

Aplicabilidade da súmula 443 do TST: limitação ou restrição ao poder potestativo de dispensa do empregador?

Applicability of TST precedent 443: limitation or restriction on the employer's power to dismiss?

DOI:10.34117/bjdv7n3-121

Recebimento dos originais: 08/02/2021

Aceitação para publicação: 06/03/2021

Marklea da Cunha Ferst

Doutora pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Bacharel em Direito, Professora Assistente da Universidade do Estado do Amazonas
E-mail: mferst@uea.edu.br

Marcela Dorneles Sandrini

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Estado do Amazonas, Advogada e graduada em Direito pela Faculdade Martha Falcão
E-mail: marcela.sandrini@hotmail.com

Kelly Pauline Baran

Mestre Profissional em Planejamento e Governança Pública pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil (2017), Bacharel em Direito, Professora em graduações e especializações nas áreas de Direito e Gestão na Faculdade FAEL, Especializações em Direito Tributário, pela ABDCONST e em Assessoramento na Jurisdição Trabalhista pela Escola Judicial do TRT 9ª Região, Assessora de Gabinete do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Brasil
E-mail: kellypaulinebaran@gmail.com

RESUMO

Desde a edição, em setembro de 2012, da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que presume discriminatória a demissão de trabalhadores com HIV ou outras doenças graves que gerem estigma ou preconceito, suscitam-se dúvidas a respeito das extensões de sua aplicabilidade. Assim, o objetivo deste artigo é refletir sobre o conflito contemporâneo existente entre os direitos humanos do empregado com HIV ou outras doenças graves que gerem estigma ou preconceito e o direito potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa. O estudo desenvolvido possui caráter descritivo e explicativo, através de análise do estado da arte e utilização do método indutivo, com abordagem bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, a partir da análise doutrinária e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre a temática, tendo sido verificada a aplicabilidade da referida Súmula com a inversão do ônus da prova, cabendo ao empregador comprovar a legalidade da demissão, não se tratando, assim, de nova forma de estabilidade, e sim de se dar efetividade aos direitos humanos do empregado com HIV ou outra doença grave que cause estigma ou preconceito, protegendo-se o direito constitucional da não discriminação e do pleno emprego.

Palavras-chave: Súmula 443 TST, Demissão discriminatória, Direitos humanos.

ABSTRACT

Since the issue, in September 2012, of Precedent 443 of the Superior Labor Court (TST), which presumes the discriminatory dismissal of workers with HIV or other serious diseases that generate stigma or prejudice, doubts have been raised about the extent of its applicability. Thus, the objective of this article is to reflect on the contemporary conflict between the human rights of the employee with HIV or other serious illnesses that generate stigma or prejudice and the employer's right to terminate the employment contract without just cause. The study developed has a descriptive and explanatory character, through the analysis of the state of the art and the use of the inductive method, with a bibliographical and documental approach, of a qualitative nature, based on the doctrinaire analysis and on the jurisprudence of the Superior Labor Court on the theme, having been verified the applicability of the referred Precedent with the inversion of the burden of proof, The applicability of the aforementioned Precedent with the inversion of the burden of proof was verified, and the employer is responsible for proving the legality of the dismissal, which is not, therefore, a new form of stability, but rather the effectiveness of the human rights of the employee with HIV or other serious illness that causes stigma or prejudice, protecting the constitutional right of non-discrimination and full employment.

Keywords: Súmula 443 TST, Discriminatory dismissal, Human rights.

1 INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos humanos remonta a antiguidade (MALHEIRO, 2016) e muitos são os instrumentos que buscaram a sua defesa e proteção, tendo sido a Organização Internacional do Trabalho (OIT), as convenções de Direito Humanitário e a Liga das Nações as precursoras do processo de internacionalização dos direitos humanos (SALDANHA; VIEIRA, 2010).

Com a criação da OIT o trabalhador passa a ser considerado como sujeito do direito internacional (PIOVESAN, 2015), iniciando-se uma nova forma de tratamento do cidadão pelo Estado, que historicamente era considerado “assunto de seu interesse exclusivo, decorrente da sua soberania” (HENKIN, 1990, p. 14).

De fato, não se olvida que a proteção ao trabalho encampa o rol dos direitos humanos, proteção esta que se encontra expressa no artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) garantindo a todo ser humano o direito ao trabalho e a proteção contra o desemprego.

Por outro lado, deve-se lembrar que o “valor social do trabalho” é pressuposto essencial da dignidade da pessoa humana e “corolário da própria cidadania” nos exatos termos previstos no artigo 1º, incisos II, II e IV da Carta (LEITE, 2018, p. 53).

De acordo com os dados do último relatório da OIT, de 2018, tem-se 192 milhões de desempregados no mundo, o que equivale a 5,6% da população economicamente ativa (PEA), sendo que no Brasil o percentual no ano de 2017 foi de 12,9%, em contraste com os EUA, por exemplo, que apresentou 4,4% de desemprego da PEA (FRACALANZA, 2018).

Com base na DUDH, que preconiza a proteção ao desemprego, na Convenção 111 da OIT – que veda toda e qualquer forma de discriminação no ambiente de trabalho – e das normas previstas na Constituição Federal Brasileira de 1988, que vela pela dignidade da pessoa humana; igualdade e os valores sociais do trabalho (BRASIL, 1988 arts. 1º, III e IV, 5º caput e 170, III) foi editada a Súmula 443 do TST, que presume como discriminatória a demissão de empregado com vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, e concede ao empregado o direito à reintegração no emprego.

Em virtude da presunção de discriminação trazida pela Súmula surgem algumas questões atinentes a extensão desta, se relativa ou absoluta, bem como no tocante ao ônus da prova e ao direito potestativo do empregador em encerrar o contrato de trabalho sem justa causa. Desta feita, o presente artigo tem como objetivo fazer um convite à reflexão do conflito contemporâneo existente entre os direitos humanos e ao emprego do empregado com HIV ou outras doenças graves que gerem estigma ou preconceito e o direito potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa, uma vez que a Constituição Federal já prevê a proteção do emprego por intermédio da indenização da multa do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Para alcançar o objetivo proposto, primeiramente busca-se compreender as garantias legais do direito ao trabalho e a sua proteção contra a despedida discriminatória. Em seguida faz-se a análise a despeito dos limites do poder diretivo do empregador na rescisão do contrato de trabalho sem justa causa frente a Súmula 443 do TST.

Por fim, verifica-se a relação entre os direitos do empregado acometido com vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito no emprego versus o poder diretivo do empregador, e o posicionamento atual da jurisprudência na aplicação da Súmula 443 do TST.

Relativamente aos procedimentos metodológicos, o estudo desenvolvido no tocante ao objetivo possui caráter descritivo e explicativo. Quanto a fonte de investigação, esta pesquisa se caracteriza por um estudo de análise do estado da arte, ou seja, realiza os tipos de estudos que já foram realizados sobre os temas, a forma de coleta

de dados, tendências e lacunas (HERNÁNDEZ SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2015).

Quanto a forma de reflexão, utilizou-se o método indutivo, com abordagem bibliográfica e documental, a partir da análise doutrinária e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, de natureza qualitativa (FACHIN, 2017), em que se buscou proporcionar uma análise robusta sobre os efeitos da aplicação da Súmula 443 do TST, tema de grande relevância, entretanto ainda pouco explorado pela academia.

2 PROTEÇÃO AO TRABALHO E DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA

A proteção ao trabalho no âmbito internacional ganhou forças a partir da adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), mas a sua adoção, conforme destaca Piovesan (2018, p. 187), suscitou diversas discussões, em especial a despeito da melhor forma de se assegurar a efetividade universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a DUDH deveria ser “juridicizada” em forma de tratado internacional, garantindo-se assim a observância obrigatória e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Outro marco internacional na proteção dos direitos do trabalhador foi a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, que preconiza Convenções Internacionais com diferentes temáticas, com vistas a propiciar uma regulamentação universal e mínima para as relações laborais.

Dentre as convenções da OIT, duas ganham destaque considerando a temática ora abordada, a 111, que reconhece a discriminação enquanto uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, vedando todo e qualquer tipo de discriminação no ambiente de trabalho e também a Convenção 158, que embora tenha sua ratificação questionada e suspensa atualmente no Brasil, preceitua a proteção ao emprego, limitando o poder arbitrário de dispensa do empregador.

Diante dessas normas em campo internacional, cabe ao empregador proporcionar boas condições de trabalho para o desempenho das atividades em local saudável e zelando pela boa relação com os funcionários, devendo, ainda, fiscalizar tal desenvolvimento e manutenção, a fim de se garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e a igualdade social no ambiente de trabalho.

Noutro lance, a proteção ao trabalho vem insculpida na Constituição Federal, que traz como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, art. 1, III) e alberga a valorização do trabalho humano como fundamento

da ordem econômica (BRASIL, 1988, art. 170 caput) assegurando a todos existência conforme os ditames da justiça social.

Destaca-se ainda que o texto constitucional também veda toda e qualquer forma de discriminação, conforme se pode inferir no disposto no caput do seu artigo 5º (BRASIL, 1988).

Assim é que esse estudo se inclina em dois vértices, de um lado a proteção ao emprego em geral e por outro a vedação de discriminações.

Resende (2010) defende que a proteção contra o desemprego deve ocorrer de duas formas: “com o alargamento do Direito do Trabalho àqueles que estão excluídos de sua proteção, e, por outro lado, assegurar àqueles que se encontram sob a égide da proteção social a sua permanência”.

O desemprego é maléfico tanto no aspecto pessoal, como também tem ampla repercussão na sociedade. Com isso, traz prejuízos individuais, familiares e sociais, repercutindo, inclusive, na criminalidade. Ainda sugere-se que o trabalhador dispensado tem perda de sua capacidade produtiva com o passar do tempo e pode não conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho (RESENDE, 2010), quiçá uma pessoa que já carrega um fardo social pela doença estigmatizante que seja acometida.

Quanto à questão da discriminação, a Convenção nº 111 da OIT considera como ato de discriminação no ambiente de trabalho todo e qualquer tipo de distinção que possa culminar em desigualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Eis o inteiro teor do disposto no artigo 1º da referida Convenção (OIT, 1958):

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

O que procura o legislador, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade social, é impedir atos de discriminação, protegendo desta forma o empregado e assegurar-lhe a garantia do emprego.

Nesse caminhar, o legislador ordinário buscou alargar a contemplação de hipóteses discriminatórias com a edição da Lei 9.029 de 1995, cujo artigo primeiro veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa, seja para efeito de acesso à relação de trabalho, ou para o da sua manutenção.

Esta proteção é essencial para que todo e qualquer funcionário possa ter um ambiente de trabalho saudável, harmonioso e sem qualquer dano que prejudique a vida ou a convivência no ambiente laboral.

Nesse sentido, conforme sustenta Cassar (2013, p. 1.156) a lei alberga todo tipo de ato discriminatório ao empregado, seja ele realizado “no ato da admissão, durante o contrato ou que implique sua despedida”.

Com a finalidade de proteger o empregado de despedidas arbitrárias e discriminatórias, o legislador brasileiro trouxe algumas proteções especiais à determinadas situações em que o empregado se encontra, criando, inclusive garantias provisórias ao emprego.

São tipos de garantias provisórias previstas na legislação: (i) a estabilidade do dirigente sindical, cuja estabilidade está prevista no artigo 543, parágrafo 3o da CLT; (ii) do membro da CIPA, (iii) da gestante, (iv) do funcionário acidentado e (v) dos representantes dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia, titulares e suplentes.

As modalidades de estabilidade provisória no emprego são devidamente previstas em lei, assim, só serão consideradas e aplicadas àquelas em que a legislação trouxer expressa previsão, destacando Cassar (2013, p. 1.110) ser a estabilidade no emprego “a garantia que o empregado tem de não ser despedido senão nas hipóteses previstas em lei ou contrato”.

3 O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Conforme prevê o artigo 2o da CLT, empregador é aquele que assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. O empregador, portanto, é responsável por todo o trabalho e produção exercido a seus comandos, detendo a subordinação dos empregados e o controle da empresa (LEITE, 2018).

O empregador tem poder de direção sobre seus empregados que, por sua vez, têm o dever de obediência, podendo o empregador dirigir, fiscalizar e controlar a prestação de serviços e, inclusive, punir os seus subordinados.

Diante desse poder de direção, o empregador pode comandar, escolher e controlar os meios de produção em sua empresa. O poder de direção se desdobra em três modos: o poder diretivo, que se “constitui na capacidade do empregador em dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa”; o poder disciplinar, que é o poder de impor punições; e o poder hierárquico ou de organização, podendo o empregador determinar a estrutura econômica e técnica de sua empresa (CASSAR, 2013).

Esses poderes decorrem da celebração do contrato de trabalho entre empregador e empregado, tendo em vista que o primeiro tem sob sua responsabilidade a organização e a disciplina do trabalho, características próprias do instituto da subordinação jurídica.

Ressalta-se que o poder disciplinar tem por finalidade a manutenção da ordem no ambiente de trabalho e se traduz na capacidade do empregador de aplicar sanções, que podem ser: advertência, suspensão e dispensa por justa causa. Nesse sentido, não se olvida que, de acordo com o direito brasileiro, o empregador detém o poder potestativo de dispensa do seu empregado.

Potestativo é aquele direito que não depende da anuência do destinatário. É uma espécie de direito subjetivo. O direito de rescindir de forma unilateral o contrato de trabalho enquadra-se, pois, nesse conceito (DALLEGRAVE NETO, 2000).

Por outro lado, ao definir o conceito de empregado no artigo 3º, a CLT expressa que a prestação de serviço dar-se-á por pessoa física, com habitualidade e onerosidade ao empregador, e sob a dependência deste.

Com isso é possível concluir que a própria CLT atribuí ao empregador um poder diretivo, ou seja, a liberdade deste, de determinar o modo como será gerido o negócio e como serão desenvolvidas as atividades oriundas do contrato de trabalho. Tem-se claramente dois papéis distintos, o do empregador, de decisão quanto à gerência e desenvolvimento das atividades do negócio, e o do empregado, de subordinação no exercício de suas atribuições.

Esse poder é essencial para o funcionamento e progressão da atividade, vez que o detentor da direção de prestação pessoal poderá determinar de qual modo o empregado deverá cumprir as atividades, determinará a jornada de trabalho, função e locais de trabalho por regulamento.

Para maior liberdade das partes no contrato de trabalho, mais precisamente no artigo 487, a possibilidade da rescisão imotivada, que pode tanto se dar por parte do empregado, quanto do empregador, exigindo-se, em ambos os casos a observância do aviso prévio (NASCIMENTO, 2014).

Entretanto, se a rescisão imotivada se dá por parte do empregador, este arcará ainda com a indenização compensatória equivalente a 40% do saldo para fins rescisórios do FGTS.

De qualquer forma, é certo, em não se tratando das hipóteses legalmente previstas nas quais o empregador deverá motivar a dispensa do funcionário, como nos casos estudados de estabilidade provisória nos moldes que a legislação prevê, em regra, o empregador pode a qualquer tempo e sem justo motivo requerer o desligamento de um funcionário efetuando o pagamento de todos os consectários trabalhistas devidos ao empregado desligado.

Todavia, há que se destacar a limitação do poder diretivo do empregador, cujo exercício deve obedecer a uma “esfera civilizatória” que veda abusos e excessos (MARTINEZ, 2018, p. 268), pois se por um lado o poder diretivo se justifica pelo interesse social da empresa (CATHARINO, 1975), por outro lado encontra limites na função social do contrato de trabalho, nos ditames da boa-fé e na dignidade da pessoa humana.

A posição doutrinária e jurisprudencial contemporânea entende que além da finalidade econômica, a empresa deve primar por sua função social, não sendo possível dissociar o contrato de trabalho da função social prevista no artigo 421 do Código Civil (RIBEIRO, 2011).

Com vistas a garantir o atendimento das necessidades da sociedade, o Estado reconhece o direito de propriedade e da livre iniciativa, mas também impõe limites ao seu exercício (COUTINHO, 1999).

É importante salientar que para promoção da dignidade humana, faz-se necessário facilitar o acesso ao trabalho e, também, tornar efetiva a garantia à manutenção do emprego adquirido. No ordenamento vigente, assegura-se ao empregado somente o direito a receber uma indenização, o aviso prévio e outras verbas rescisórias. O mais importante que é manter o emprego, continua no arbítrio do empregador. Disso resulta insegurança ao empregado, refletindo na sua vida familiar e pessoal. (GOMES, 2008).

Enfatiza-se que na relação de emprego há sempre que se fazer valer a ponderação destes princípios constitucionais, o do direito de propriedade e da livre iniciativa e o da

função social do contrato, que devem andar de forma concomitante, antes, durante e na finalização do contrato, ou seja, o poder diretivo do empregador encontrará sempre limites nos princípios constitucionais e legais de proteção ao trabalhador e da continuidade da relação empregatícia.

4 A “ESTABILIDADE” PREVISTA NA SÚMULA 443 DO TST FRENTE AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Indiscutível que a legislação confere ao trabalhador não apenas o direito ao trabalho, mas também a proteção do emprego e da dispensa imotivada ou discriminatória, conferindo inclusive estabilidade provisória em alguns casos, conforme visto alhures.

Vale lembrar que a CF/88 não prevê a estabilidade plena ao trabalhador brasileiro, concedendo-lhe, entretanto, uma indenização na hipótese de dispensa imotivada pelo empregador.

Em resumo: a regra geral é o poder de dispensa amplo do empregador, denominado poder potestativo de dispensa que decorre do seu poder diretivo. No entanto, além das restrições genéricas de proteção ao trabalho e à dignidade da pessoa humana, sofre esse “poder” inúmeras limitações legais denominadas garantias provisórias ao emprego.

Agora, o que se pretende aqui refletir é sobre a extensão da presunção de dispensa discriminatória do empregado com HIV ou outra doença grave que cause estigma ou preconceito prevista na Súmula 443 do TST. Ou seja, se é uma restrição ao poder de dispensar ou se seria uma nova modalidade de limitação (de garantia provisória). Eis o inteiro teor da referida Súmula:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (BRASIL, 2012)

A respeito dessa discussão, há na doutrina escassos posicionamentos que defendem uma nova modalidade de garantia provisória. Martins Filho (2017, p. 189) elenca entre as estabilidades provisórias o empregado aidético, alegando que “a jurisprudência pacificada do TST garante o emprego, por presumir discriminatória a

dispensa, se o empregador tem ciência da doença no momento da dispensa (Súmula 443 do TST)”.
Sob outro vértice, Cassar (2013) afirma que a pedra de toque do referido entendimento sumular é a discriminação e não uma suposta estabilidade.

É necessário perceber duas questões bem importantes dessa súmula. A primeira diz respeito à ciência do empregador. Ou seja, a dispensa só pode ser presumida discriminatória se o empregador sabia de forma antecedente da doença grave e estigmatizante do empregado. E mais, por outro lado, se ele tinha ciência há muito tempo e nunca havia praticado ato discriminatório em face do empregado, tal presunção, por óbvio, não prevalece.

Outra questão é que a Súmula 443 não trata apenas de trabalhador com vírus HIV, e sim de qualquer tipo de doença grave que cause estigma ou preconceito, motivo pelo qual a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST já se posicionou para fins de aplicabilidade da referida Súmula, no sentido de que o câncer é considerado doença que suscita estigma ou preconceito, um dos motivos pelos quais não se pode aceitar o posicionamento do referido autor.

Não se tratando de uma garantia provisória, mas apenas de uma restrição ao poder de dispensa do empregador, o entendimento já consagrado do TST é no sentido de que a presunção de ilegalidade prevista na Súmula 443 é relativa, conforme se depreende do julgado TST-ED-RR-16523-55.2013.5.16.0004, de relatoria do Ministro Alberto Bresciani publicado em 30/08/2019 (BRASIL, 2019a), que, por oportuno, se transcreve a seguir um trecho:

A presunção de ilegalidade do ato de dispensa do empregado portador de doença grave, viva na jurisprudência trabalhista, não pode ser, de modo algum, absoluta, sob o risco iminente de se criar nova espécie de estabilidade, totalmente desvinculada do caráter discriminatório que se quer reprimir. (grifos nossos).

Assim, é que a jurisprudência se firmou no sentido de conferir a proteção do empregado em situação de vulnerabilidade, cabendo ao empregador o ônus probatório de demonstrar que a despedida foi lícita, seja porque desconhecia o estado de saúde do empregado, ou porque a motivação de desligamento não se deu em virtude da sua condição de saúde.

Em análise dos julgados do TST no ano de 2019, em uma amostra não probabilística por conveniência, realizou-se a análise de 48 julgados. Destes, 34, ou seja,

70,83% consideraram como discriminatórias as demissões, por não terem as reclamadas produzido prova de licitude das demissões realizadas, conforme se depreende do julgado (BRASIL, 2019b) *in verbis*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MALIGNA. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. Mostra-se prudente o provimento do agravo de instrumento, a fim de prevenir potencial contrariedade à Súmula 443/TST. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NEOPLASIA MALIGNA. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. O eg. Tribunal Regional, partindo da premissa de que a neoplasia maligna que acomete a autora não se trata de doença grave capaz de despertar ímpetos discriminatórios, concluiu que competia à empregada o ônus de demonstrar a carga discriminatória contida na ruptura contratual e, por fim, com base no acervo probatório dos autos, entendeu que não foi demonstrada a conduta discriminatória da empresa. Ocorre que, recentemente, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais se posicionou no sentido de que o câncer é considerado doença que suscita estigma ou preconceito, para fins de aplicação da Súmula 443/TST. Precedentes. Uma vez que o Tribunal Regional consignou que cabia à empregada a comprovação do teor discriminatório da dispensa, ônus do qual não teria se desvencilhado, verifica-se o descompasso entre o acórdão vergastado e a jurisprudência consolidada desta Corte Superior. **Na hipótese dos autos, demonstrado que a empregada padecia de doença grave 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.** Assim, compete à autora a proteção especial da Súmula 443/TST. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 443/TST e provido. (*grifos nossos*).

A CLT e o CPC disciplinam em seus artigos 818 e 373 respectivamente, que incumbe a parte provar fatos constitutivos de seu direito, que no caso em comento, caberia ao autor comprovar que foi dispensado em razão de sua doença. Ocorre que, ao se aplicar a Súmula 443 do TST, há a inversão do ônus probatório, conferindo-se às reclamadas demonstrar que a demissão não foi discriminatória.

Desta feita, tem-se que a Súmula 443 do TST não cria um novo tipo de estabilidade, apenas confere uma maior proteção ao empregado acometido de HIV ou outra doença grave que gere estigma ou preconceito, a fim de lhe assegurar o emprego àquele que certamente teria dificuldades de reinserção no mercado de trabalho.

Ademais, as estabilidades decorrem de lei, não tendo a doença grave que gere estigma ou preconceito o condão de conferir estabilidade ao trabalhador (CASSAR, 2013), mas a de lhe conferir maior proteção, assegurando-se a efetividade dos seus direitos fundamentais e sociais.

O que se vislumbra a partir da análise das decisões do TST na aplicabilidade da Súmula 443, é no sentido de que a Corte Superior, em reverência ao princípio da continuidade da relação empregatícia e da vedação constitucional da discriminação, confere uma proteção adicional àquele empregado que não está protegido pelas exceções legais de estabilidade provisórias e que tampouco seria prestigiado pela indenização compensatória prevista em lei nas hipóteses de demissão sem justa causa, uma vez haver uma peculiar condição na sua saúde, que pode culminar em excesso do jus potestati do empregador e discriminação.

Esta é a intenção do julgador, a de combater a dispensa discriminatória, consagrando-se plena efetividade à dignidade do trabalhador com HIV ou outra doença grave que possa causar estigma ou preconceito. Pode-se dizer ser uma forma de “ação afirmativa”, que não tem, contudo, o condão de gerar uma estabilidade provisória, e sim reprimir demissões discriminatórias. Desta feita, a Súmula 433 permite sim a denúncia vazia do contrato de trabalho, desde que ela não esteja eivada de ilegalidade, cabendo ao empregador comprovar a legalidade do ato.

E, em que pese a redação da Súmula 443 não estabelecer os limites da sua aplicabilidade, a jurisprudência pátria é pacificada no sentido de reconhecer a dispensa de pessoa com HIV ou outra doença grave que cause estigma ou preconceito por motivos técnicos, financeiros ou econômicos.

Obviamente que se tem uma proteção complementar ao trabalhador acometido de doença grave, devendo a sua dispensa ser justificada, seja por motivos técnicos, financeiros ou econômicos, em privilégio aos princípios protetores não apenas do direito ao emprego, mas da própria cidadania e dignidade humana, possibilitando-se, assim, que a doença do empregado não se configure um diferencial a ser considerado pelo empregador na hora da demissão, uma vez que, conforme assevera Rocha (1996, p. 295),

Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos.

Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o

discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.

Vale ainda destacar que não há ofensa ao disposto no parágrafo 2o do Artigo 8o da CLT, que assim dispõe:

Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

A Súmula 443 não cria novas obrigações não previstas em lei, tampouco restringe direitos legalmente previstos, uma vez que, ao reconhecer como discriminatória a demissão de pessoa com vírus HIV ou outra doença grave que cause estigma ou preconceito, está tão somente dando efetividade ao disposto na legislação protetora contra a discriminação já citadas anteriormente, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, a Súmula 443 não cria uma nova forma de estabilidade, e sim impõe restrições ao poder potestativo do empregador na demissão do empregado com doença grave, em prol da proteção ao emprego, à dignidade da pessoa humana e à vedação de atos discriminatórios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com vistas a proteger o trabalhador que se encontre em uma situação de vulnerabilidade o TST editou a Súmula 443, que considera como discriminatória a demissão do empregado com HIV ou outra doença grave que cause estigma ou preconceito, impondo assim, uma obrigação negativa ao empregador, que passa a ter o ônus de comprovar que a dispensa não é discriminatória.

O que se depreende da aplicabilidade da Súmula não é uma nova forma de estabilidade, e sim a aplicabilidade dos princípios trabalhistas de continuidade da relação de emprego e constitucionais de não discriminação, de proteção ao emprego e da função social da propriedade entre outros, bem como os princípios fundamentais de direitos humanos, consagrados na Declaração de Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Convenções da OIT, salvaguardando os direitos do empregado que certamente teria maior dificuldade de reinserção no mercado de trabalho e conferindo efetividade ao dispositivo constitucional da busca pelo pleno emprego.

Desta feita, para a demissão do empregado com HIV ou doença grave que cause estigma ou preconceito, a Súmula 433 impõe ao empregador a obrigatoriedade de comprovar o motivo técnico, financeiro ou econômico, não ficando ao seu livre alvedrio demitir tais funcionários sem justificativa, sob pena de se presumir como discriminatória, cabendo, ainda, ao empregador, o ônus probatório relativamente o motivo da dispensa.

Tal proteção é necessária pois sabe-se que a mera disposição legal não tem o condão de dar efetividade aos direitos fundamentais do trabalhador, sendo oportuna a colocação de Bobbio (2004, p. 24) no sentido de que relativamente ao direito do trabalho não se faz suficiente a sua fundamentação, proclamação ou proteção, por não ser a sua realização um problema social, filosófico, moral ou jurídico, nas palavras do autor “É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica”.

Por fim, feitas todas estas considerações permite-se concluir pela assertividade da Súmula 443 do TST, pois em que pese não haver restrições expressas em sua redação, a aplicabilidade pela Corte Superior tem protegido os direitos da parte hipossuficiente da relação de emprego, sem contudo conceder ao empregador o direito ao contraditório e a ampla defesa, mantendo-se, assim, a boa e almejada ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Súmula 433, 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 10 out. 2019
- CASSAR, V. B. Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CATHARINO, J. M. Compêndio de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1975.
- COUTINHO, A. R. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: LTr, 1999.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Inovações na Legislação Trabalhista: aplicação e análise crítica. São Paulo: LTr, 2000.
- FACHIN, O. Fundamentos de metodologia: Noções básicas em pesquisa científica. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FRACALANZA, P. Direitos Humanos e direito ao trabalho. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/paulo-fracalanza/direitos-humanos-e-direito-ao-trabalho>>. Acesso em: 27 set. 2019.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Dignidade da Pessoa Humana, no Mundo do Trabalho, à Luz da Constituição Federal de 1988 IN VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois: Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008.
- HENKIN, L. The internationalization of human rights. New York: Press, Columbia University, 1990.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. D. P. B. Metodologia de pesquisa. 5ª ed. ed. Porto Alegre: Penso, 2015.
- LEITE, C. H. B. Curso de direito do trabalho. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MALHEIRO, E. Curso de direitos humanos. 3. ed. rev ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARTINS FILHO, I. G. DA S. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NASCIMENTO, A. M. Curso de direito do trabalho: história e teoria. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OIT, O. I. DO T. Convenção n. 111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, 1958. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 out. 2019

PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, F. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RESENDE, Renato de Sousa. A Centralidade do Direito ao Trabalho e a Proteção Jurídica ao Emprego IN PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, A. B. R. DE O. As restrições ao exercício do poder potestativo empresarial frente às ações afirmativas existentes no ordenamento jurídico nas relações de trabalho. Conhecimento Interativo, v. 5, n. 2, p. 30–45, 2011.

ROCHA, C. L. A. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, v. 33, n. 131, p. 283–295, 1996.

SALDANHA, J.; VIEIRA, L. O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 15, n. 2, p. 457–485, 2010.