

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE UBÁ
BACHARELADO EM DIREITO

Autor: Renata Caroline Valente Teixeira

Orientadora: Helaine Bressan de Mendonça

**A PRESUNÇÃO DISCRIMINATÓRIA DA DISPENSA IMOTIVADA DOS
PORTADORES DO VÍRUS HIV E OUTRAS DOENÇAS GRAVES FRENTE
AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ATUALIDADE.**

Ubá/MG

2013

**A PRESUNÇÃO DISCRIMINATÓRIA DA DISPENSA IMOTIVADA DOS
PORTADORES DO VÍRUS HIV E OUTRAS DOENÇAS GRAVES FRENTE
AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ATUALIDADE.**

Renata Caroline Valente Teixeira¹

Helaine Bressan De Mendonça²

SUMÁRIO: Introdução. 1. O vínculo empregatício e o contrato de trabalho. 1.1. Requisitos para a formação do vínculo empregatício. 1.2. Obrigação das partes. 2. Estabilidade x Garantia de emprego. 3. Os princípios aplicáveis à relação de emprego e o papel do direito do trabalho. 4. A discriminação na relação de emprego. 5. Análise da Súmula nº 443, TST. Conclusão. Referencias Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo geral analisar a Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata da presunção discriminatória da dispensa imotivada dos portadores do vírus HIV e outras doenças graves causadoras de estigma ou preconceito, no que tange sua aplicabilidade e adequação ao ordenamento jurídico. Busca apresentar a evolução da relação entre empregado e empregador, sob a égide da proteção do Direito do Trabalho e dos Direitos Humanos e a inversão do ônus da prova. Para tanto, utiliza-se pesquisa bibliográfica e análise casuística.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula, TST, ônus da prova, estabilidade, doença grave, discriminação, reintegração, direito potestativo.

¹ Graduanda no curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos de Ubá – MG – e-mail: renatacv@hotmail.com

² Professora graduada em Direito pela UNIPAC-UBÁ, pós-graduada em Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Tributário pela UNESA-RJ, pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC-BH, mestra em Direitos Humanos e Hermenêutica Jurídica pela UNIPAC-JF, atualmente leciona no curso de graduação em Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC) as disciplinas Direito Tributário e Deontologia Jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a missão de analisar a súmula 443, TST, publicada em 25, 26 e 27 de setembro de 2012, a qual consolidou anos de julgados no mesmo sentido desta Corte, classificando como discriminatória a dispensa imotivada dos portadores do vírus HIV e outras doenças graves, causadoras de estigma ou preconceito.

Verificamos que o tratamento dos portadores de HIV e outras doenças graves sofreu grandes mudanças com o passar dos anos. Quando descoberta, a AIDS era uma doença que “assombrava” os demais. Um trabalhador portador desta enfermidade era tratado com receio. As pessoas ao redor tinham medo, devido à ignorância ou ao preconceito. O mesmo acontecia com os portadores de Lúpus, câncer, deficiências físicas, bem como os negros, homossexuais, etc.

A Justiça do Trabalho, em seu âmbito protecionista, sempre buscou proteger esses empregados, ainda que essa proteção não estivesse expressa em lei.

Com a Constituição Federal de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e tantos outros tratados, em que o Brasil é signatário, essa proteção tendeu a aumentar e sempre que os discriminados buscavam a Justiça para solução de conflitos neste sentido, tinham dificuldade para produção de prova.

Neste sentido é que, depois de muitos julgados tendendo para a mesma decisão, foi editada a referida súmula pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, especificamente no caso dos soropositivos e portadores de doenças graves causadoras de estigma, não teria sido o próprio Judiciário autor de discriminação? Não estaria dando tratamento desigual, aos iguais? Como é o caso dos homossexuais, afrodescendentes, deficientes físicos, elencados, juntamente com os demais, como detentores de proteção por parte do Estado?

Ao adentrar na esfera legislativa, o judiciário infringiu outras normas, como a que garante ao empregador o direito potestativo de rescindir o contrato unilateralmente e princípios constitucionais, como veremos a seguir.

1. O VÍNCULO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE TRABALHO.

A Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, em seu artigo 442, define contrato de trabalho como um acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Há, entretanto, que se distinguir contrato de trabalho e contrato de emprego, conforme ensina o doutrinador Sérgio Pinto Martins:

“O contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia compreender qualquer trabalho, como o de autônomo, do eventual, etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí por se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria gênero e contrato de emprego, espécie” (MARTINS, 2009, p 78).

O contrato individual de trabalho é o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual o empregado, pessoa física, compromete-se, mediante pagamento de uma contraprestação salarial, a prestar serviços não eventual e subordinado em proveito do empregador, pessoa física ou jurídica.

É mister elucidar que o vínculo entre empregador e empregado é, antes de tudo, uma relação jurídica, sendo efetivamente uma relação social, regida pelas normas jurídicas, ligando os sujeitos do polo passivo e ativo, como contratante e contratado. É negocial, regida pela vontade das partes, visto que ninguém será empregado de outrem a não ser que queira.

Não é possível ao empregador impor que para si trabalhe, o que, caso possível, nos traria de volta à escravidão.

1.1 – REQUISITOS PARA A FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

As presenças de alguns elementos nos permitem diferenciar a figura do empregador da do empregado. São caracterizadores do vínculo:

- **a pessoalidade:** os serviços devem ser prestados por pessoa natural ou física. O contrato de trabalho é *intuitu personae*, sendo pactuado em função das características presentes naquela determinada pessoal.
- **a onerosidade:** é a não gratuidade. O empregado ao prestar seus serviços, faz jus a receber uma contrapartida, correspondente ao esforço realizado para cumprir a tarefa, a

qual é exigida pelo empregador. É onde se evidencia a bilateralidade contratual. Sem pagamento de salário, não há relação de emprego.

- **a continuidade:** é um pacto de trato sucessivo, devido à continuidade da prestação. Se o trabalho for exercido de forma eventual, inexistente o contrato de trabalho. Esse requisito leva a segurança do empregado, aludindo ser uma relação duradoura.

- **a subordinação:** o empregado não possui autonomia plena de decisão. Sempre existe a figura de um superior imediato, ou o próprio empregador, uma vez que o poder de mando decorre do risco do negócio, intrínseco ao titular do seu próprio direito. O subordinado sempre age em nome de outro, sob responsabilidade deste.

1.2 – OBRIGAÇÕES DAS PARTES.

Existem obrigações a serem cumpridas por ambas as partes deste negócio jurídico.

- **Empregado:** a CLT, em seu artigo 3ª, traz a definição legal do empregado:

Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste, mediante salário.

A definição utilizada pela CLT de “dependência” não seria a mais coerente, devendo o termo mais correto ser “subordinação”. O empregado é dirigido pelo empregador, a quem se subordina. Se não há subordinação, não existe empregado, mas sim autônomo.

O propósito da relação contratual é a vontade de trabalhar em troca da contraprestação salarial. Não por mera amizade, motivo religioso, cívico, etc.

Em suma, empregado é a pessoa física que presta pessoalmente serviços para outra pessoa física ou jurídica, de modo não eventual. É subordinado à figura do empregador e é, também, assalariado, seja recebendo remuneração por hora, ou por produção, mas sempre ligado ao serviço que executa para o empregador.

Sua obrigação, portanto, é, precipuamente, esta prestação laboral. É uma obrigação de fazer, devendo o empregado esforçar-se para executá-la com exatidão.

Em decorrência do contrato de trabalho, é imposto ainda ao empregado o dever de fidelidade. Elemento, este, ligado ao princípio da lealdade com relação à figura do empregador. Não pode aquele divulgar informações essenciais ao funcionamento da empresa, que possam vir a prejudicar de forma moral ou patrimonial a empresa ou o empregador, bem como é vedado que exerça atividade econômica concorrente.

- **Empregador:** o conceito da figura do empregador está no art. 2º, §1º, da CLT:

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

§1º - Equipara-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficências, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores ou empregados.

A obrigação principal do empregador é a contraprestação salarial, a ser adimplida no prazo e valor ajustado em contrato de trabalho. Além deste, muitos outros deveres são atribuídos, com caráter complementar. Como segurança e higiene do local onde o trabalhador estiver exposto, férias anuais, previdência social, assistência em caso de doenças e acidentes decorridos profissionalmente, etc. É, também, obrigação do empregador o ato praticado com intuito de prevenir os danos físicos e morais que possam ocorrer na duração do exercício do trabalho, sendo, devido, inclusive, o pagamento de indenização e assistência no caso de danos sobrevindos.

Dentro dos limites da razoabilidade, é direito potestativo do empregador rescindir o contrato de trabalho, conferido pela legislação trabalhista, para a administração do negócio.

2. ESTABILIDADE X GARANTIA DE EMPREGO.

É necessário distinguir, inicialmente, garantia de emprego de estabilidade.

Para Sérgio P. Martins, garantia de emprego é uma norma *“que compreende medidas tendentes ao trabalhador ao obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira mais ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço.”*

Um exemplo a ser citado é o presente no artigo 429, CLT, que prevê aos menores aprendizes a oportunidade de emprego nos estabelecimentos.

Já a estabilidade, em síntese, é o direito conferido ao empregado, de se conservar no emprego, mesmo que o empregador não deseje mais o vínculo, com exceção aos casos em que a lei permite sua demissão.

Da palavra estabilidade é possível que se compreenda dois significados, elucidados pelo conhecimento de Amauri Mascaro Nascimento:

A estabilidade no sentido econômico refere-se à estabilidade de emprego, fruto de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas do Governo, destinadas a fazer com que não se falte trabalho na sociedade. É um dever social.

Já a estabilidade jurídica refere-se à estabilidade no emprego, assim considerando o direito do empregado de manter o emprego, mesmo em situações nas quais não há desejo de manter o vínculo por parte do empregador, salvo em casos previstos em lei.

A Constituição Brasileira de 1988, estabeleceu em seu artigo 7º, I, o direito dos trabalhadores à proteção: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Maurício Godinho Delgado define com excelência a diferença entre estabilidade e garantia de emprego. Assim, entende-se por estabilidade, como uma vantagem jurídica de caráter permanente, atribuído ao empregado, em virtude de lei, que assegure a manutenção indefinida no tempo do contrato de trabalho, sem considerar a vontade do empregador em manter este vínculo empregatício.

Já a garantia de emprego é a vantagem jurídica de caráter temporário atribuído ao empregado, em virtude do que foi acordado no contrato de trabalho, acordo ou convenção coletiva, ou ainda, da situação pessoal do empregado de caráter especial. Tem como objetivo, assegurar o vínculo empregatício por um lapso temporal definido. Algumas correntes doutrinárias e jurisprudenciais vem tratando como sinônimo de garantia de emprego, a estabilidade temporária ou provisória.

Segundo Maurício Godinho Delgado, há três situações de estabilidade de emprego que se mantiveram em nosso País: A dos antigos contratos regidos pré-CLT (antes de 1988); a dos contratos de servidor público celetista com cinco anos no emprego ao tempo da Constituição (desde 5.10.1983); e, finalmente, a estabilidade do servidor público celetista concursado, adquirida nos moldes do art. 41, da Carta Magna.

Como garantia de emprego, ou seja, oriundas de situações momentâneas, a garantia da gestante, desde a concepção até 120 dias após o parto; a do trabalhador vítima de acidente de trabalho, pelo prazo de um ano contado da alta médica, condicionado ao afastamento superior a 15 dias do trabalho; dentre outras. Nestes casos, o empregador não pode demitir arbitrariamente ou sem justa causa o empregado, enquanto perdura a circunstancia em que se encontra. Só poderá rescindir o contrato caso o empregado dê causa à dispensa, o que se denomina dispensa com justa causa.

Em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de edição da Súmula nº 443, criou uma nova modalidade de estabilidade: para portadores do vírus do HIV e outras doenças que causem estigma, que será abordada no momento oportuno, no presente trabalho.

3. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À RELAÇÃO DE EMPREGO E O PAPEL DO DIREITO DO TRABALHO.

No decorrer da história, o trabalho humano se apresentou de diferentes formas. Na acepção bíblica era sinônimo de castigo; na antiguidade, de escravidão; na idade média, de feudo; no fim da idade moderna, as corporações de ofício; na revolução industrial, o capitalismo, o qual se propagou até hoje.

Os trabalhadores foram submetidos a condições sem nenhuma proteção, o que exigiu do Estado uma atitude a fim de tutelar o proletariado. A partir da Revolução Industrial diversos países ratificaram inúmeros direitos à classe trabalhadora, e elevou o princípio ao ordenamento jurídico pátrio, sendo hoje garantido na Constituição Federal da República do Brasil.

Partindo deste contexto, Maria Aparecida Alkimin acrescenta:

“A Constituição Federal de 1.988, inspirada nos documentos internacionais que exaltaram a dignidade da pessoa humana disciplinou os chamados direitos e garantias individuais, contemplando a valorização da pessoa humana, protegendo seus direitos da personalidade, como a vida, integridade, intimidade, liberdade, através do poder-dever do Estado em reprimir as lesões ou ameaças de lesões, a par da garantia dos direitos sociais, que também contemplam a valorização da pessoa humana.”

Deste modo, o Direito do Trabalho é ambivalente, porque realiza duas funções: a de proteção do trabalhador e a de conservação da ordem social.

A norma trabalhista, sob o prisma da proteção do trabalhador, indica que o objeto da observação imediata é no sentido de proteger a parte mais frágil da relação jurídica. Não basta, no entanto, apenas proteger. É preciso estudar de forma criteriosa e científica, os efeitos desta proteção para, além de afastar os obstáculos, promover a justiça social no seu sentido mais amplo possível.

Como Estado Democrático de Direito, deve prevalecer em nosso ordenamento jurídico à democracia, que, em outras palavras, denota a prevalência de igualdade,

sobretudo nas relações empregatícias, por ser um campo fértil de propagação de práticas discriminatórias. Desta necessidade de corrigir a disparidade entre empregador e empregados, surgiu o Direito do Trabalho.

4. A DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO.

Na prática, é proibido ao empregador utilizar-se de critérios discriminatórios no momento da admissão ou demissão do empregado, seja por cor, opção sexual, religião, opção política, raça ou etnia, nacionalidade, estado civil, idade, estado de saúde, entre outros.

Essa proibição deriva das disposições dos artigos 3º, 5º e 7º da Constituição Federal, não podendo qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, serem discriminados, uma vez que todos com pleno gozo de seus direitos políticos, tem também o direito ao progresso pessoal e material, ao desenvolvimento intelectual e espiritual, com liberdade e dignidade, na conquista de seus objetivos e com igualdade de opções para concorrer.

Constitui violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem qualquer discriminação neste sentido.

A Constituição Estadual do Estado do Mato Grosso, por exemplo, já dispõe expressamente em seus artigos a proibição de discriminação.

No âmbito do trabalho a discriminação é ainda mais cruel e desumana, uma vez que o ser humano busca no emprego a via de sobrevivência mais digna e decente.

Não há ilegalidade no caso em que o empregador submete o empregado a exame médico avaliativo, como ocorre na admissão, demissão e ainda durante a vigência do contrato de trabalho, pois o empregador deve zelar pelas condições físicas e psicológicas dos empregados. Entretanto, a solicitação de exames de gravidez, exame sorológico capaz de identificar o vírus do HIV, entre outros, são considerados violação ao princípio da intimidade, com fulcro no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal.

Com relação ao ônus da prova, cabe ao empregado provar que houve tratamento desigual, nos casos em que estava em condição de igualdade com o outro. Quanto ao empregador, cabe provar que houve um motivo justo para o tratamento díspar.

5. ANÁLISE DA SÚMULA 443, TST.

Buscando reafirmar o compromisso da comunidade internacional em promover a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação e alinhando-se às disposições dos artigos 3º, IV (Princípio da Dignidade da Pessoa Humana), artigo 5º (Princípio da Isonomia), ambos da Constituição Federal, das Convenções nº 111 e 117 da Organização Mundial do Trabalho e, também, à Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, o Tribunal Superior do Trabalho editou, nos dias 25, 26 e 27 de setembro de 2012, a súmula de nº 443, *ipse litteris*:

“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.

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.”

O Judiciário, no entanto, na busca da proteção aos portadores de HIV e outras doenças graves que causem estigma ou preconceito, acabou por violar outras normas, como analisaremos a seguir.

Como já demonstrado no presente trabalho, as garantias de emprego são, com fulcro no artigo 7º, inciso I, CF/88, regulamentadas por meio de lei complementar, que, dentre outros direitos, fixará indenização.

Entretanto, é sabido que em nosso ordenamento jurídico inexistia alguma lei complementar que garanta o direito a estabilidade de emprego ao portador de HIV ou enfermidades consideradas graves. Há, então, primeiramente, infração ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Há, também, o direito potestativo do empregador à dispensa, uma vez que é mister para a administração do negócio. Se este o faz por discriminação a qualquer fator, independente de o empregado ser portador do vírus HIV ou outra doença grave, ou por opção sexual, etnia, existe violação de disposição legal e, comprovada tal discriminação, o empregado tem o direito à reintegração, ou indenização proporcional

ao dano sofrido, ou seja, à reparação civil do dano. O que não é o que diz a norma editada pelo Poder Judiciário.

Na referida súmula, houve a inversão do ônus de prova. O empregador, ao utilizar-se de um direito seu, deve, ainda, comprovar que não o fez em caráter discriminatório, sob pena de reintegração do empregado. Isso, devido à utilização da expressão “presume-se discriminatória”. Ademais, não é possível ao empregador saber de antemão da existência da moléstia, sem que o empregado o tenha afirmado, uma vez que não pode solicitar que este submeta-se a exames que invadam a privacidade do obreiro, proibição esta imposta pelo Ministério do Trabalho e Emprego; e, ainda, sem saber quais são o rol das moléstias consideradas graves causadoras de estigma ou preconceito.

O artigo 818 da CLT e o artigo 333 do Código de Processo Civil aduzem que incumbe a quem alega o ônus da prova. Cabendo ao autor provar fato constitutivo de direito seu e ao réu demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos do autor. A inversão do ônus da prova ocorre em casos expressamente previstos em lei.

É violado o direito do empregador de conhecer previamente qual ato é passivo de punição com reintegração. Ficando a cargo do Magistrado, a interpretação casuística. Não sabe o empregador, sequer, quais são as doenças consideradas graves, causadoras de estigma ou preconceito. O Magistrado, o qual tem sua formação fundada em Direito, é quem ficou a cargo de identificar essas doenças, que estão fora do seu âmbito de conhecimento.

Verificamos que a jurisprudência se mantém coerente nos julgados, no sentido de que o maior motivo para reintegração é o fator discriminação. Sempre pautando no princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo ao empregador a árdua tarefa de comprovar, diante da simples alegação do empregado, que não ocorreu tal situação.

Neste diapasão, corroboram os julgados que seguem:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR DESFUNDAMENTAÇÃO ARGUIDA EM CONTRAMINUTA. Verifica-se das razões do Agravo de Instrumento que o Agravante impugnou os fundamentos do despacho denegatório. Rejeita-se a preliminar. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. Constatada divergência jurisprudencial, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento . II - RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO

PORTADOR DO VÍRUS HIV. PROVA DA AUSÊNCIA DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. Segundo o quadro fático delineado pelo TRT, no caso vertente, há prova (confissão do reclamante e depoimento testemunhal) de que a despedida não foi discriminatória. Inaplicabilidade da Súmula nº 443, do TST. Recurso de Revista conhecido e não provido. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PROVA DA AUSÊNCIA DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA. No presente caso, o entendimento adotado pelo Regional, de que o reclamante confessou não haver dispensa discriminatória, fato corroborado pelo depoimento testemunhal, já é suficiente para evidenciar a ausência de discriminação e, por consequência, do alegado dano moral. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - RR: 1505001820095020023 150500-18.2009.5.02.0023, Relator: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de Julgamento: 06/02/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013).

RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ÔNUS DA PROVA - DOENÇA GRAVE - SÚMULA Nº 443 DO TST. 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, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 443 do TST. O Tribunal Regional, calcado no entendimento de que incumbe ao empregado o ônus de comprovar a ocorrência da conduta discriminatória do empregador, incorreu em inversão imprópria do ônus da prova. Consequentemente, deixou de acolher a pretensão do reclamante aos danos morais, apesar da presunção que lhe favorecia, não havendo notícia no acórdão recorrido acerca da produção de prova em sentido contrário pelo empregador. Recuso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 78947820105120014 7894-78.2010.5.12.0014, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28/08/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013).

RECURSO DE REVISTA 1 - JORNADA 12 X 36. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS HABITUAIS . Conquanto se verifique a existência de norma coletiva no período imprescrito a validar a adoção da jornada 12x36, resta incontroverso que houve prestação de horas extras habituais, com extrapolação do limite semanal de 44 horas, o que descaracteriza o acordo de compensação. Recurso de revista conhecido e provido. 2 - HORA NOTURNA DE SESSENTA MINUTOS FIXADA EM NORMA COLETIVA. Não se mostra possível que o redutor ficto, previsto no art. 73, § 1.º, da CLT, seja flexibilizado por meio de norma coletiva de trabalho, a qual tem como objetivo fundamental assegurar e manter a saúde e a segurança do trabalhador, de acordo

com o art. 7.º, XXII, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. 3 - INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. EFEITOS. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a concessão parcial do intervalo para descanso e alimentação, de que trata o art. 71 da CLT, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido. Inteligência da Súmula 437, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido. 4 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. 4.1 - O entendimento desta Corte superior é no sentido de que ônus da prova da dispensa não discriminatória cumpre ao empregador. Isso porque o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho, mediante iniciativa do empregador, como expressão de seu direito potestativo, não é ilimitado, encontrando fronteira em nosso ordenamento jurídico, notadamente na Constituição Federal, que, além de ter erigido como fundamento de nossa Nação a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV), repele todo tipo de discriminação (art. 3, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7.º, I). 4.2 - Esta Corte, inclusive, sinaliza que, quando caracterizada a dispensa discriminatória, ainda que presumida, o trabalhador tem direito à reintegração, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego, consoante a diretriz da Súmula 443 do TST e de precedente jurisprudencial. 4.3 - No presente caso, emerge dos autos a presunção de que a dispensa do reclamante, portador de glaucoma congênito e em vias de realizar cirurgia, por iniciativa do empregador, foi discriminatória e arbitrária, até porque não houve nenhuma prova de que ela ocorreu por motivo diverso, constituindo, portanto, afronta aos princípios gerais do direito, especialmente os previstos nos arts. 1.º, III, 3.º, IV, 7.º, I, e 170 da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. 5 - DIFERENÇAS SALARIAIS PELO ACÚMULO E DESVIO DE FUNÇÃO. A incidência das Súmulas 296, I, e 297 do TST obsta a análise do mérito do tema. Recurso de revista não conhecido. 6 - DIFERENÇAS SALARIAIS. CARGO DE LÍDER DE GRUPO. A incidência das Súmulas 296, I, e 297 do TST obsta a análise do mérito do tema. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 1996700792006509 1996700-79.2006.5.09.0011, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 13/08/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013).

CONCLUSÃO:

Ante todo o exposto, podemos elucidar a dificuldade do empregador de boa fé ao comprovar que a dispensa de determinado empregado, portador de doença grave, causadora de estigma ou preconceito não tenha sido discriminatória. A Justiça do Trabalho não levou em consideração a evolução o assunto, visto que hoje não existe mais a discriminação existente no início do século acerca dessas doenças.

Ainda fica evidente que tratou com preconceito os portadores destas doenças, uma vez que os colocam em um patamar diferenciado dos negros, homossexuais, deficientes físicos, idosos, que também sofrem discriminação no ambiente laboral, sem, entretanto, ter o amparo da Justiça do Trabalho neste mesmo sentido.

Não há na referida súmula menção ao pagamento de indenização, caso o empregador necessite dispensar o empregado. Ao contrário disso, ela invalida a demissão e determina a imediata reintegração, devendo o empregador pagar os salários relativos ao período compreendido entre a dispensa e o retorno ao trabalho. Não foi respeitado o direito potestativo do empregador em rescindir o contrato.

Também não observou o princípio da legalidade, vez que instituiu uma nova modalidade de estabilidade de emprego, sem que haja lei complementar específica para tanto.

Com a inversão do ônus da prova, de forma generalizada, foi inobservado o princípio da aptidão para a prova. Ainda que relativa a presunção de discriminação, para o empregador tornou-se difícil produzir suas provas, como o desconhecimento da doença no momento da dispensa.

Na busca da proteção do trabalhador, o Tribunal Superior do Trabalho não considerou o contexto no momento da publicação, fadando tal Súmula a cair na inaplicabilidade, como tantas outras e a dificultar a tarefa de administração do negócio do empregador.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na relação de trabalho e a proteção à personalidade do trabalhador** (2008.p.53).

BRASIL. Código de Processo Civil, 1973. **Código de Processo Civil e Constituição Federal**. 43.ed. São Paulo: Saraiva; 2013.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943**. Das normas gerais de tutela do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 de set. de 2013.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal; 1988.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula no 443**. 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. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0014.htm>. Acesso em 20 de set. de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 33 ed. São Paulo: Saraiva (2007, p. 585).

OIT. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento**. 86ª. Sessão, Genebra, junho de 1998. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_547.pdf> Acesso em: 20 de set. de 2013.