

SÚMULA N. 443 DO TST: UMA NOVA ESTABILIDADE? *PRECEDENT Nº 443 OF THE SUPERIOR LABOR COURT: A NEW STABILITY?*

Lúcia Souza d'Aquino

Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Guilherme Antônio Balczarek Mucelin

Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Especialista em Direito Internacional Público e Privado e da Integração pela UFRGS. Pós-graduando lato sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade IDC.

Submissão em 26.07.2016

Aprovação em 15.10.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2012>

Resumo: O presente artigo analisa a polêmica em torno da Súmula n. 443 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de verificar ou não uma nova estabilidade criada pela jurisprudência. Para tanto, é feito um cotejo entre os princípios da não discriminação, da isonomia, da proteção e os institutos da garantia de emprego, assim como é proposta uma reavaliação dos fundamentos que ensejam a reintegração do trabalhador ao emprego, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana, em análise da doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Garantia de emprego; HIV, AIDS e doenças graves; Reintegração; Princípio da não discriminação.

Abstract: *This paper analyzes the controversy surrounding the Precedent No. 443 issued by the Superior Labor Court, in order to verify or not a new stability created by the jurisprudence. Therefore, it is made an association among the principles of non-discrimination, equality, protection and the institutes of the employment guarantee, as well as it is proposed a re-evaluation of the fundamentals of the reinstatement in order to protect the dignity of the human person, in an analysis of doctrine and jurisprudence.*

Keywords: *Employment guarantee; HIV, AIDS and serious diseases; Reinstatement; Principle of non-discrimination.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho: efetivação do princípio da não discriminação nas relações trabalhistas. 2.1 O princípio da não discriminação nas relações de trabalho e doenças que causam estigma ou preconceito. 2.2 A criação e as implicações da Súmula 443 do TST. 3. Reintegração no emprego com fundamento na Súmula 443 do TST: uma nova modalidade de garantia de emprego? 3.1 A necessária diferenciação entre garantia no emprego e estabilidade no emprego. 3.2 A (não) garantia no emprego dos portadores de HIV, AIDS e doenças graves. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A proteção jurídica contra atos discriminatórios em relação ao Direito do Trabalho não é consequência apenas de fontes formais, pois também se instrumentaliza a partir de entendimentos jurisprudenciais que estabelecem o princípio da não discriminação como base teórica da jurisdição trabalhista, especialmente nos casos em que o trabalhador é acometido por HIV ou outras doenças graves que suscitam estigma ou preconceito.

Sobre a matéria, em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução n. 185/2012, editou a Súmula n. 443, a qual dispõe sobre a presunção de discriminação na dispensa do empregado portador de tais moléstias, afirmando seu direito à reintegração ao trabalho, já que se trata de ato nulo, uma vez que a dignidade da pessoa humana, principalmente no que toca às relações laborais, não pode ser posta em xeque.

A questão controversa (e que justifica o presente estudo) reside no motivo que causa a reintegração do empregado doente: seria este a configuração de uma nova estabilidade criada pelo verbete da Corte? Assim, objetiva-se demonstrar que o estigma e o preconceito e, portanto, a discriminação, são capazes de gerar ao trabalhador o direito à reintegração, mesmo que ausentes os pressupostos da garantia de emprego.

2. SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Classicamente o Direito sempre enxergou os homens *in abstracto*, isto é, como sujeitos ditos racionais e livres, capazes de autorregular suas vidas, submetidos a um mesmo ordenamento jurídico (WIEACKER, 1980, p. 298) e que não levava em consideração as diferenças entre as pessoas. Em contraposição à homogeneidade da figura do indivíduo, diversas transformações sociais, ocorridas especialmente após a Revolução Industrial, demandaram do Estado o reconhecimento da diversidade de sujeitos que

compunha a sociedade, cada um com suas peculiaridades, tornando a pessoa em si o centro das relações jurídicas (PINHEIRO, 2007, p. 498).

Essa pluralidade acabou por modificar sensivelmente o Direito, já que não pôde ficar alheio ao reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, tendo que desenvolver meios (leis especiais e microssistemas) para concretizar o princípio da igualdade material (LORENZETTI, 1998, p. 53), guiando-se pela valorização dos princípios constitucionais e pelos direitos humanos. Tais leis especiais modificaram o sistema jurídico ao qual pertencia o sujeito, sendo considerado a partir de então pelos papéis sociais que desempenha (empregado, consumidor, locatário etc.).

E mais: considera-se o sujeito *in concreto* ante a coletividade por suas características e debilidades pessoais, as quais justificam um tratamento diferenciado. Trata-se de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento “desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 16).

Na seara trabalhista, em consequência da fraqueza do trabalhador (ROMITA, 1979, p. 143), forjou-se o princípio da proteção ao obreiro, o qual tem como papel fundamental o estabelecimento de uma “igualdade de armas” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 182) entre o empregado e o empregador. Nesse compasso, o Direito do Trabalho desempenha papel fundamental na busca pela isonomia nas relações de trabalho, que tem por fundamento, inclusive, o princípio da não discriminação, utilizando-se de diversas fontes normativas para que o trabalhador seja resguardado e tenha sua igualdade material assegurada. No mesmo sentido, a Justiça do Trabalho atua fortemente para alcançar esses objetivos, através de sua força normativa, de súmulas, de orientações jurisprudenciais e de sentenças normativas (ARAÚJO).

Assim, com todos esses instrumentos, é possível, em decorrência do princípio da proteção, da isonomia e da não discriminação, proteger o trabalhador, especialmente no que toca a estigmas, preconceitos e atos discriminatórios decorrentes de doenças graves, a fim de se exaltar a dignidade da pessoa humana.

2.1 O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DOENÇAS QUE CAUSAM ESTIGMA OU PRECONCEITO

Discriminação é uma distinção que não possui fundamentos materiais ou jurídicos que a autorize, diferentemente da mera diferenciação entre pessoas, que tem sentido diverso e é admitida pelo Direito. Para o Direito do Trabalho, discriminação “é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação

concreta por ele vivenciada” (DELGADO, 2003, p. 767), sendo considerada pela Organização Internacional do Trabalho “toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO).

O princípio universal da não discriminação, assim, é assegurado por diversas normas internacionais e pela Constituição Federal, incidindo em especial na área trabalhista, em razão do grau de sujeição e subordinação de uma das partes desta relação à outra (CEHAB, 2010, p. 52).

No plano internacional, vários são os instrumentos que preveem a igualdade material entre as pessoas: a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo os mesmos direitos, sem qualquer discriminação³; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece o princípio da igualdade entre as pessoas e veda a prática de discriminação⁴; nas relações trabalhistas, a Organização Internacional do Trabalho trata da não discriminação no emprego especialmente na Convenção n. 111⁵.

No plano nacional, a Constituição Federal de 1988 estabelece já em seu preâmbulo que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar, dentre outros direitos fundamentais, a igualdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social⁶. No mesmo sentido, estatui o combate a qualquer forma de discriminação como um objetivo⁷, atribuindo à lei a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais⁸.

³ Art. VII: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação

⁴ Art. 24: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei

⁵ Art. 1 — 1: Para os 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 oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

⁶ Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa Do Brasil.

⁷ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Cumpre destacar que o princípio da não discriminação nas relações de trabalho está intimamente ligado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade e ao princípio da proteção ao trabalhador.

A dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, é concebida como valor supremo constituído pelo conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem (SILVA, 2009, p. 137), devendo ser aplicado tanto no direito privado, como no direito público. Assim, esse princípio constitui núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais e representa, conforme Sarmento (2000, p. 59 ss.), “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

Nesta mesma linha de raciocínio, Moraes esclarece acerca dos contornos do termo “dignidade da pessoa humana”, ao afirmar que

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2004, p. 129)

Com relação ao princípio da igualdade material, buscado pelos Estados Democráticos de Direito, este não veda as meras diferenciações entre as pessoas (DUGUIT, 1923, p. 595), mas tão somente as “*differenziazioni arbitrarie*” (PALLIERI, 1963, p. 366). Em outras palavras, a regra da igualdade impede que se estabeleçam distinções “arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante” (PORTUGAL, 1992). Dray (1999, p. 109) afirma que, “sendo admissíveis as diferenciações, o que se pede e exige é que estas sejam materialmente fundadas e se baseiem numa distinção objetiva de situações”, e nunca discriminatórias. Nas palavras de BARROS (2016, p. 732), “a não ‘discriminação’ é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto”.

Por fim, temos que o princípio da proteção encontra morada no artigo 7º da Constituição Federal (CASSAR, 2015, p. 167), cuja roupagem ganhou rele-

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

vância a partir dos ensinamentos de Plá Rodriguez (1978, p. 23 ss.), ao perceber que tal princípio se concretiza a partir de três ideias essenciais: “a) *in dubio pro operario*; b) regra da aplicação da norma mais favorável e c) regra da condição mais benéfica”. Assim, é um princípio que é a “própria razão de ser do Direito do Trabalho” (RODRIGUEZ, 1978, p. 27), de modo que os seus desdobramentos informam todos os demais princípios trabalhistas (ZENNI, 2009, p. 11 ss.), inclusive o princípio da não discriminação.

Ademais, a respeito do direito laboral, destaca-se também que o artigo 7º da Carta Magna prevê o princípio da isonomia nas relações de trabalho (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 138) por meio de diversos dispositivos⁹ que vedam a discriminação em matéria de emprego ou profissão. No âmbito infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho traz o princípio da não discriminação em matéria salarial¹⁰ e em razão do trabalho da mulher¹¹ e, de forma mais ampla, a Lei 9.029/95 proíbe a adoção de toda e qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção (PIMENTA, 2013, p. 222), elencando em seu texto um rol meramente exemplificativo, uma vez que decorre do princípio da isonomia previsto constitucionalmente (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 139).

Assim, a dispensa discriminatória, afim da dispensa arbitrária, então, encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro nos mandamentos constitucionais e mais especificamente na referida Lei 9.029/1995, especialmente em seu artigo 1º, que dispõe:

É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Ainda, de acordo com o art. 4º da mesma Lei, a quebra da relação de trabalho por ato discriminatório do empregador, além da reparação pelo dano moral, facul-

⁹ Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

¹⁰ Art. 461: Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

¹¹ CLT, Capítulo III, Seções I a VI.

ta ao empregado optar entre a reintegração com o ressarcimento integral de todo o período e demais reflexos ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais¹².

Com relação à discriminação nas relações de trabalho, Romita (2008, p. 119) elencou fatores de discriminação que mais nelas preponderam, enumerando em primeiro lugar o gênero (sexo), em segundo a raça (cor), em terceiro a idade, em quarto o estado de saúde e em quinto a deficiência. Sobre o estado de saúde, o autor ensina que:

[...] ele não está elencado no art. 7º, inc. XXX, da Constituição, nem nas Convenções n. 111 e 117 da Organização do Trabalho nem sequer na Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, entre os que constituem causa de proibição de prática discriminatória no emprego. Entretanto, por interpretação extensiva ou por aplicação analógica, os preceitos legais que vedam a discriminação por motivos diversos encontram azo para incidência quando o fator de discriminação é o estado de saúde do empregado, sendo mais frequentes as hipóteses de lesões por esforço repetitivo (LER) e a síndromes da imunodeficiência adquirida (AIDS, *ectius*, SIDA). Outra fundamentação para a aplicação da regra de proibição de discriminação em tais hipóteses seria o entendimento de que a enumeração legal é meramente exemplificativa, e não taxativa ou limitativa (ROMITA, 2008, p. 119).

Sabe-se que a condição de ser portador de alguma doença grave acarreta tratamento diferenciado por parte da sociedade, o que pode levar à segregação social, já que “doenças sempre serviram para práticas discriminatórias” (RENAULT, 2010, p. 118), que se dão pela criação de estigmas e de preconceitos.

Como exemplo mais recorrente, temos o vírus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), que é o causador da AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), doença crônica que ataca o sistema imunológico, possibilitando o desenvolvimento de infecções oportunistas, que podem levar a vários distúrbios de saúde graves e até mesmo à morte. Frise-se que o portador do vírus HIV não se confunde com o doente da AIDS, que é o estágio final e avançado da doença, podendo ocorrer entre esses extremos diversos graus de incapacidade laborativa (PIMENTA, 2013, p. 218).

Desta forma, nem sempre o soropositivo ficará impossibilitado de trabalhar, tampouco apresentará riscos de contaminação para os colegas de trabalho. A Organização Mundial da Saúde, em associação com a Organização Internacional do Trabalho, através da Declaração Conjunta de Reunião Consultiva sobre a AIDS e o

¹² 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.

Local de Trabalho (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO), esclareceu que, na esmagadora maioria dos ofícios e profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de empregado para cliente (BARROS, 2007, p. 10).

A discriminação, especialmente com relação aos portadores de HIV e doentes da AIDS, reside no fato de as pessoas relacionarem a uma vida sexual perversa, ao uso de drogas ou a outros “grupos de risco” (RENAULT, 2010, p. 121), bem como à ignorância e desconhecimento sobre as formas de contágio do vírus (MUÇOÇA, 2007, p. 593).

Neste ponto, mesmo que inexistente o risco de contágio no ambiente de trabalho por parte do empregado doente ou até mesmo qualquer incapacidade laborativa, a mera condição de ser portador do vírus HIV ou de outra doença estigmatizante já é razão suficiente para o empregador e demais colegas submeterem esse trabalhador a tratamentos degradantes e à segregação na relação de trabalho e na vida em sociedade.

Ao afastar os doentes em geral de suas atividades laborais, estar-se-á configurando uma ofensa ao direito à vida e à saúde, uma vez que representa um retorno à época medieval de segregação dos adoentados, como a tentativa de sua eliminação do ambiente social por representar um (falso) risco. Pesquisas de Barros (2007, p. 22 ss) afirmam que continuar trabalhando não apenas tem consequências econômicas, mas também melhora o bem-estar físico e mental dos pacientes portadores de doenças graves.

Apesar de não existir norma legal específica que proteja os empregados portadores de HIV, acometidos pela AIDS ou outras doenças graves contra atos discriminatórios, a ordem jurídica brasileira já os proíbe genericamente, inclusive na seara trabalhista, já que a infecção pelo vírus HIV (ou outra doença que cause estigma ou preconceito) não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho (BARROS, 2007, p. 20).

Desta forma, o princípio da não discriminação impõe que os trabalhadores que já desenvolveram a AIDS e enfermidades conexas, ou outra doença grave, devem ser tratados como qualquer outro empregado doente e, os soropositivos assintomáticos, como qualquer outro empregado saudável (URIARTE, 2013, p. 49). O mesmo pensamento deve incidir sobre todas as doenças que suscitem estigma e preconceito.

2.2 A CRIAÇÃO E AS IMPLICAÇÕES DA SÚMULA 443 DO TST

A “Semana do TST”, que ocorreu dos dias 10 a 14 de setembro de 2012, teve como propósito o debate entre os ministros do Tribunal Superior do Trabalho

sobre uma “ampla e profunda reflexão destinada ao aprimoramento institucional da Corte, sobretudo de sua prestação jurisdicional” (SCHEUERMAN, 2013, p. 220), envolvendo análise e atualização da jurisprudência, sedimentando-as em súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, cuja atividade decorre da função uniformizadora que cabe aos tribunais superiores.

Neste compasso, temos que a jurisprudência – expressão do direito – deve proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre capital e trabalho, adequando-se a novos fatos da vida social em determinado momento histórico, político, econômico e cultural. Referidos fatos, vale lembrar, estão em constante mutação a qual o direito codificado não consegue acompanhar, motivo pelo qual as decisões dos magistrados devem seguir uma trajetória justa (BARROS, 2005, p. 149-150).

Nas palavras de Scheuermann:

A uniformização é justificável e até mesmo uma necessidade do serviço público da jurisdição, pois o texto da lei nem sempre apresenta solução para o problema trazido no processo, competindo ao juiz interpretar e, portanto, atribuir à letra fria da lei a sua compreensão moderna, adaptar o seu sentido aos valores, princípios e normas constitucionais, reavivar sua aplicabilidade segundo o bem comum e o senso de justiça. Ampliada essa atividade interpretativa por milhares de ações judiciais que trazem as mesmas premissas fáticas e jurídicas, é imperativo que a prestação jurisdicional responda racionalmente e com rapidez aos anseios de solução, inclusive padronizando a interpretação jurídica cabível, representada pelas súmulas, orientações ou precedentes jurisprudenciais (2013, p. 220).

Assim, levando-se em consideração a importância da sumulação de entendimentos já consagrados na prática e, a partir da importância dos casos levados à apreciação do judiciário no combate a atos discriminatórios, em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução 185, editou a Súmula 443, com a seguinte redação:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. 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.

Esse verbete expressa o entendimento das oito turmas julgadoras e da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho exarado nas últimas décadas em exame de inúmeros recursos de re-

vista, os quais envolveram fatos relacionados a possíveis dispensas discriminatórias em razão de doenças graves e que causaram estigma ou preconceito, culminando na reintegração no emprego.

Para a edição da Súmula 443, tomaram-se fundamentos jurídicos e fáticos analisados previamente em vinte e duas decisões proferidas pelo TST entre 1999 e 2012¹³, tendo como premissa principal a de que se presume discriminatória a dispensa imotivada de empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito e, assim, determinando a reintegração desse empregado enfermo (CANÇADO, 2016, p. 175).

Especificamente com relação às doenças levadas ao Tribunal que serviram de fundamento para o entendimento sumulado, a maioria dos casos (quinze das vinte e duas) tratava de empregado soropositivo – daí o motivo de a súmula citar expressamente o vírus HIV e a AIDS.

Contudo, houve mais três doenças que foram apreciadas pelo TST e que ensejaram a reintegração dos empregados: câncer (Recurso de Revista n. 171300-82.2005.5.02.0031), esquizofrenia (Recurso de Revista n. 105500-32.2008.5.04.0101) e a cardiopatia grave (Recurso de Revista n. 18900-65.2003.5.15.0072), motivo pelo qual o Tribunal Superior do Trabalho deixou em aberto o rol de hipóteses a que se aplica a súmula através da expressão “ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito”.

Esses casos analisados pelo TST anteriormente à edição da Súmula 443 e que a deram origem comprovaram a prática da dispensa discriminatória contra trabalhadores doentes cujos contratos de trabalho haviam sido rescindidos e, ao mesmo tempo, também delinearam a necessidade de deixar a encargo do julgador no caso concreto a decisão de qual doença é considerada grave a ponto de causar estigma ou preconceito, a fim de caracterizar a dispensa imotivada como discriminatória, ampliando o leque de hipóteses que garantem a reintegração do empregado (SCHEUERMANN, 2013, p. 229).

Como resposta, a Súmula 443 traz uma importante premissa: a dispensa discriminatória é presumida, já que “fica, com efeito, difícil para o empregado demonstrar que sua doença foi a causa (encoberta) da dispensa. Já o empregador sempre pode justificar eventual outro motivo para a rescisão” (BOSON, 2010, p. 173).

Dessa maneira, a presunção da despedida discriminatória é *iuris tantum*, isto é, relativa (MARTINS, 2011, p. 353) e, portanto, admite prova em contrário. Caberá,

¹³ Dados levantados a partir de pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho e pelo índice de súmulas. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM443>. Acesso em: 29 jun. 2016.

então, ao empregador, o ônus de provar que a despedida do empregado não foi discriminatória, mas sim por motivos lícitos e que, portanto, não faz jus à reintegração.

Para que a dispensa seja regular, não há que se falar em hipóteses de justa causa para a despedida discriminatória deste obreiro, mas somente em razões objetivas de caráter disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (PIMENTA, 2013, p. 227), a teor do que se extrai por analogia do disposto no artigo 165 da CLT, o qual estabelece que os “cipeiros” não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, cabendo ao empregador comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado¹⁴.

De acordo com Pimenta:

Caso contrário, presume-se a ocorrência de discriminação, pois terá havido diferenciação do trabalhador para fins de manutenção da relação de emprego sem qualquer base em razões objetivas e não arbitrárias. Trata-se de hipótese de abuso de direito, visto que o exercício do direito de rescisão contratual imotivada, em princípio autorizado por lei, torna-se ilegítimo, por não haver se dado em conformidade com sua finalidade social, sendo maculado pela ilicitude da discriminação (PIMENTA, 2013, p. 227).

Cabe frisar que, muito embora a posição predominante seja a de que é ônus do empregador a prova da dispensa não ser discriminatória, existem minoritariamente julgados que decidem ser ônus do empregado a comprovação da ruptura contratual ter se dado por atos de discriminação (TRT da 17ª Região, Recurso Ordinário n. 0150400-41.2013.5.17.0141), e que inclusive consideram ser indispensável o conhecimento por parte do empregador da doença grave do empregado para que fique configurada a dispensa discriminatória (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 0000941-93.2013.5.02.0007).

Outrossim, aproveitando-se do entendimento majoritário de se tratar de uma presunção relativa e com o ônus probatório do empregador, diversas reclamações trabalhistas foram propostas com fundamento na Súmula n. 443 do TST, o que acabou por desviar a finalidade do entendimento sumulado pelo Tribunal. Para fins de exemplo, varizes nas pernas (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 0001411-42.2012.5.02.0466), doença renal crônica (TST, Recurso de Revista n. 0000724-39.2012.5.02.0022), microadenoma na hipófase (TRT da 15ª Região, Recurso Ordinário n. 0000225-25.2012.5.15.0012), infarto (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0000142-71.2010.5.02.0034),

¹⁴ Art. 165: 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.

asma grave e refluxo gástrico (TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário n. 0010055-30.2014.5.03.0060) foram fundamentos de ações trabalhistas com o intuito de haver a reintegração (e que não lograram êxito), porque não causam estigma ou preconceito ou por não serem doenças graves.

Ao contrário e acertadamente, um rol de enfermidades tem se consagrado na tutela jurisdicional trabalhista, como o Mal de Parkinson (TRT da 8ª Região, Recurso Ordinário n. 0000604-18.2013.5.08.0014), glaucoma congênito (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0001253-04.2010.5.01.0007), hepatite (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0000228-09.2013.5.24.0007), deficiência visual (TST, Recurso de Revista n. 8840-07.2006.5.23.0007), doença psiquiátrica (TRT da 16ª Região, Recurso Ordinário n. 41200-58.2009.5.16.0015), lúpus (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0001253-04.2010.5.01.0007), dependência química (TST, Recurso de Revista n.0001749-26.2014.5.03.0140), epilepsia (TRT da 9ª Região, Recurso Ordinário n. 00215-2012-303-09-00-7), alcoolismo (TST, Recurso de Revista n. 0001025-28.2011.5.02.0472), esclerose múltipla (TST, Recurso de Revista n. 0090500-33.2002.5.02.0044), tuberculose (TRT da 14ª Região, Recurso Ordinário n. 0010878-78.2014.5.14.0001) e hanseníase (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 0002154-43.2010.5.02.0039), todas ensejadoras da invalidade da despedida e da conseqüente reintegração ao emprego.

Há críticas sobre o final da redação da Súmula n. 443 do TST em relação a sua dissonância com o disposto na lei 9.029/95. Percebe-se que o julgador preferiu, na edição da Súmula, privilegiar a reintegração do empregado acometido de moléstias graves à indenização, suprimindo a opção do artigo 4º da referida Lei que o trabalhador tinha de escolher entre a reintegração ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento (LIMA, 1997, p. 187).

Convém estabelecer, tendo como parâmetro o referido verbete, se o entendimento sumulado trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova garantia ou estabilidade de emprego, de modo que se considerou, para se encontrar a resposta, o entendimento dos tribunais trabalhistas do país e a doutrina predominante na matéria de proteção contra a discriminação de operários com doenças graves.

3. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO COM FUNDAMENTO NA SÚMULA 443 DO TST: UMA NOVA MODALIDADE DE GARANTIA DE EMPREGO?

Reintegração significa restabelecer o *status quo* do empregado, isto é, reconduzir o trabalhador à função ou ao cargo que exercia antes da ruptura contratual. Em

outras palavras, o empregado reintegrado recupera seu antigo emprego, fluindo o contrato de trabalho como se a ruptura não houvesse ocorrido, sendo devidas todas as vantagens e verbas trabalhistas do período do afastamento (LIMA, 2014, p. 225).

Importante esclarecer, contudo, que há diferença conceitual entre reintegração e readmissão: aquela é a volta pura e simples do empregado ao trabalho, enquanto esta dá ensejo a um novo contrato de trabalho, como se novo empregado fosse (SÜSSEKIND, 2005, p. 743). Superada esta distinção, afirma-se que a reintegração é o direito do trabalhador de voltar ao emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto inexistir uma causa relevante e expressa em lei que permita a dispensa.

Desta sorte, a reintegração será devida quando o empregado tiver alguma garantia de emprego, independentemente de sua natureza, e sua cisão contratual tenha se dado de forma imotivada ou abusiva ou quando a dispensa for viciada por algum ato discriminatório. Em síntese, são duas as causas que ensejam a reintegração: garantia de emprego e prática de ato discriminatório na dispensa do empregado (CAMINO, 2004, p. 530).

Mister é, portanto, compreender os conceitos de garantia no emprego e estabilidade no emprego para que se possa enquadrar, ou não, a dispensa do empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito como uma nova modalidade de estabilidade.

3.1 A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE GARANTIA NO EMPREGO E ESTABILIDADE NO EMPREGO

Inicialmente, urge observar que garantia no emprego e estabilidade, embora sejam institutos próximos e correlatos – haja vista a finalidade de restringir a extinção do contrato de trabalho –, não se confundem. Neste sentido, considera-se que garantia de emprego é gênero, enquanto estabilidade no emprego e garantia no emprego são espécies. Nas lições de Bezerra Leite:

Garantia de emprego concerne aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas, valorização do trabalho humano e geração de empregos, como o princípio fundamental do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e o princípio da busca pelo emprego (CF, art. 170, VIII) (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499).

A garantia no emprego restringe o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado sem que haja motivo relevante ou causa justa durante tempo determinado. Já a estabilidade não possui um prazo pré-determinado ou fixo, perdurando até que exista fato excepcional ou previsão legal autorizativa da dispensa (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499).

Assim, entende-se que garantia de emprego abrange tanto as garantias no emprego quanto as estabilidades no emprego, cada qual com suas peculiaridades específicas e inerentes. Delgado afirma que:

A garantia no emprego é a vantagem jurídica de caráter transitório deferido 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. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vem consagrando) (DELGADO, 2012, p. 1276).

A garantia no emprego é um direito fundamental conferido ao empregado que protege a sua relação empregatícia contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, devendo esta ser apurada em processo administrativo ou na defesa do empregador em ação proposta pelo trabalhador. Entende-se que, ao contrário da estabilidade, que é sempre definitiva, a garantia no emprego, na maioria dos casos, é provisória (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499).

Por conseguinte, a garantia provisória no emprego é destinada ao obreiro que se encontre em situação especial em determinado período que impeça a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa. Cessada tal causa especial que garantia provisoriamente a manutenção do contrato de trabalho, o empregado poderá ser demitido sem a necessidade de motivação por parte do empregador.

Notoriamente, há certos casos em que há necessidade de um procedimento judicial especial – inquérito para apuração de falta grave – para que se rompa o vínculo empregatício do trabalhador que tenha essa garantia provisória, sendo fundamentado justamente em uma falta grave, como são os casos do dirigente sindical (ROBORTELLA, 1999), do dirigente de sociedade cooperativa de empregados¹⁵, do empregado membro do Conselho Nacional de Previdência Social¹⁶, do empregado membro do Conselho Curador do FGTS¹⁷ e do represen-

¹⁵ LEI N. 5.764 DE 1971. Art. 55. Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho; no mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 253 da SDI-1 do TST: ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COOPERATIVA. LEI Nº 5.764/71. CONSELHO FISCAL. SUPLENTE. NÃO ASSEGURADA. O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.

¹⁶ LEI N. 8.213 DE 1991. Art. 3º, § 7º: Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

¹⁷ LEI N. 8.036 DE 1990. Art. 3º, § 9º: Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo

tante dos empregados nas comissões de conciliação prévia¹⁸.

Ressalvados esses casos, todos os demais trabalhadores assegurados por garantia provisória de emprego podem ser dispensados sem a formalidade dessa ação constitutiva negativa (inquérito judicial), sendo requisito apenas que a dispensa não seja arbitrária ou sem justa causa, entendendo-se que não a será se tiver por fundamentos os já referidos mandamentos do artigo 165 da CLT.

Oportuno destacar que, se o empregado se achar dispensado injustamente, competir-lhe-á promover reclamatória trabalhista comum, cabendo o ônus de provar a regularidade do rompimento contratual ao empregador. Caso não se desincumba desse ônus, terá o trabalhador direito a ser reintegrado e a receber os valores pagos desde seu afastamento. Exemplos dos empregados que prescindem do inquérito judicial para apuração de falta grave são os cipeiros¹⁹, a empregada gestante (TULLIO, 2013), a empregada em licença maternidade (BARROS, 2008) e o empregado acidentado²⁰.

Por outro lado, a estabilidade no emprego visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade de despedida do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado (CARRION, 2009, p. 359) e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499). Martins (2002, p. 371) ensina que estabilidade é “o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo à revelia do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tendo assim, o empregado, o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação em lei em sentido contrário”.

Delgado (2005, p. 1241), por sua vez, preleciona que estabilidade é 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”.

de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical.

¹⁸ CLT. Art. 625-B, § 1º: É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

¹⁹ ADCT. Art. 10, II, a: Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do 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; no mesmo sentido: CLT. Art. 165: 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.

²⁰ LEI N. 8.213 DE 1991. 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.

Em linhas gerais, a estabilidade jurídica ou econômica corresponde à garantia que se concede ao empregado de permanecer no emprego mesmo contra a vontade do empregador, enquanto não existir causa relevante prevista em lei que autorize a rescisão contratual, a exemplo do estável decenal²¹, do servidor público concursado²² e (a despeito das controvérsias) do servidor não concursado (VILHENA, 1992).

Fica evidente que o instituto da garantia de emprego, compreendendo estabilidade no emprego e a garantia no emprego (também conceituada como estabilidade provisória), tem como escopo principal proteger o empregado de despedidas arbitrárias, mas, mais ainda, tem como fim último salvaguardar o trabalhador em relação às despedidas discriminatórias, a fim de que sejam combatidas todas as formas de estigmas e preconceitos no que concerne às pessoas portadoras do vírus HIV, doentes da AIDS e demais trabalhadores com doenças graves.

Superada a imperativa distinção entre estabilidade no emprego e garantia no emprego, faz-se necessária a análise do ato discriminatório no ato da dispensa do empregado, para que se possa verificar se a sua reintegração significa uma nova garantia de emprego ou não, atentando, principalmente, para os mandamentos dos recentes julgados dos tribunais trabalhistas frente à Súmula n. 443 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

3.2 A (NÃO) GARANTIA NO EMPREGO DOS PORTADORES DE HIV, AIDS E DOENÇAS GRAVES

A matéria da criação da estabilidade do empregado portador do HIV e outras doenças graves já ganhava relevância no final dos anos 1990. Em outubro de 1999 foi proposto o Projeto de Lei do Senado Federal n. 267 que pretendia inserir o artigo 492-A na Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte redação: “o empregado portador do vírus HIV não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”²³.

O Ministério da Justiça manifestou-se favoravelmente, igualmente à Comissão de Constituição e Justiça e Redação, pelo voto do relator, o então deputado José Genuíno do PT/SP e, posteriormente, aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado à sanção presidencial.

²¹ CLT. Art. 492: O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

²² CF/88. Art. 41: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

²³ Projeto de Lei n. 267 de 1999.

Nesta etapa final do processo legislativo, o referido Projeto de Lei foi totalmente vetado, motivado no artigo 7º, I, da Constituição Federal. A Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer exceção expressa que conduzisse à estabilidade permanente, nem seria possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, haja vista haver a proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, que seria a indenização compensatória que a lei complementar teria necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto o de estabilidade permanente ou plena, a qual daria margem a um *bis in idem* inadmissível.

Assim, de acordo com as citadas razões do veto, não seria possível criar uma estabilidade permanente ou provisória, a não ser as já previstas, as criadas por contrato de trabalho ou por negociação coletiva, porque incompatível com a ordem constitucional. Em apreciação do Congresso Nacional ao veto presidencial, este foi mantido.

Não obstante o Projeto de Lei tenha sido vetado, criou-se, anos depois, na seara trabalhista, a Súmula n. 443 do TST, em atenção à necessidade da humanização do Direito do Trabalho, tendo por fundamentos jurídicos princípios constitucionais, normas legais e diretrizes internacionais, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana, culminando na reintegração desse obreiro ao emprego.

Observa-se que a dispensa do empregado acometido por doenças graves que causem estigma ou preconceito configura-se em abuso do direito de rescisão contratual (RENAULT, 2010, p. 126), na medida em que não pode a empregadora discriminar o empregado doente, “nem abusar do exercício de determinado direito, como o potestativo de rescisão contratual” (TST, Agravo em Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 4408-09.2010.5.02.0000), “que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação” (TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário n. 00119-2008-091-03-00-3), e, assim, tal abuso urge ser combatido.

Nesse ponto, poder-se-ia pensar em criação jurisprudencial de uma nova garantia de emprego em relação a trabalhadores portadores do vírus HIV, doentes da AIDS ou de outras doenças graves que suscitam estigma ou preconceito. Importa destacar, contudo, que há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais (TST, Recurso de Revista n. 134300-08.2012.5.17.0121), embora minoritários, de que a reintegração do trabalhador acometido por doenças graves é uma nova modalidade de estabilidade. Resende assim defende:

Embora de forma indireta, recentemente o Tribunal Superior do Trabalho criou, por construção jurisprudencial, e baseado na função integradora e normativa dos princípios, autêntica hipótese nova de estabilidade relativa. Trata-se do estabelecimento de presunção de discriminação na dispensa sem justa causa do empregado portador de doença grave, nos termos da Súmula 443 (RESENDE, 2013, p. 775).

No entanto, não se pode confundir reintegração ao emprego com garantia de emprego, que são institutos diferentes e que têm por fundamentos razões diferentes, isto é, a reintegração ao emprego não é medida que se alcança somente porque um empregado é estável ou tem garantia no emprego. Este entendimento é corroborado por Muçouçah, ao ensinar que:

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 mais 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 (MUÇOUÇA, 2007, p. 592).

Nota-se que não é apenas a existência de estabilidade que garante ao empregado o direito à reintegração, a exemplo do que se depreende da análise dos julgamentos que deram origem à Súmula n. 443 e, em especial, das ponderações do Ministro Raymundo de Senna Pires:

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. (TST, Embargos em Recurso de Revista n. 36600-18.2000.5.15.0021)

Assim, defende-se que não se trata de garantia de emprego (TST, Recurso de Revista n. 1624-54.2011.5.01.0064), mas sim de um direito de reintegração do empregado embasado na teoria antidiscriminatória, “sob o risco de se criar uma nova espécie de estabilidade empregatícia totalmente desvinculada do caráter discriminatório que se quer reprimir” (TST, Recurso de Revista n. 775-73.2013.5.04.0664), haja vista existir a possibilidade de dispensa por justa causa ou de denúncia vazia do contrato de trabalho, desde que não se repute discriminatório o ato da dispensa do empregado doente (TST, Recurso de Revista n. 281540-92.2005.5.02.0014).

O próprio TST reconheceu em casos de trabalhadores com doenças graves que:

[...] embora o reclamante tenha postulado, na inicial, o reconhecimento de sua estabilidade no emprego, não indicou nenhuma das hipóteses legais ou contratuais capazes de amparar o pleito, não havendo nos autos qualquer indício de que fosse membro eleito da CIPA, dirigente sindical

ou detentor de estabilidade acidentária. (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 7383220145180111)

E ainda:

Pensamos, com a devida vênia, que o portador do vírus HIV não possui estabilidade no emprego, por falta de previsão legal, mas não olvidamos que a jurisprudência trabalhista tem admitido excepcionalmente o direito à reintegração, quando constatada a dispensa discriminatória, em função do mal contraído. Repita-se, o fato do reclamante ser portador de HIV não lhe confere qualquer estabilidade. Agora, havendo discriminação por parte do empregador, este merece ser combatido na seara Judiciária. (TST, Embargo em Recurso de Revista n. 150500-18.2009.5.02.0023)

Como demonstrado, o que se busca com a Súmula, em verdade, não é estabelecer uma nova estabilidade ou garantia no emprego (que tampouco fora autorizada por lei na década de 1990), mas sim a humanização das relações de trabalho (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 3179-04.2012.5.02.0013), por meio da proibição da prática discriminatória em relação a doenças diretamente relacionadas a preconceitos ou estigmas sociais.

CONCLUSÃO

Ainda hoje a condição de ser portador de uma doença grave, embora não contagiosa, suscita estigma e preconceito em todas as áreas da vida do indivíduo. No Direito do Trabalho, devido à importância do emprego para a concretização da dignidade da pessoa humana, o empregado vítima de práticas discriminatórias encontra abrigo jurídico em diversos dispositivos legais, constitucionais e internacionais.

Notoriamente a Justiça do Trabalho atua como instrumentalizadora do princípio da proteção e da não discriminação nas relações de trabalho. A Súmula n. 443 do TST confirma esse entendimento, na medida em que consolida a jurisprudência no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho arbitrária ou sem justa causa do obreiro portador de doença grave é presumidamente discriminatória, assegurando-o direito à reintegração ao trabalho nos casos em que o empregador não se desincumbir do ônus de comprovar que a dispensa não se deu por motivos discriminantes.

Observa-se que garantia de emprego tem como cerne a proteção da relação de emprego do trabalhador que se encontra em uma situação especial em um lapso temporal definido, mesmo que seja contra a vontade do empregador, limitando, desta forma, seu poder potestativo.

Note-se que a proibição da dispensa por conta de discriminação, ao contrário, não garante ao empregado portador de doenças graves que suscitam estigma ou preconceito uma garantia, porque ele pode ser dispensado normalmente desde que essa dispensa se dê de forma legítima.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Francisco Rossal de. *As fontes do direito e o efeito vinculante das súmulas do TST*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/154.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho – um enfoque de direito internacional e comparado. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.
- _____. Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 67-83, jan./jun. 2008.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 268-278.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 267 de 1999*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/40241>>. Acesso em: 04. jul. 2016.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 185, de 14 de setembro de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1072, 26 set. 2012. *Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho*, p. 5-36.
- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- 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, p. 171-191, jan./jun. 2016.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set. 2010.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. T. III. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923.
- LIMA, Francisco Gérson. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1997.

- LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A educação em direitos humanos pelo direito ao trabalho: o reconstruir do signo de estar soropositivo. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 71, p. 588-597, 2007.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A Súmula n. 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 3, p. 216-232, jul./set. 2013.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia privada e estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Couto (coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 491-508.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Esperando o legista (Deus) – por que o portador do vírus do HIV e o aidético necessitam de proteção trabalhista especial. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 118-134.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. São Paulo: Método, 2013.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Estabilidade do Dirigente Sindical: liberdade sindical, limites legais e constitucionais. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). *A Transição do Direito do Trabalho no Brasil: Estudos em Homenagem a Eduardo Gabriel Saad*. São Paulo: LTr, 1999. p. 112-137.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- ROMITA, Arion Sayrão. *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- SCHEUERMANN, Hugo Carlos. A tutela antidiscriminatória e a Súmula 443 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 2, p. 220-231, abr./jun. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- TULIO, Rosimeri; CASAGRANDE, Shauã Martins. Estabilidade e Garantia de Emprego da Gestante. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba*, v. IV, n. 9, p. 67-79, 2013.

URIARTE, Oscar Ermida. AIDS e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 83, p. 48-56, set. 1993.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n. 9.029/95). In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 135-142.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Constituição de 1988: servidor público “celetista” concursado e estabilidade. *Revista de Informativos Legislativos*, Brasília, v. 29, n. 115, p. 263-274, jul./set. 1992.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. *(Re)Significação dos Princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.