ônus da prova nesses casos?

A CLT dispõe, em seu art. 818, que a prova das alegações é ônus a ser suportado pela parte que as fizer. No caso, a Súmula ao presumir discriminatória a dispensa teria invertido o ônus da prova? É o que defende Pimenta (2013, p.227), ao explicar que nesse caso

a presunção estabelecida serve para atribuir ao empregador o ônus da prova da licitude da dispensa. Dessa forma, no bojo de reclamação trabalhista em que se discuta o caráter discriminatório da dispensa, **cabe ao empregador demonstrar os motivos – lícitos – que levaram à rescisão**

do contrato de trabalho. [...] Nesses termos, incumbe ao empregador o ônus de alegar e provar, no curso da instrução processual, a ocorrência de fatos e de circunstâncias que permitam ao juiz da causa concluir que a doença do empregado não foi o motivo determinante da rescisão de seu contrato de trabalho sem justo motivo, e sim outras razões consideradas razoáveis, plausíveis e socialmente aceitáveis. Caso contrário, presume-se a ocorrência de discriminação, pois terá havido a diferenciação do trabalhador para fins de manutenção da relação de emprego sem qualquer base em razões objetivas e não arbitrárias. (grifo próprio)

Delgado (2016) explica que a presunção é relativa e não absoluta, e neste caso o empregador poderá realizar prova em contrário, procurando demonstrar que a dispensa não se deu de forma discriminatória, mas sim por motivos técnicos, financeiros, econômicos ou disciplinares, e então eliminar a presunção naquele caso específico.

A inversão do ônus da prova não constitui nenhuma novidade no processo do trabalho, podendo ser citado como outro exemplo o caso previsto na Súmula nº 338 do TST: é ônus do empregador, na hipótese ter mais de 10 funcionários contratados, o registro da jornada de trabalho, e a não apresentação desse registro gera a presunção de que os horários aludidos pela parte reclamante são verdadeiros.

Nessa perspectiva, o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a inversão do ônus da prova nos casos onde o empregador tenha melhores condições que o empregado para produzir determinada prova, consagrando a teoria da aptidão da prova. Porém, ao definir que o empregador tem maiores condições de assumir o ônus probatório, a Súmula cria dificuldades processuais, já que em determinados casos isso pode significar exigir do empregador a produção de prova negativa ou diabólica.

Boson (2010), citado por Pimenta (2013) explica que a inversão do ônus da prova se dá por que é extremamente difícil para o empregado demonstrar que sua doença deu causa à demissão, pois o empregador, nos casos de dispensa discriminatória, geralmente acoberta a causa e usa outra justificativa. O que acontece, frequentemente, é que a dispensa sem motivo aparente, na realidade é uma dispensa discriminatória acobertada pelo uso do direito potestativo de demissão.

Naturalmente, o empregador não pode exigir que o empregado comunique o fato de portar o vírus HIV, já que isso configura violação ao direito constitucional à intimidade. Contudo, também não faz sentido requisitar que o empregado prove a intenção de discriminar, pois muitas vezes a conduta do empregador mascara a sua real intenção.

Considerando a dificuldade de provar a discriminação, e a maior aptidão do empregador para provar que não agiu de maneira discriminatória, o empregado não precisa, necessariamente, provar que sofreu a discriminação, apenas apresentar indícios que isso possa ter ocorrido. Já do empregador não é exigível a prova diabólica, mas a comprovação de que a dispensa seguiu critérios técnicos, disciplinares, econômicos ou financeiros como motivação. (GUNTHER, 2014)

Com efeito, após a edição da Súmula, o entendimento jurisprudencial é realmente de que o ônus da prova nesses casos pertence ao empregador, conforme pode se extrair do julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10716-57.2014.5.15.0033, transcrito a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA CARACTERIZADA. EMPREGADA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE (CÂNCER). CIÊNCIA DA EMPREGADORA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (R\$ 20.000,00). DECISÃO REGIONAL EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA Nº 443 DO TST. Na hipótese, a Corte a quo manteve a sentença em que se julgaram procedentes as pretensões de reintegração ao emprego e de indenização por danos morais, sob o fundamento de que ficou demonstrado que autora foi dispensada, de forma imotivada e discriminatória, por ser portadora de doença grave (câncer). Extraí-se do acórdão regional que, à época da dispensa sem justa causa, a reclamada tinha conhecimento da patologia da reclamante. Ficou consignado que "a dispensa agravou a debilitada saúde da reclamante, que já era portadora de deficiência auditiva e de fala" e, "segundo a prova oral constante dos autos, a associação das deficiências preexistentes com o surgimento do câncer tornaram a reclamante desinteressante à reclamada". De acordo com as premissas fáticas descritas no acórdão recorrido, constata-se que a dispensa imotivada da reclamante é presumidamente discriminatória, na medida em que a empregadora tinha ciência da doença grave que acometia a obreira, não tendo se desincumbido do ônus de comprovar que dispensa não guardou qualquer relação com a enfermidade. **Esta Corte superior, por meio da Súmula nº 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave, como portadores do vírus HIV, câncer, dependência química, etc, ou se o empregado apresenta sinais de doença que suscite estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa, sob pena de presumir-se discriminação. [...] impõe-se ao empregador uma obrigação negativa, qual seja, a comprovação de que a dispensa não possui contorno discriminatório, buscando, assim, assegurar a proteção da dispensa do empregado com dificuldades de reinserção no mercado de trabalho e a concretização do comando constitucional da busca do pleno emprego. Caberia à empregadora provar, de forma robusta, que dispensou a reclamante, portadora de doença grave, por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, de modo a afastar o caráter discriminatório da rescisão contratual, o que não ocorreu no caso dos autos. Nesse contexto, in casu, demonstrada a existência de doença grave da empregada, à época da dispensa, a ponto de configurar a presunção de rescisão contratual discriminatória, é perfeitamente aplicável o entendimento consubstanciado na Súmula nº 443 do TST, assegurando-se a reintegração da obreira, bem**

como o pagamento de indenização por danos morais em decorrência da prática discriminatória violadora da dignidade do trabalhador. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - AIRR: 10716-57.2014.5.15.0033, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Segunda Turma, julgado em: 22/03/2017, DEJT 24/03/2017) (grifo original, grifo próprio)

Outra consequência da Súmula é a utilização desta como analogia com a finalidade de inverter o ônus da prova em casos onde há dispensa supostamente discriminatória, mesmo sem incidência de doença grave. Como exemplo, a decisão no Recurso Ordinário nº 0000834-20.2013.5.15.0126, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que assim decidiu:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. CONFIGURAÇÃO. Em matéria trabalhista, discriminação, segundo a Convenção 111 da OIT, é toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por fim alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. Em nosso ordenamento jurídico a proibição da discriminação tem base constitucional (art. 3º da CF). E, para o caso específico da discriminação no ambiente de trabalho, incide, ainda, o que está previsto nos artigos 1º e 4º da Lei nº 9.029/95. No caso em estudo, a dispensa foi efetivada menos de um mês após o retorno ao trabalho pelo obreiro, o qual, apesar de ter sido considerado apto pelo INSS para o trabalho, continuava o tratamento médico para patologia de natureza grave que o acometia. [...] **ainda que o tipo da doença não acarrete preconceito ou estigma, aplica-se, por analogia, o quanto preconizado pela Súmula nº 443 do C. TST. Desse modo, impõe-se o reconhecimento da nulidade da dispensa efetivada, determinando a reintegração do reclamante ao emprego.** Recurso provido, no aspecto.

(TRT15 – RO: 0000834-20.2013.5.15.0126, Relator Desembargador Lorival Ferreira dos Santos, Segunda Turma, julgado em: 22/07/2015 DEJT: 31/07/2015) (grifo original, grifo próprio)

Essa aplicação por analogia expõe a dificuldade em conceituar o que é doença grave, e na ausência de uma legislação específica sobre o tema, cabe ao judiciário decidir pela aplicação da Súmula nos casos em que a discussão seja sobre a dispensa discriminatória.

Dificuldade criada também pela Súmula, ao determinar a reintegração do empregado despedido de maneira discriminatória, estaria o empregador obrigado a manter em seu quadro de funcionários determinada pessoa de maneira vitalícia? Naturalmente, quando o empregador demonstrar ter ocorrido alguma das hipóteses previstas no art. 165 ou 482 da CLT, poderá despedir o empregado sem problema algum, mas não poderá praticar a despedida imotivada. Contudo, a reintegração nem sempre será obrigatória e deverá ser considerada caso a caso.

Nos casos onde a reintegração não seja recomendada, deverá o empregado receber indenização dobrada, conforme o julgamento do Recurso Ordinário 0001956-28.2013.5.15.0010:

DISPENSA ARBITRÁRIA. ATO DISCRIMINATÓRIO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESQUIZOFRENIA. REINTEGRAÇÃO INVIÁVEL EM VIRTUDE DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DO ARTIGO 4º, INCISO II, DA LEI Nº 9.029/95, CORRESPONDENTE AO DOBRO DA ÚLTIMA REMUNERAÇÃO DO TRABALHADOR. Conquanto não se olvide que, em nosso ordenamento jurídico, ao empregador assiste o direito potestativo de dispensar o empregado sem justa causa, imotivadamente, certo é, também, que este direito não é ilimitado e encontra adstrição, por exemplo, na legislação que protege o empregado contra dispensa discriminatória, conforme se verifica pelo teor da Lei nº 9.029/95. Considerando, então, que o obreiro encontrava-se acometido de doença grave, presume-se discriminatória a dispensa, pois teria ocorrido justamente pelo fato de encontrar-se doente, havendo a necessidade de motivação idônea, o que não ocorreu na espécie, em afronta, ademais, aos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF). **Não obstante a reintegração afigurar-se como consequência jurídica inerente à nulificação do ato, nos termos da Súmula nº 443, do C. TST, diante das inferências periciais segundo as quais a tão só hipótese de retornar à ré pode causar quadro de pânico ao obreiro e, assim, agravamento da esquizofrenia, entendo incompatível a medida com a especificidade do caso em apreço, motivo pelo qual, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de melhor alvitre resolver o pedido pertinente na indenização prevista pelo artigo 4º, inciso II, da Lei nº 9.029/95, no importe correspondente ao dobro da última remuneração do trabalhador, pelo período de 01 ano contado da dispensa, por aplicação analógica do artigo 118, da Lei nº 8.213/91.** (TRT 15ª R.; RO 0001956-28.2013.5.15.0010; Rel. Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani; DEJTSP 16/10/2015.) (grifo original, grifo próprio)

O próprio Tribunal Superior do Trabalho já decidiu de maneira contrária à orientação da Súmula, em caso semelhante ao acima transcrito, onde não era recomendada a reintegração do trabalhador ao seu cargo, no julgamento do Recurso de Revista nº 0090500-33.2002.5.02.0044:

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR EDITOR ACOMETIDO DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. CIÊNCIA DO EMPREGADOR. DISPENSA ARBITRÁRIA RECONHECIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA CARACTERIZADA. PAGAMENTO EM DOBRO DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NA LEI 9.029/95 DEVIDO. Trata-se de empregado acometido de esclerose múltipla, cuja dispensa foi reconhecida como arbitrária e obstativa do direito à estabilidade, mas não discriminatória. [...] **Contudo, tal entendimento contraria o disposto na primeira parte da Súmula 443 desta Corte, visto que é evidente que a dispensa se deu em razão da doença, tanto que reconhecido que a despedida foi arbitrária e obstativa da estabilidade assegurada em norma coletiva para os empregados "...acometidos por doenças graves e incuráveis...", resultando, portanto, discriminatória a despedida por conferir**

tratamento injusto ao empregado em razão do seu estado como pessoa natural. Desse modo, tomando-se que o conceito de "estado civil" não está limitado ao "estado de família de uma pessoa", pois envolve os seus atributos individuais capazes de lhe definir uma situação jurídica com direitos e deveres e considerando o arcabouço constitucional (v.g., arts. 1º, III e 3º, IV, da Constituição Federal) e legal brasileiro que vedam toda e qualquer forma de discriminação, vedação ressaltada no caput do artigo 1º da Lei 9.029/95 ("Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de... estado civil..."), **não há como afastar o direito à dobra da indenização relativa ao período de afastamento prevista no artigo 4º do mesmo diploma legal, uma vez caracterizada a dispensa discriminatória em razão da condição pessoal do empregado portador de doença estigmatizante que o coloca em posição jurídica do dever de proteção por toda a sociedade, incluindo o empregador. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 443 do TST e provido.**

(TST-RR: 0090500-33.2002.5.02.0044, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra, Terceira Turma, julgado em: 04/02/2015 DEJT 06/02/2015.)
(grifo original, grifo próprio)

Desse modo, não há como se falar em afronta ao princípio da legalidade, pois esta não criou um tipo de estabilidade, apenas conferiu uma proteção especial aos empregados doentes. Não obstante, a não reintegração só deve ser reconhecida em casos excepcionais, como por exemplo, nos casos onde a relação entre as partes – empregado e empregador – for insuportável, de modo que o convívio entre eles seja absolutamente inviável.

5 CONCLUSÃO

O propósito da Súmula é claro: ao estabelecer a presunção de dispensa discriminatória, inverte-se o ônus probatório e transfere ao empregador o dever de provar que não agiu com o intuito de realizar uma distinção negativa.

Antes mesmo da edição da Súmula, em análise dos casos que serviram como precedentes, o Tribunal já mantinha uma postura no sentido de garantir a aplicação do princípio da proteção e do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos onde havia alegação de dispensa por motivo discriminatório, com a consequente inversão do ônus da prova. Não havia, porém, uma determinação expressa para tal postura, que foi se consolidando tendo embasamento somente na jurisprudência.

Em função disso, houve a criação da Súmula nº 443, que procurou preencher uma lacuna na lei para conferir maior proteção aos indivíduos portadores de doenças capazes de causar estigma social, discriminação e preconceito e consagrar de vez a presunção relativa de discriminação.

Em relação específica aos portadores do vírus HIV, é notório que estes sofrem preconceito e marginalização, visto que a condição de soropositivo remete a diversas outras questões íntimas, já que uma das maneiras de transmissão do vírus é pela via sexual. Tal entendimento é compatível com o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho e da Organização Mundial da Saúde em relação aos indivíduos soropositivos, ao considerar que o trabalho é imprescindível o enfrentamento da doença e inserção social daqueles que já sofrem com o preconceito fora do ambiente de trabalho.

Os argumentos contrários à Súmula não merecem prosperar, uma vez que não há qualquer desrespeito aos princípios e garantias constitucionais. É de conhecimento notório que os direitos, inclusive os fundamentais, não são absolutos e podem ser limitados quando conflitarem com os direitos de outrem. Assim sendo, coube ao Tribunal determinar qual direito deve prevalecer, e nesse caso, claramente a parte hipossuficiente mereceu maior proteção.

Por questões lógicas, o empregado não tem condições de provar que sua despedida ocorreu por motivo discriminatório, exceto nas hipóteses que o empregador deixa isso de maneira clara. Porém, nesses casos não seria necessária nem mesmo a utilização da Súmula, pois a Constituição Federal e a CLT vedam qualquer distinção no ambiente de trabalho.

Já nas hipóteses em que o preconceito vem disfarçado de outras justificativas ocorre a chamada discriminação oculta ou indireta, em que a marginalização não é explícita, e nesses casos não há como exigir que o empregado prove ter sofrido discriminação, considerando a impossibilidade de comprovar as reais intenções ocultas do empregador ao efetuar a dispensa.

Por isso, utilizando-se da teoria da aptidão da prova para considerar que o empregador tem melhores condições de demonstrar os motivos por trás da demissão, ocorre a inversão do ônus da prova ao presumir-se discriminatória a dispensa de empregado gravemente doente. Esta presunção, naturalmente, admite prova em contrário, em respeito ao contraditório e ampla defesa. Isto posto, cabe ao empregador comprovar que a dispensa se ocorreu por motivo técnico, disciplinar, econômico ou ainda algum outro motivo justificável a ponto de afastar tal presunção.

Ainda, o fato da Súmula não conceituar o que se entende por doença grave em nada obsta sua aplicação, já que possibilita uma proteção necessária àqueles que estão no seu maior estado de vulnerabilidade perante o empregador, devendo o juiz decidir pela aplicação ou não da inversão do ônus da prova, conforme os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 10716-57.2014.5.15.0033. Rel. Ministro José Roberto Freire Pimenta. Segunda Turma, julgado em 22/03/2017, DEJT: 24/03/2017

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 838.648/DF. Rel. Ministro José Antônio Dias Toffoli. Segunda Turma, julgado em: 07/04/2015, DJe: 26/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017

_____. *Diretrizes e recomendações para o cuidado integral de doenças crônicas não-transmissíveis: promoção da saúde, vigilância, prevenção e assistência*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2008.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017

_____. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. *Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 10 nov. 2011.

_____. Lei n. 12.023, de 27 de agosto de 2009. *Dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12023.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Recurso Extraordinário nº 589.998/PI. Rel. Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Primeira Turma, julgado em: 30/11/2010, DJe: 06/12/2010, data de publicação: 07/12/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2017

_____. Recurso de Revista 0090500-33.2002.5.02.0044. Rel. Ministro Alexandre de Souza Agra, Terceira Turma, julgado em: 04/02/2015 DEJT 06/02/2015.

_____. Recurso de Revista 105500-32.2008.5.04.0101. Rel. Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Terceira Turma, julgado em 29/06/2011, DEJT: 05/08/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Recurso de Revista 107-20.2011.5.18.0006. Rel. Ministro Walmir Oliveira da Costa. Primeira Turma, julgado em 07/12/2011, DEJT: 16/12/2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Recurso de Revista 18900-65.2003.5.15.0072. Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Primeira Turma, julgado em: 17/03/2010, DEJT: 06/08/2010.

_____. Recurso de Revista 317800-64.2008.5.12.0054. Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado. Sexta Turma, julgado em: 01/06/2011, DEJT: 10/06/2011.

_____. Recurso de Revista 36600-18.2000.5.15.0021. Rel. Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires. Subseção 1, julgado em 06/11/2008, DEJT: 14/11/2008.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº51. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em 29 out. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 277. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em 29 out. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 339. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-339>. Acesso em 29 out. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 377. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-377>. Acesso em 29 out. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 379. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-379>. Acesso em 29 out. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390>. Acesso em: 23 out. 2017.

CANÇADO, Fernanda Brandão. Fundamentos jurídicos da súmula 443 do TST e a sua aplicação prática. *Revista direitos, trabalho e política social*, Cuiabá, v.2, n.2, jan/jun. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUNTHER, Luiz Eduardo. O HIV e a AIDS: preconceito, discriminação e estigma no trabalho – aplicação da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, v.4, nº 42, jul. 2015.

_____. Trabalhador soropositivo e presunção de dispensa discriminatória: a Súmula nº 443 do TST. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, v.3, n. 27, jan/fev. 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. *Revista do TST*, Brasília, v.68, nº 2, abr/jun. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Leone. *Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Direito do Trabalho*. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/92085604/v5/document/110227645>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A súmula nº 443 e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave. *Revista do TST*, Brasília, v. 79, nº3, jul/set 2013.

SÃO PAULO. Recurso Ordinário 0001956-28.2013.5.15.0010. Rel. Desembargador Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. Terceira Turma, julgado em: 07/10/2015, DEJT 16/10/2015

_____. Recurso Ordinário 0000834-20.2013.5.15.0126. Rel. Desembargador Lorival Ferreira dos Santos. Segunda Turma, julgado em: 22/07/2015, DEJT: 31/01/2015.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHEUERMANN, Hugo Carlos. A tutela antidiscriminatória e a súmula nº 443 do TST. *Revista do TST*, Brasília, v. 79, nº 2, abr/jun. 2003.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: Volume 1 - parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106220895/v4/document/125980954> >. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado: Volume 6 – contrato de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106225275/v4/document/126128756/anchor/a-126128756>>. Acesso em: 29 out. 2017

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. 3. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.