

Presunção de dispensa discriminatória introduzida pela Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho e direito de defesa do empregador

*Amanda de Paulo Silva Vicentim Garcia*¹

*Dener Rezende Borges*²

Resumo: A Súmula 433 do Tribunal Superior do Trabalho – TST criou a possibilidade estabilidade no emprego para o empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave. Essa disposição tem por finalidade coibir a dispensa discriminatória dos trabalhadores com doenças graves, por parte das empregadoras, fato este corriqueiro nos últimos anos. Os fundamentos legais para a sua edição foram os princípios da dignidade humana e da igualdade e a vedação a discriminação. Entretanto, existe controvérsia a respeito do fato de que a Súmula fere princípios constitucionais, como o princípio da legalidade e também dificulta a produção de prova por parte do empregador, no que refere à dispensa discriminatória.

Palavras chave: Reintegração. Dignidade da pessoa humana. Ônus da prova.

Sumário: 1. Introdução; 2. A relação de emprego: empregado e empregador; 3. A Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho; 4. Princípios e garantias constitucionais aplicáveis as relações trabalhistas; 5. O princípio da legalidade e o ônus da prova; 6. A violação da defesa do empregador: controvérsias doutrinárias e jurisprudências; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O trabalho é de suma importância para o homem, pois é através dele que o trabalhador (obreiro) garante o seu sustento e o de sua família. Desde os primórdios dos tempos o homem teve que empregar as suas forças para garantir a sua sobrevivência e, à medida que a sociedade evoluiu e se industrializou, o homem passou a vender a sua força de trabalho para os detentores dos meios de produção.

Neste processo, a exploração do empregado pelo empregador foi consolidada, sobretudo a partir da primeira Revolução Industrial na Inglaterra, nos primórdios do século XVIII. Devido à hipossuficiência do empregado frente ao empregador e da exploração deste, foram elaboradas leis com o intuito de tutelar as relações trabalhistas em todo o mundo. No Brasil existe, atualmente, uma vasta legislação que protege os

¹ Graduanda do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

² Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

direitos dos empregados, mas que também estabelece os seus deveres nas relações trabalhistas com o empregador.

No ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, dispõe sobre os direitos dos empregados urbanos, rurais e domésticos. Há ainda a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que também regulamenta as relações trabalhistas entre empregados e empregadores, além das Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST (BARROS, 2008, p. 32).

O objetivo geral do presente trabalho foi fazer uma discussão crítica acerca da Súmula 443, que trata da dispensa discriminatória em relação ao trabalhador portador de doença grave como é o caso do HIV – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Essa Súmula, editada em setembro de 2012, formaliza o entendimento do TST quanto à questão de dispensa imotivada do empregado com doença grave. Em outras palavras, determina ao empregador o ônus de provar que a sua dispensa deve-se a motivos outros que não a doença grave.

O objetivo específico foi tratar da violação de normas constitucionais e legais a partir da presunção de dispensa discriminatória estabelecida pela Súmula 443 do TST, bem como das dificuldades que o empregador enfrentará na produção de elementos que possam contrariar tal presunção.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro, uma lei que garante emprego nessas condições (doença grave)³. Todavia, tem-se aplicado princípios constitucionais para que o empregado possa permanecer no emprego mesmo sendo portador de doença grave. Tais princípios são o direito a vida, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação, etc. Por força desses princípios, muitos empregados dispensados por doença grave têm sido reintegrados no emprego pela justiça do trabalho.

O problema da pesquisa diz respeito à questão da presunção que a Súmula 443 do TST trouxe em relação à prática de ato discriminatório patronal quando o empregado dispensado for portador do vírus HIV ou doença grave.

Com a observância de alguns diplomas do ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente da Constituição Federal, além do Código Civil, Código de Processo Civil e Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros, conclui-se que a presunção trazida pela Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, privilegiando a manutenção do emprego do empregado acabou por violar outros preceitos constitucionais e também legais.

Diante disso, tem-se que a partir da referida presunção se instalarão controvérsias no plano constitucional e infraconstitucional, como a presunção da discriminação, legalidade, ônus da prova entre outras, e que, notadamente, dizem respeito ao prejuízo imposto ao empregador no que tange ao exercício da sua defesa.

Em face desse verbete, o que se observa é que foi violado o equilíbrio ao direito de defesa do empregador, posto que a presunção trazida pela Súmula tem o condão de proteger o empregado, mas por outro lado impossibilita ou inviabiliza o direito de defesa do empregador, especialmente considerando a dificuldade em se fazer prova em contrário e que possa elidir essa presunção (TEIXEIRA FILHO, 1994, p. 64).

³ Existe estabilidade provisória para a gestante, o trabalhador vítima de acidente de trabalho (art. 118 da Lei nº 8.213/1991).

2. A relação de emprego: empregado e empregador

A relação de emprego é protegida pela CLT e pode ser conceituada como uma espécie da relação de trabalho, firmada entre empregador e empregado através de contrato de trabalho, tácito ou expresso.

Segundo a lição de Cavalcante (2010, p. 67), no âmbito jurídico o contrato de trabalho é entendido como um acordo de vontades entre o empregador e o empregado. No contrato de trabalho individual, este acordo é determinado pelo empregador, ou seja, as cláusulas contratuais são estabelecidas pela empresa que de fato detém o poder econômico. Cabe ao empregado a prerrogativa de aderir às condições estipuladas no contrato de trabalho.

De acordo com Cairo Júnior (2010, p. 37), a natureza jurídica do contrato de trabalho tem duas teorias no ordenamento pátrio: a contratualista e a anticontratualista. A primeira advoga a ideia que a relação de emprego entre empregador e empregado é um contrato e o seu fundamento reside na tese de que a vontade das partes é a causa única que pode constituir vínculo jurídico entre as partes. Já a teoria anticontratualista preleciona que a empresa é uma instituição, no qual existe uma situação estatutária e não contratual e o estatuto prevê as condições de trabalho, que são prestadas sob a autoridade e poder do empregador.

Através dessas definições foi possível elaborar um conceito próprio acerca do contrato de trabalho que, em nosso entendimento, é um negócio jurídico estipulado entre as partes no qual a pessoa física ou jurídica (empregador), se obriga a efetuar o pagamento (salário) ao empregado (pessoa física) a quem fica juridicamente subordinado.

A relação de emprego tem algumas características, quais sejam: o trabalho é de caráter não eventual, ou seja, é contínuo posto que a CLT não tutela o trabalho eventual; é oneroso, pois implica na contraprestação financeira e também é autônomo e subordinado. Tanto o empregador quanto o empregado têm direitos e obrigações a cumprir enquanto durar o contrato de trabalho. Neste diapasão, leciona Martins (2012, p. 15) que as relações trabalhistas devem se pautar na solidariedade e no respeito aos direitos e deveres de cada um.

A duração do contrato de tratado pode ser por prazo determinado ou indeterminado, na forma estabelecida no artigo 443, § 1º, da CLT, *in verbis*:

Art. 443 [...]

§ 1º Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de tempo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;

c) de contrato de experiência.

No contrato de trabalho por prazo determinado é especificado o tempo de prestação do serviço, geralmente de caráter provisório e temporário, ao passo que, no contrato de trabalho por tempo indeterminado não existe fixação prévia para a prestação do serviço.

Assim, o prazo de duração do contrato de trabalho por prazo determinado não pode ser superior a dois anos e, em seu término, o empregador não precisa pagar aviso prévio ou descontar o Fundo de Garantia por Tempo e Serviço – FGTS, devido às características distintas deste contrato. De acordo com Martins (2012, p. 16), no contrato de trabalho por tempo indeterminado, não se determina o tempo em que o empregado ficará a serviço do empregador. Porquanto, existem características distintas entre as duas modalidades de contrato, mas em ambos os casos a rescisão deverá ser feita conforme as determinações da legislação trabalhista.

Segundo Martins (2012, p. 15) o contrato de trabalho pode ser extinto nas seguintes hipóteses: dispensa do empregado pelo empregador; pedido de demissão por parte do empregado; acordo entre empregador e empregado e quando deixa de existir alguns dos sujeitos da relação trabalhista, ou seja, morte do empregador, do empregado e extinção da empresa.

O empregado pode ser demitido por justa causa ou sem justa causa. A legislação estabeleceu formas diferenciadas de se promover a rescisão do contrato em ambos os casos. Assim, na dispensa sem justa causa o legislador cuidou de estabelecer quais são os direitos do empregado que, após um ano de serviço são os seguintes: saldo de salários, férias proporcionais, décimo terceiro, aviso prévio, Fundo de Garantia por Tempo e Serviço, etc. Existem diversas situações que caracterizam a dispensa sem justa causa, mas, para cada uma delas, os direitos dos empregados estão garantidos (MARTINS, 2012, p. 37).

O empregador que rescinde o contrato sem justa causa e, paralelamente, age com arbitrariedade poderá ser acionado judicialmente, inclusive instado a pagar indenização por dano moral. O assédio sexual e o assédio moral, por exemplo, são alguns exemplos de condutas por parte do empregador que caracteriza indenização por dano moral.

A CLT também cuidou de estabelecer as situações que caracterizam a dispensa por justa causa.

a) Improbidade: é o ato lesivo contra o patrimônio da empresa, ou de terceiro, relacionado com o trabalho; exemplo: furto, roubo, falsificação de documentos, etc.

b) Incontinência de conduta: traduz-se pelo comportamento irregular do empregado, incompatível com a moral sexual; é apenas ato de natureza sexual;

c) Mau procedimento: é o comportamento irregular do empregado, incompatível com as normas exigidas pelo senso comum do homem médio; é qualquer ato infringente da norma ética;

d) Condenação criminal sem *sursis*: quando ao réu não é concedido o *sursis*, em virtude do cumprimento da pena privativa da sua liberdade de locomoção, não poderá continuar no emprego, podendo ser despedido, por justa causa;

e) Desídia: desempenhar as funções com desídia é fazê-lo com negligência, indisciplina, ou seja, descumprimento de ordens gerais de serviço e a desobediência do obreiro às determinações contidas em circulares, portarias, instruções gerais da empresa, escritas ou verbais;

f) Insubordinação: é o descumprimento do obreiro em relação às ordens pessoais de serviço, a norma infringida não tem caráter de generalidade, mas sim de pessoalidade;

g) Ato lesivo à honra e a boa fama: é a ofensa à honra, do empregador ou terceiro, nesse caso relacionada com o serviço, mediante injúria, calúnia ou difamação e que enseja não apenas a dispensa por justa causa, como, também, a caracterização de dano moral;

l) Ofensa física: é a agressão, tentada ou consumada, contra o superior hierárquico, empregadores, colegas ou terceiros, no local de trabalho ou em estreita relação com o serviço (MARTINS, 2012, p. 37).

De acordo com a explanação de Suzuki (2013, p. 3), outra designação utilizada pela doutrina na rescisão do contrato de trabalho é a dispensa desmotivada (com justa causa) ou a dispensa imotivada (sem justa causa). Qualquer que seja o caso, a dispensa produzirá efeitos jurídicos, sendo que estes são mais contundentes na dispensa imotivada. Em relação a essa última o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência é que os direitos assegurados aos empregados incluem: o FGTS; o acréscimo do FGTS; o aviso prévio; a remuneração das férias vencidas e proporcionais; o 13º salário proporcional ao tempo de serviço; indenização pelo tempo anterior à inclusão do empregado no FGTS, etc.

A dispensa imotivada já foi objeto de estudo e de leis no direito comparado. Na esteira deste raciocínio, a Alemanha foi o primeiro país a se preocupar com essa matéria. Em 1951 este país traçou as diretrizes para a dispensa justificada e injustificada. Considerou, ainda, que a dispensa do obreiro deveria ser feita com base em motivo grave e que a dispensa injustificada caracterizava direitos, como a indenização. A legislação alemã influenciou outras nações, inclusive o Brasil. De outra parte, a Convenção Internacional do Trabalho em 1982 aprovou a Convenção nº 158, que contém regras gerais no que tange a proteção da dispensa imotivada do trabalhador (SUZUKI, 2013, p. 3).

No Brasil, a dispensa arbitrária e discriminatória é criticada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A legislação brasileira não garante emprego aos trabalhadores por toda a sua vida, a estabilidade no emprego na iniciativa privada é “relativa”. O ideal seria o trabalhador permanecer no emprego conforme as suas necessidades e a do empregador, todavia, a dispensa imotivada é muito comum e as doenças graves são algumas das causas de dispensa arbitrária e discriminatória no ordenamento pátrio.

Conforme dados da Ordem de Advogados do Brasil de São Paulo, as ações por dispensa em decorrência de doença grave cresceram muito nos últimos anos. Essas ações buscam a reintegração no trabalho e pagamento de indenizações, conforme o caso concreto. No sentido de inibir atos discriminatórios é que foi editada a Súmula 443, que será discutida no tópico a seguir.

3. A Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho

Para discutir a Súmula 443 e seus impactos nas relações trabalhistas urge fazer menção expressa ao seu conteúdo:

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. (LOPES, 2012, p. 3).

Como se observa, foi em setembro de 2012 que o TST publicou a Súmula 443. Em sua leitura e interpretação, verifica-se que é presumida como ato discriminatório a despedida do trabalhador portador de doença grave, como é o caso do vírus HIV. Na verdade, qualquer doença grave e que ocasione o estigma e preconceito se enquadra como ato discriminatório, caso o empregado venha a ser demitido.

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. CIÊNCIA NO MOMENTO DA DESPEDIDA. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o empregado soropositivo, em razão das garantias constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego, quando caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória, ainda que presumida. A jurisprudência da Corte firmou-se nesse sentido, conforme definido pelo Tribunal Pleno, em relação a edição de sumula que trata da matéria, ainda pendente de publicação. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. Processo nº 0001229-93.2010.5.04.0232. Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga. Publicação 28/09/2012).

Outra disposição do TST, além da presunção é que o ato (dispensa do empregado) deverá ser considerado inválido e o empregado passa a ter o direito de reintegração no emprego.

RECURSO DE REVISTA. ECT. CARTEIRO. EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÚMULA Nº 443 DO TST. Consoante a Súmula nº 443 deste Tribunal Superior: “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”. No caso vertente, incumbia à reclamada o ônus de provar que o reclamante não exercia suas atribuições e não cumpria metas em conformidade com a limitação física de que é acometido e da qual a empresa já tinha ciência à época da seleção e posterior contratação. Sendo a deficiência visual tipo de doença suscetível de causar estigma ou preconceito, presume-se discriminatória a dispensa do empregado deficiente, o que autoriza a reintegração no emprego. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST. Processo nº 0008840-07.2006.5.23.0007. Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa. Publicação 01/03/2013).

Essa reintegração do empregado deve ser feita em caráter imediato e não exime o empregador de arcar com todos os direitos devidos ao empregado, ou seja, o pagamento de salários e demais direitos no período em que este esteve fora da empresa. Os salários compreendidos entre o período de dispensa e a reintegração deverão ser pagos em sua integralidade.

Em nenhum momento a Súmula em epigrafe faz alusão ao pagamento de indenização, como vinha ocorrendo em alguns julgados relativos a essa matéria:

Ao contrário, institui a invalidade da dispensa e a imediata reintegração do empregado, com todos os direitos inerentes, devendo o empregador pagar os salários compreendidos entre a dispensa e a reintegração, computando-se, para todos os efeitos legais, o período de afastamento, posto que é tempo de serviço. Em outras palavras, a Súmula 443 criou hipótese de estabilidade para o empregado portador de vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. (LOPES, 2012, p. 4).

Uma das muitas polêmicas em relação à promulgação da Súmula é a pretensa estabilidade de emprego que ela traz para o empregado portador de doença grave. Para alguns doutrinadores, essa estabilidade, bem como a presunção de ato discriminatório representam ofensas há alguns princípios constitucionais. Todavia, antes de entrar no mérito desta questão é fundamental analisar quais os princípios utilizados pelos ministros do TST na promulgação da Súmula 443.

4. Princípios e garantias constitucionais aplicáveis as relações trabalhistas

As relações trabalhistas entre empregadores e empregados recebem a influência de alguns princípios constitucionais, que devem ser observados na condução da de trabalho. E, foi com base em alguns princípios constitucionais que os Ministros do TST foram incentivados na criação e promulgação da Súmula 443.

Isso porque a Justiça do Trabalho passou a receber um número crescente de ações contemplando o abuso de direito da dispensa dos empregados com doença grave. Abaixo são apresentados dois exemplos concernentes a essa matéria:

EMENTA: DISPENSA ABUSIVA. NULIDADE. Mesmo considerando a natureza não ocupacional da doença que acometia o reclamante à época da dispensa e o consequente fato de o autor não ser beneficiário da estabilidade disposta no artigo 118 da Lei n. 8.213/91, verifica-se a abusividade do ato de dispensa praticado pela empregadora (artigo 187 do Código Civil), contrário à boa-fé e à dignidade do trabalhador (artigo 1º da CF). Em face da enfermidade incapacitante que acometia o autor, o contrato de trabalho estava automaticamente interrompido nos primeiros 15 dias após o afastamento e suspenso no período posterior, conforme artigo 60 da Lei n. 8.213/91, que dispõe também sobre a obrigação do empregador de encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias, dever inadimplido pela ré. Irreparável a declaração de nulidade da dispensa em tal hipótese. (Processo: 000469-89.2011.5.03.0151 RO. Data de Publicação: 07/03/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Revisor: Luiz Ronan Neves Koury. Divulgação: 06/03/2012. DEJT).

EMENTA: EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PROVA. Modernamente, a tendência jurisprudencial é inverter o ônus da prova em favor da pessoa portadora de doença grave, transferindo para o empregador o encargo de infirmar a motivação discriminatória da dispensa, presumível em face do que ordinariamente se observa na sociedade contemporânea. Nesse diapasão, não comprovado motivo distinto para a ruptura contratual, prevalece à alegação de abuso do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho, ensejando a aplicação analógica da Lei 9.029/95, lastreada numa interpretação humanista e constitucional da ordem jurídica pátria. (Processo: 01049-2009-153-03-00-3 RO. Data da Publicação: 10/05/2010. Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Gisele de Cássia VD Azevedo).

Nos julgados utilizados como exemplo, os magistrados consideraram que houve abuso do direito das empregadoras na dispensa de seus empregados. Isso estava ocorrendo com certa frequência. Além do abuso do direito, verifica-se a ofensa aos princípios constitucionais que tem lastro no Direito do Trabalho, como é o caso da dignidade da pessoa humana, da vedação a discriminação e da igualdade.

De acordo com Machado (2010, p. 16) a dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III) da Constituição Federal, é um princípio fundamental da Carta Magna, considerado

“valor fonte de todos os direitos fundamentais” (MACHADO, 2010, p. 5). É também fundamento e fim último da ordem pública, que busca reconhecer que o indivíduo é portador de direitos e estes englobam o trabalho, a moradia, a saúde, o lazer, a educação, pois tais direitos são indispensáveis a uma existência digna. A dispensa imotivada ou utilizada de má fé ou com abuso de direito das empregadoras ofende este princípio.

O princípio da igualdade foi agasalhado pelo legislador constituinte no art. 5º, da Constituição Federal, que trata dos direitos e das garantias fundamentais. Porquanto, segundo a dicção do artigo supracitado, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantido ao brasileiro e ao estrangeiro residente no país o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (MACHADO, 2010, p. 16).

Por força do aludido artigo, considerado clausula pétrea, todos devem receber tratamento igual (igualdade formal) sendo vedada discriminação de qualquer natureza (sexo, etnia, social, etc.), este último constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

Art. 3. Constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I. Construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

II. Garantir o desenvolvimento nacional.

III. Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

IV. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O inciso IV do art. 3 é taxativo, o ordenamento jurídico brasileiro não tolera preconceitos de qualquer natureza. Neste sentido, Treviso (2013, p. 8) esclarece que em relação à igualdade ou a vedação a discriminação, a Carta Magna trouxe dispositivos expressos e taxativos. No que tange a proibição de discriminação, os princípios gerais da República Federativa do Brasil são os seguintes:

a) Combate à discriminação como um dos objetivos da República;

b) Proibição da discriminação de qualquer espécie e por qualquer motivo nas relações de trabalho;

c) Intensa preocupação na proibição de determinados grupos historicamente discriminados, em especial a mulher, a discriminação pela cor da pele e o deficiente;

d) Reconhecimento como lícitas às formas de discriminação positiva como as ações afirmativas para combater situações discriminatórias reiteradas e já consolidadas, promovendo igualdade de tratamento e de oportunidades;

e) Uma importante possibilidade de abertura do texto para incorporação de normas advindas de tratados internacionais, como normas de nível constitucional. (TREVISIO, 2013, p. 8).

E não é apenas o ordenamento jurídico brasileiro que se preocupa com a discriminação. Internacionalmente verifica-se que a discriminação também é repudiada. A este respeito à Organização Internacional do Trabalho – OIT, diz o seguinte:

Art. 2º. Todo o Estado Membro para qual a presente Convenção se encontre em vigor compromete-se a definir e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda a discriminação.

Assim, a dispensa do trabalhador por motivo de doença grave ofende diretamente a vedação da discriminação, pois o empregador, ao fazer isso, estará certamente adotando uma postura discriminatória em relação ao empregado portador de doença grave. Mas, se por um lado a Súmula 443 busca resguardar a aplicabilidade destes princípios nas relações de trabalho, de outro lado existe também a “contrapartida da moeda”, ou seja, é possível frente aos princípios constitucionais conferir estabilidade aos trabalhadores portadores de doença grave? E como fica o empregador frente à presunção de ato discriminatório?

Os tópicos a seguir discutem essas questões, que são essenciais para o tema proposto neste artigo.

5. O princípio da legalidade e o ônus da prova

A legalidade no ordenamento pátrio é um dos princípios mais importantes, pois é o sustentáculo do Estado democrático de direito. Este princípio está consagrado no art. 5º, inciso II, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A lei é elemento constitutivo do Estado de Direito, pois prescreve a vida jurídica da sociedade. E ela que proíbe, obriga e permite os cidadãos a fazerem ou deixar de fazerem alguma coisa. Para Machado (2010, p. 16), no Estado Moderno a lei é condição de existência do direito, bem como de limitação do poder do Estado. A lei também atribui deveres a toda a comunidade. De um modo generalista, o princípio da legalidade é essencial para todas as áreas do direito:

[...] é uma garantia de todos nós, cidadãos, pois qualquer ato do Estado somente terá validade se respaldado em lei. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder. Diante da elevada disposição da Carta Constitucional para o ordenamento jurídico, torna-se incontestável a suprema importância do princípio da legalidade, seja para o mundo penalista, administrativista ou tributarista, mormente para nós, cidadãos, sendo,

indubitavelmente, uma viga mestra do Estado Democrático de Direito. (IURCONVITE, 2006).

Com efeito, é inegável a importância da aplicabilidade deste princípio e de sua força na Constituição e na legislação infraconstitucional. Por isso quando algumas situações ofendem este princípio dentre outros expostos explicita ou implicitamente na Carta Magna, os operadores de direito emitem suas opiniões e posições.

Neste diapasão, a Carta Magna, por ser a Lei Maior do país, tem influência direta na legislação infraconstitucional. Consequentemente, o Direito do Trabalho não pode deixar de observar este princípio, tampouco os Tribunais, quando promulgam uma Súmula.

Na visão de Lopes (2012, p. 4), a Súmula 443 viola frontalmente este princípio, pois obriga o empregador a manter o contrato de trabalho por tempo indeterminado, criando assim uma obrigação de fazer. Salienta, ainda, que não existe lei de estabilidade para o empregado na iniciativa privada, embora a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT contenham regras contra a dispensa arbitrária. Neste diapasão, a Carta Magna assim determina, *in verbis*: art. 7, inciso I - “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, aos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (MACHADO, 2010, p. 57).

Assim, quis o legislador constituinte, no contato de trabalho, proteger o empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Na eventualidade da extinção do contrato de trabalho sem justa causa, o empregado terá direito a indenização compensatória, bem como o pagamento de todos os seus direitos, conforme alinhavado em tópicos anteriores.

Outra questão que preocupa e que tem relação direta com o tema é a questão da prova frente à presunção de ato discriminatório na Súmula 443. Como é de conhecimento dos operadores de direito, a prova é imprescindível para a instrumentalização do processo, seja ela produzida na fase de instrução ou previamente apresentada pelas partes. A prova, em essência, é o meio de que o interessado se vale para demonstrar legalmente a existência de um negócio jurídico.

O ônus da prova é um instituto que ganhou relevância nos últimos anos e pode ser previamente conceituado como a incumbência das partes em demonstrar a veracidade dos fatos alegados. No Código de Processual Civil, o artigo 333 do referido diploma regulamenta o ônus da prova. Já no Direito Processual do Trabalho é o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que regulamenta a sua aplicabilidade nas ações trabalhistas, embora não faça alusão à inversão do ônus da prova (ALMEIDA, 2008, p. 78).

O ônus da prova no Processo do Trabalho segue as determinações do dispositivo 818 da CLT, ou seja, “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Pela interpretação correta do artigo em tela, conclui-se que essa é a regra específica quanto à questão de apresentação das provas nas ações trabalhistas. Ou seja, se o autor de uma ação trabalhista for o empregado caberá a ele a apresentação das provas. Se for o empregador, caberá a este a apresentação das provas, em razão de suas alegações. Mas é fato que existe uma ampla discussão sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações trabalhistas, até porque, as Súmulas abaixo editadas pelo TST possibilitam a inversão do ônus da prova, nos termos seguintes:

TST Sumula nº 212 - O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

TST Sumula nº 338 I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74,

Na forma do §2º da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada do trabalho, ainda prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Conforme visto, o ônus da prova no processo do trabalho é de incumbência das partes que alegam um fato em provar o que se afirmam na petição inicial e no decurso do processo. Para alguns doutrinadores o comando normativo do art. 818 da CLT é insuficiente para redimir a questão, o que torna necessário a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC. Para outros, todavia, o art. 818 é suficiente, não havendo a necessidade de ser complementado por outra legislação não específica ao processo do trabalho. Porém a concordância da doutrina é majoritária no que tange a sua necessidade em certas situações. Ou seja, a inversão do ônus da prova não deve ser regra geral, mas sim se a circunstância em questão assim exigir. Neste caso, parece haver concordância que o ônus da prova caberá quem tiver melhores condições técnicas, profissionais e práticas de ministrar a prova. Tal posicionamento, que hoje vem sendo adotado pela doutrina e jurisprudência, é denominado de “princípio da aptidão da prova”.

A inversão do ônus da prova é um instituto presente em qualquer área do direito, ou seja, pode ser utilizada no processo civil, no processo do trabalho, no direito ambiental, etc. Visa transferir, por exemplo, a responsabilidade do réu a produção de provas contrárias à alegação do autor da ação. É também um instrumento processual que visa conferir maior equilíbrio no processo, já que existem circunstâncias como a hipossuficiência econômica, técnica ou de educação que colocam óbices à produção de provas pelo autor da ação. Mas, a utilização deste instituto não pode ser feita de forma generalizada.

Conforme explica Lopes (2012, p. 9), a “Súmula inverte o ônus da prova de forma generalizada, sempre que o pedido contemplar reintegração de empregado gravemente doente”. E continua, “contudo, não se trata de hipótese legal autorizadora de inversão do ônus probatório, nem de adequação ao princípio da aptidão para a prova”. (LOPES, 2012, p. 9).

Com efeito, a observação da autora está correta, pois a regra, tanto no processo civil quanto no processo do trabalho é de que o ônus da prova compete à parte que faz as

alegações. Inversão do ônus da prova deve, portanto, ser uma exceção e no Direito do Trabalho deve ser utilizado observado os seguintes requisitos:

a) Faculdade do juiz: a inversão do ônus da prova é faculdade do juiz que pode ser levada a efeito de ofício, independentemente de requerimento das partes. Neste contexto, a doutrina majoritária perfilha do entendimento que só haverá necessidade da inversão caso os autos não contenham provas suficientes para comprovar as alegações;

b) Hipossuficiência do reclamante: A hipossuficiência aludida pelo legislador não tem conteúdo apenas econômico. Pode ser em relação à falta de capacitação técnica ou dificuldade excessiva para a produção da prova. Caso isso venha a ser comprovado estará configurado um dos requisitos para a inversão do ônus da prova;

c) Verossimilhança na alegação: Trata-se da verdade aparente, que forma a convicção do magistrado. Ou seja, o juiz se pautará na sua experiência, para verificar acreditar ou não nas afirmações do autor.

E não é apenas na questão do ônus da prova que a edição a Súmula 443 causa inquietação nos operadores de direito. Outra questão preocupante é a dificuldade que a mesma traz no exercício de um direito considerado cláusula pétrea: o contraditório e a ampla defesa.

6. A violação da defesa do empregador: controvérsias doutrinárias e jurisprudências

O direito à ampla defesa e ao contraditório está devidamente contemplado no art. 5º, da Constituição, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (MACHADO, 2010, p. 40).

Este dispositivo tornou-se um princípio que rege todo o direito processual e tem por finalidade garantir aos litigantes (réu e autor da ação), em especial ao acusado, a possibilidade de apresentar o seu direito de resposta ao que lhe é impingido pela outra parte. E, neste processo de direito a resposta, a defesa propriamente dita, os indivíduos podem apresentar todas as provas admitidas pelo direito. Isso porque, existem provas que não são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, segundo reza, também, o artigo 5º, inciso LVI, *in verbis* “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (MACHADO, 2010, p. 41).

Conforme a lição de Machado (2010, p. 40), provas produzidas por meios ilícitos são aquelas que vão de encontro ao permitido pela legislação. Assim, um exemplo de prova ilícita seria a interceptação telefônica sem a autorização judicial, ou seja, o famoso “grampo”, que não é admitido no processo:

Provas admitidas por meio ilícito, como referido inciso sobre exame, são aquelas que a parte conseguiu valendo-se de meio de instrumento ou o que quer que seja em si mesmo contrário ao direito geral. Exemplo: a prova obtida por grampo ou interceptação telefônica, sem autorização judicial (MACHADO, 2010, p 41).

Já os meios de provas admitidos são vários, abarcam a apresentação de documentos, testemunhas, perícia, etc. Para a doutrina majoritária a prova é elemento integrante do contraditório e da ampla defesa e também tem estreita relação com o devido processo legal e o juiz natural.

Segundo o entendimento de Leite, no meio processual, especificamente na esfera do direito probatório, a prova se manifesta na oportunidade de os litigantes confirmarem as suas alegações. No Brasil, as provas é um dos pilares preponderantes do processo e meio legal para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, a Súmula 443 utiliza o termo presunção no que tange ao ato discriminatório do empregado dispensado por motivo de doença grave. Ou seja, se o empregado portador de doença grave for dispensado já se presume que o motivo da dispensa tenha sido a discriminação em relação à doença. Mesmo que o empregador não tenha conhecimento da doença do empregado, nos parece que estará caracterizado a presunção. E é neste ponto que surgem as críticas em relação à Súmula. Para Lopes (2012, p. 10), se a Súmula deve ser aplaudida pelo fato de colocar óbices a discriminação do empregado, favorecendo a sua imediata reintegração ao emprego e com o pagamento do que lhe é devido, de outra parte há que se indagar como fica a questão do direito de defesa do empregado, que, segundo propõe a autora, é atingido frontalmente com a presunção.

De outra parte, como provará o empregador que não demitiu o funcionário por doença, e sim por outros motivos? Essa é outra questão tormentosa para Lopes (2012, p. 11), pois neste caso se dará a inversão do ônus da prova e provar o contrário das alegações do empregado pode ser uma tarefa árdua e complexa, especialmente se o empregador não tomou o cuidado de se precaver neste sentido, ou seja, de, legalmente, provar que a dispensa se deve a fatores outros que não a doença.

7. Conclusão

O presente trabalho buscou investigar a luz da doutrina, jurisprudência e legislação aplicável, a problemática da presunção de ato discriminatório para o empregador com a edição da Súmula 443 pelo TST, feito este recente, mas que já traz alguns posicionamentos da doutrina e da jurisprudência.

Ao longo desta abordagem foi possível constatar que a Súmula supracitada só veio a reafirmar a posição dos Tribunais quanto ao entendimento de que empregado portador de doença grave não pode ser dispensado de suas funções com base neste argumento, mesmo porque não existe lei que tutela ato discriminatório no país, ao contrário, há sim toda uma legislação que condena essa prática e a Carta Magna é taxativa em relação a este assunto.

Então, andou bem os Ministros do TST na edição de uma Súmula com a finalidade de coibir ato discriminatório em relação ao empregado portador de doença grave, haja vista que são vários os exemplos de dispensa imotivada e que tem em seu bojo a discriminação.

De outra parte, é a redação da Súmula quanto à presunção que tem recebido críticas reiteradas da doutrina, visto configurar afronta a preceitos constitucionais, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa do empregado, no caso concreto.

Ora, a presunção, além de colocar óbices à defesa do empregador – este pode estar dispensando o funcionário por outro motivo, como o mal desempenho de suas funções ou qualquer outro motivo que justifica a sua dispensa - também traz um problema deveras preocupante para o direito do trabalho que é a inversão do ônus da prova.

É entendimento majoritário no Direito do Trabalho que a inversão do ônus da prova deve ser a exceção e não a regra. Com a Súmula 443, todavia, aconteceria justamente o contrário em razão da presunção quanto ao ato de discriminação. Essas foram as principais conclusões que se chegou com a realização desta pesquisa. Acreditamos que os Ministros não foram felizes quanto a colocação do termo “presunção” da Súmula e que para sanar controvérsias doutrinárias e jurisprudências seria necessário reformular este posicionamento no sentido de retirar o caráter de presunção proposta pela Súmula 443.

8. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Cleber Lucio de. **Direito processual do trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado: proteção dos Direito à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo, Atlas, 2010.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

COSTA. Abe; Rocha Neto, Guimarães. **Dispensa discriminatória**. Disponível em <http://www.<http://www.abe.adv.br/wp-content/uploads.>> 2013. Acesso em: 12 jun. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. O princípio da legalidade na Constituição Federal. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 28 de ago 2006. Disponível em: <<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 19 de jun. de 2013.

LOPES, Maria Clara Baerta Vieira. Vedação a dispensa discriminatória: análise da Súmula 433do TST. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3436, 27 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23113>>. Acesso em: 7 maio 2013.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva; GÊNNOVA, Jairo José; **O ônus da prova no processo do trabalho: análise na inversão do ônus da prova**. São Paulo: LTR, 1995.

MACHADO, Costa. **Constituição Federal interpretada**. São Paulo: Manole, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROCHA, Danilo de Paiva Malheiros. **O ônus da prova no processo do trabalho**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicações/doutrina.>> 2007. Acesso em: 13 jun. 2011.

ROMITA, Arion Sayão. **Despedida arbitrária e discriminatória: informações fundamentais na dispensa discriminatória**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SUZUKI, Fábio Hiroschi. **Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da despedida arbitrária ou sem justa causa.** Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>. 2010> Acesso em 22 mai. 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 1994.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. **A igualdade, o princípio da proibição da discriminação e as ações afirmativas como promoção dos direitos humanos, à luz da teoria crítica.** Disponível em <<http://www.trt3.jus.br/pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2013.