

A DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA POR DOENÇA DO TRABALHADOR

DISMISSAL WITHOUT JUST CAUSE BY DISEASE OF WORKER

Liduína Ofélia Duarte Barreto
Procuradora do Município de Fortaleza

Renan de Frias Queiroz
Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza

Sumário: 1 Introdução; 2 Resultados e discussão;
3 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Results and discussion;
3 Final considerations; References.

Resumo: O presente artigo apresenta o avanço jurisprudencial acerca das demissões sem justa causa, quando o empregado é portador de patologia grave. Apesar da falta de legislação, foi editada recentemente súmula do Tribunal Superior do Trabalho versando sobre a (im)possibilidade de dispensa desmotivada do empregado, quando portador de grave doença. Nesse sentido, as rescisões contratuais oriundas desse tipo de dispensa são consideradas presumivelmente discriminatórias, de forma a ensejar a reintegração do empregado, com a concessão de estabilidade. A relevância do tema reside na atual temática do Direito do Trabalho, de proteção ao hipossuficiente acometido de grave doença contra dispensa discriminatória, objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Constituição Federal. Dispensa discriminatória. Súmula nº 443. Tribunal Superior do Trabalho.

Abstract: This inquiry presents the progress of the case law on unfair dismissal, where the employee carries serious pathology. Despite the lack of legislation was recently enacted docket of the Superior Labor Court dealing on the (im)possibility of waiving unmotivated employee, when bearer of serious illness. In this sense, contract terminations resulting from this type of exemption are considered presumably discrimi-

minatory so as to give rise to the reinstatement of the employee, with the granting of stability. This theme relevance lies in the current issue of labor law, of protecting of poorer workers stricken with serious illness waiver discriminatory, object of doctrinal and jurisprudential divergence.

Keywords: Federal Constitution. Discriminatory layoff. Docket No. 443. Superior Labor Court.

1 Introdução

Com o advento da Magna Carta de 1988 foi instaurada nova ordem constitucional, que inaugurou o Estado Democrático de Direito no Brasil, assegurando os direitos sociais (artigo 7º, CF) que protegem e disciplinam o acesso ao trabalho, as relações trabalhistas e a prevenção contra a discriminação, objetivando a conservação do emprego e oferecendo garantias ao trabalhador. Essa nova diretriz pode ser observada nos artigos 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana), 3º, inciso I (princípio da solidariedade), e 5º (princípio da isonomia), todos da CF/88, nas Convenções nºs 111, 117, 158 e 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e ainda na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, da mesma Instituição. A Carta Magna também veda expressamente a discriminação, como se lê no inciso XXXI do artigo 7º: “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

A Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, cuidou expressamente do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, assegurado o direito à readmissão, passível de substituição, a critério do ofendido, por remuneração dobrada de todo o período de afastamento. Ocorre que, mesmo diante dessa proteção, também se vive em um Estado Liberal, que permite aos empregadores a discricionariedade da manutenção do vínculo empregatício. É deles, portanto, a decisão de rescindir o contrato de trabalho quando assim o desejarem, não precisando de justificativa para o ato, por se tratar de direito potestativo.

Diante desse choque de direitos, indaga-se: existem limites ao Poder Potestativo do Empregador?

Obviamente que sim! Visando acobertar o problema com o manto positivista, o legislador elencou situações especiais, nas quais o empregado gozará de estabilidade, aqui definida como o direito de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante e expressa em lei que desautorize sua dispensa. De acordo com a lei, são portadores de estabilidade provisória os empregados que sofreram acidente de trabalho, aqueles portadores de doenças profissionais, os membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), os dirigentes sindicais, entre outros. Em caso de rescisão, há obrigatoriamente que ser indicado o justo motivo, nos moldes do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (CARRION, 2010).

Em que pese essa garantia, a espécie de estabilidade ora em análise tem por escopo resguardar a vida do empregado, sua dignidade, o valor e o direito ao trabalho e, principalmente, inibir qualquer espécie de discriminação e preconceito que venha a sofrer em virtude de estar acometido de patologia grave. As doenças em evidência não são as doenças ocupacionais ou as decorrentes de acidente de trabalho, vez que sobre estas já existe legislação específica, mas aquelas de alta gravidade não acobertadas pela legislação, geralmente insuscetíveis de cura.

2 Resultados e discussão

Em meados do século XX, quando as normas constitucionais realmente começaram a adquirir caráter prático, despontaram na Justiça Trabalhista diversas ações requerendo a reintegração no emprego com base nos princípios da Magna Carta.

O primeiro avanço acerca desse tema ocorreu por intermédio dos julgados proferidos por uma corrente de magistrados do Rio Grande do Sul, que decidiam em favor da proteção do empregado, visando evitar a demissão discriminatória. Nessa época, o grande foco era a estabilidade dos portadores do vírus da imunodeficiência humana, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (em inglês, HIV/Aids), doença que causava certo repúdio social, já que era ligada aos costumes e ao modo

de vida do empregado. No entanto, depois de descoberto que a Aids não era de fácil transmissibilidade, não havia mais motivos para a discriminação.

No segundo estágio, a corrente de proteção ao trabalhador portador de patologias graves ampliou-se para outras comarcas, visando proteger também o empregado com absenteísmo constante decorrente de seu tratamento, justificado por diversos atestados médicos, ou que teve reduzida sua capacidade laborativa pela mesma razão. A proteção, assim, abrange uma nova série de doenças.

E no terceiro momento é colocada em discussão a possibilidade de previsão dessa estabilidade em Acordo Coletivo, e da promulgação de Projeto de Lei para prevenir dispensas arbitrárias e litígios. Vale frisar que a matéria deverá ser tratada mediante Lei Complementar, conforme previsão do artigo 7º, I da Constituição.

Atualmente essa estabilidade ainda se encontra sem amparo legal, tendo sido editado apenas um Projeto de Lei Complementar no Senado, de número 145/2006 e autoria da senadora Roseana Sarney, com a seguinte ementa: “Dispõe sobre restrições à despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), do Vírus HCV (Hepatite C) e de doença grave e contagiosa, e dá outras providências.”.

Esse Projeto visava garantir aos empregados gravemente enfermos o salário e o impedimento da dispensa sem justa causa até a concessão definitiva de benefício previdenciário. A proposta estabelece critérios de indenização em caso de descumprimento da lei e determina que o pedido de demissão de empregados protegidos somente será válido com a interveniência do respectivo sindicato e do Ministério Público. Mas apesar de ter sido apresentado em 18/05/2006, o PLC encontra-se arquivado desde 14/01/2011.

Diante de tal lacuna legislativa, a jurisprudência vinha aplicando analogicamente os princípios constitucionais e as leis que regem a relação trabalhista, conferindo estabilidade aos portadores de doença grave dispensados sem justa causa, mesmo quando o empregador desconhecesse o estado de saúde, restaurando o vínculo empregatício.

Com base no repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, e no respeito à dignidade da pessoa humana, considera-se essa demissão ilegal. De outro lado, o empregador tem toda a liberalidade para demitir, e a rigor, até setembro de 1992 o Brasil não era signatário da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que veda a dispensa sem justa causa para portadores de necessidades especiais. Sendo assim, na prática, as empresas estavam agindo dentro da lei. Contudo a Convenção nº 158 foi promulgada e submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou mediante o Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. No mesmo sentido, a Convenção nº 159, que cuida da reabilitação de pessoa deficiente, já havia sido aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 51, de 25 de agosto de 1989. E a Recomendação nº 168 da OIT, que a complementa, estabelece que os deficientes devem dispor de igualdade de tratamento e de oportunidades relativamente ao acesso, conservação e promoção a emprego.

Com o afloramento da defesa dos direitos do trabalhador, os Tribunais, em sua maioria, julgavam favoráveis as causas de demissão discriminatória. Como exemplo, apontam-se os seguintes julgados: TRT-2: Recurso Ordinário: Record 947200838102004 SP, 00947-2008-381-02-00-4, Relator(a): Jane Granzoto Torres da Silva, Julgamento: 12/11/2009; TRT-16: Processo: 3040200501616004 MA, 03040-2005-016-16-00-4, Relator(a): Gerson de Oliveira Costa Filho, Julgamento: 19/09/2006; TRT-4: Recurso Ordinário Trabalhista: Dados Gerais do Processo: RO, 656006819965040002, RS 0065600-68.1996.5.04.0002, Relator(a): Milton Varela Dutra, Julgamento: 02/12/1997.

A legislação e as decisões em evidência não possuem força vinculante, podendo o empregador sair vitorioso em algumas causas, principalmente nos Tribunais mais conservadores. Posto isto, em mais uma tentativa de preservar os direitos do empregado, no início do século XXI, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu majoritariamente que o fato de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego para o empregado enfermo não impede o julgador trabalhista de aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais, que vedam a despedida arbitrária com conteúdo discriminatório. Sendo assim, devido aos inúmer-

ros julgados, em setembro de 2012 o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula nº 443, que assim disciplina:

SÚMULA 443 - 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.

A Súmula parece estar alinhada materialmente com os dispositivos constitucionais. Mas quanto ao caráter processual/formal, aparenta estar eivada de ilegalidade, confrontando-se com outras normas do ordenamento pátrio, vez que, com a sua aplicação, a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou doença grave já carrega a presunção legal de ser discriminatória. Nesses casos, se não restar comprovado que a dispensa ocorreu por outros motivos, o ato do empregador não tem validade, garantindo-se ao trabalhador o direito à reintegração.

O artigo 5º, inciso II da Constituição da República determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, consagrando o princípio da legalidade. Nessa senda, o artigo 7º, inciso I do mesmo Diploma garante aos trabalhadores a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que tem como incumbência a fixação de indenização compensatória, dentre outros direitos, ainda inexistente, estando o Projeto de Lei nº 145/2006 arquivado desde 2011. Diante disso, a Súmula nº 443 do TST não observou o direito potestativo do empregador de demitir o empregado pagando as verbas indenizatórias, criando hipótese de estabilidade para o empregado sem expressa previsão legal.

Inobstante essa violação, a Súmula também cria obrigação negativa para o empregador, vez que tanto o artigo 818 da CLT quanto o artigo 333 do Código de Processo Civil disciplinam que o ônus da prova incumbe a quem alega o fato constitutivo de seu direito, invertendo-se, apenas, nos casos expressamente previstos em lei, sendo certo que caberia ao empregado, em caso de doença, provar a sua existência. Mas com a aplicação da Súmula, ocorre a inversão do ônus da prova de forma generalizada para o empregador sempre que o pedido contemplar reintegração de empregado gravemente doente.

Quanto à discricionariedade acerca da discriminação, esta caberá plena e exclusivamente ao magistrado, restando quase que impossível, na prática, a prova do desconhecimento por parte do setor patronal. Ressalte-se que o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) proíbe que os empregadores realizem exame de HIV em seus empregados por qualquer motivo (Portaria nº 1.246, de 28 de maio de 2010 do MTE), não podendo a Súmula realizar a inversão para o empregador.

Atualmente, além de aos portadores do HIV, a Justiça do Trabalho tem garantido estabilidade aos trabalhadores com doença cardíaca, câncer, doença de chagas, diabetes, depressão e alcoolismo, consideradas doenças graves. Mas diante da aplicação da Súmula, quais seriam as doenças a serem acobertadas? Apesar de ainda não existir posicionamento unânime acerca do tema, diante da gravidade da doença e das inúmeras patologias existentes, é clarividente que não se poderia estabelecer um rol taxativo, tampouco caberia utilizar-se do rol do artigo 186, inciso I e § 1º da Lei nº 8.112/90 por analogia, meramente exemplificativo, conforme entendimento disposto no seguinte julgado: STJ - REsp nº 1.284.290/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 11/11/2011.

Referido entendimento sumulado vem sendo reiteradamente aplicado nos Tribunais Trabalhistas. Mas como se trata apenas de previsão genérica, restam dúvidas quanto às suas consequências práticas na geração dos direitos do empregado demitido.

Socorrendo-se da analogia, os Tribunais entendem que o empregado demitido injustamente tem direito à reintegração na empresa, e ao conseqüente restabelecimento das garantias havidas antes do desligamento como salário, benefícios, cargo, férias integrais ou proporcionais, 13º salário, bem como aos salários compreendidos entre a dispensa e a reintegração, computando-se, para todos os efeitos legais, o período de afastamento como tempo de serviço. Há que ser mantida sua estabilidade por período igual ao da estabilidade do acidente de trabalho, ou seja, até a aposentadoria do empregado (TST. Recurso de Revista: RR 752770 752770/2001.0 Proc. nº TST-RR-752770/2001.0).

Em que pesem outras questões polêmicas, já foi entendido que a perícia médica realizada após demissão, bem como o indeferimento do auxílio-doença, não impedem a concessão da

reintegração (TST. ERR 423348/1998.1) (TST. A-RR-655-2000-071-02-00.2). No mesmo sentido também se pode aplicar a Súmula ao tomador de serviços terciários, já que é beneficiário da atividade laborativa do empregado e responde pela culpa *in vigilando* e *in eligendo* quanto aos direitos inadimplidos que remontem à vigência do contrato de trabalho, conforme disposto no TRT-2 - Recurso Ordinário: RO 1075200902102004 SP 01075-2009-021-02-00-4, Relator(A): Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Julgamento: 29/06/2010.

Na seara trabalhista é incomum a concessão de indenização por danos morais, já que o dano moral não é presumido, requerendo do empregado que pleiteia referida indenização que prove a existência dos elementos da reparação civil: dano, nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido, e culpa. No entanto, com a edição da Súmula em estudo, a dispensa arbitrária ficou presumida, cabendo ao empregador provar o contrário. Nesse sentido, a jurisprudência vem concedendo a referida indenização nos casos em que aparentemente ocorreu a dispensa discriminatória, pois conforme afirmado anteriormente, a prova em contrário pelo empregador é quase impossível.

3 Considerações finais

Em que pese a boa intenção do Judiciário ao inovar na maneira de julgar mediante a adoção de medidas com base nos princípios constitucionais na tentativa de concretizar a ordem constitucional vigente e o bem comum, combatendo a dispensa discriminatória por ato do empregador para proteger a vida, a dignidade e a família do empregado, esse não pode agir com excesso de poderes, já que o mundo jurídico lhe impõe certas limitações de ordem formal e material, tendo em vista que o Direito, em um Estado Democrático, não pode servir somente a uma classe.

Sendo assim, apesar das benesses, dos avanços e de a Súmula realmente assegurar a efetividade de alguns princípios, evidencia-se que outros são fatalmente contrariados, a exemplo do princípio da Reserva Legal, ao burlar o processo legislativo bicameral, vez que somente a lei, em seu sentido mais estrito,

cria mandamentos legítimos; do princípio da Isonomia, já que limita o direito potestativo à dispensa, mediante pagamento de indenização, criando hipótese de estabilidade não prevista na legislação em desfavor do empregador; e do princípio do Contraditório e Ampla Defesa pois, como a demissão discriminatória é presumida, inverte ilegalmente o ônus da prova para o empregador, criando obrigação negativa contra a qual, na relação processual, não terá meios práticos e efetivos de defesa. A reintegração torna-se, assim, uma espécie de penalidade, sujeitando o empregador à condenação em danos morais.

Outro ponto negativo da Súmula imputada é que constitui comando genérico, que submete completamente o empregador à discricionariedade e possíveis arbitrariedades dos magistrados quanto à condenação em danos morais e acerca das patologias que poderão ser consideradas graves para a sua incidência, restando, assim, num limbo jurídico.

Feitas essas considerações, evidencia-se que antes de ser uma ciência formalista e positivada, o Direito é uma ciência social, razão pela qual não pode olvidar-se dos problemas que atingem as relações intersubjetivas por ele reguladas ou estagnar-se pelo formalismo que lhe é intrínseco, apesar de deveras necessário. Afinal, diante da ocorrência de mudanças sociais, se os Três Poderes não evoluem da mesma forma por apego ao formalismo, por certo ocorrerão grandes injustiças. Posto isto, apesar de a Súmula realmente contrariar o formalismo legislativo, entende-se pela sua validade, já que, na realidade, não cria situação jurídica completamente nova, mas apenas amplia a hipótese de proteção da Lei nº 9.029 e efetiva os princípios constitucionais, cumprindo, assim, o Judiciário, o seu dever de prestar a Justiça.

Referências

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 1.246, de 28 de maio de 2010.** Orientar as empresas e os trabalhadores em relação à testagem relacionada ao vírus da imunodeficiência adquirida – HIV. 2010. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812C0858EF012C11B73F5C62DC/p_20100528_1246.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Senado Federal. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. **PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 145 de 2006 - Complementar**. Dispõe sobre restrições à despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), do Vírus HCV (Hepatite C) e de doença grave e contagiosa, e dá outras providências. 18/05/2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77820>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos

Fundamentais no Trabalho. 1988. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 159:** Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 158:** Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. 1982. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 117:** Objetivos e Normas Básicas da Política Social. 1962. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/520>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 111:** Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 12 ago. 2013.