

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

CARLA HENRIQUES FRAGA

**ANÁLISE DA GARANTIA DE EMPREGO DO EMPREGADO PORTADOR DE
DOENÇA ESTIGMATIZADA**

Porto Alegre

2015

CARLA HENRIQUES FRAGA

**ANÁLISE DA GARANTIA DE EMPREGO DO EMPREGADO PORTADOR DE
DOENÇA ESTIGMATIZADA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do título
de Especialista em Direito do Trabalho na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul –
UFRGS.

Professor Orientador: Dr. Francisco Rossal de
Araújo

Porto Alegre

2015

CARLA HENRIQUES FRAGA

**ANÁLISE DA GARANTIA DE EMPREGO DO EMPREGADO PORTADOR DE
DOENÇA ESTIGMATIZADA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, submetido nesta data à banca examinadora abaixo firmada e aprovado.

Aprovado em ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Rossal de Araújo

Porto Alegre
2015

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo da garantia de emprego do portador de doença estigmatizada prevista na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho. Inicialmente, conceitua-se estabilidade e a garantia de emprego, partindo-se das noções gerais e históricas acerca da estabilidade garantida aos empregados que contavam com no mínimo dez anos de emprego, considerada estabilidade decenal, bem como dos funcionários públicos. Na sequência, diferencia-se esta modalidade estabilitária das garantias de emprego conferidas a empregados em determinadas situações, tais quais a empregada gestante e o empregado acidentado, conceituando-se as principais modalidades de garantia de emprego vigentes no país. Continua-se estudando a garantia de emprego do portador de doença estigmatizada prevista na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, partindo-se do estudo das noções gerais. Por fim, é analisada a regulamentação de referida garantia de emprego, sendo que, por último, estudam-se alguns exemplos de doenças consideradas como estigmatizantes pela jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Estabilidade. Garantia de Emprego. Súmula 443 do TST. Doença estigmatizante. Dispensa discriminatória.

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO | 14 |
| 1.1 Noções gerais | 14 |
| 1.2 Estabilidade versus Garantia de Emprego | 18 |
| 1.3 Tipos de estabilidade | 21 |
| 1.3.1 Estabilidade Decenal ou Estabilidade por Tempo de Serviço | 21 |
| 1.3.2 Estabilidade dos servidores públicos celetistas | 21 |
| 1.4 Tipos de garantia de emprego | 24 |
| 1.4.1 Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional..... | 24 |
| 1.4.2 Empregada gestante | 29 |
| 1.4.3 Membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA..... | 34 |
| 1.4.4 Dirigente sindical | 37 |
| 1.4.5 Empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas | 41 |
| 1.4.6 Representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia 42 | |
| 1.4.7 Membros do conselho nacional da previdência social | 43 |
| 1.4.8 Membros do conselho curador do FGTS | 44 |
| 2 A GARANTIA DE EMPREGO DO EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA ESTIGMATIZADA | 45 |
| 2.1 Noções Gerais | 45 |
| 2.2 Regulamentação | 52 |
| 2.3 Doenças que causam estigma | 55 |
| 2.3.1 HIV/AIDS | 55 |
| 2.3.2 Hanseníase | 59 |
| 2.3.3 Síndrome de dependência alcóolica | 60 |
| CONCLUSÃO | 62 |

INTRODUÇÃO

O princípio basilar do Direito do Trabalho é o princípio da proteção ao trabalhador. Isso porque parte-se do pressuposto de que o empregado é a parte mais fraca da relação e, portanto, deve ser protegido do empregador, entendido como figura detentora da superioridade econômica da relação laboral.

Dentro desta lógica protetiva, a Justiça do Trabalho tem se tornado forte aliada do trabalhador, zelando permanentemente pelo equilíbrio de forças e fragilidades envolvidas na balança das relações trabalhistas. Pode-se considerar tal atitude uma tentativa incansável de igualar os desiguais, pareando as disputas trabalhistas como um sistema de pesos e contrapesos.

Partindo-se de tal pressuposto, doutrinadores têm passado a avaliar de forma singular dispensas de empregados portadores de patologias que causem estigma ou preconceito, sob o entendimento de que as mesmas são presumidamente abusivas e, muitas vezes, discriminatórias.

O presente trabalho visa estudar tais situações, a partir da análise doutrinaria e jurisprudencial de tal assunto, a partir do estudo das noções gerais de estabilidade e garantia de emprego, conceituando-se e diferenciando-se tais institutos. Estuda-se a estabilidade por tempo de serviço e estabilidade dos servidores públicos celetistas. Estudam-se, na sequência, as garantias de emprego, dentre elas do acidentado de trabalho ou empregado portador de doença ocupacional, da empregada gestante, membros da CIPA, dirigente sindical, empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas, representantes dos empregados na Comissão de Conciliação Prévia, membros do conselho nacional da previdência social e membros do conselho curador do FGTS.

Na sequência, estuda-se a garantia de emprego do portador de doença estigmatizada, a partir das noções gerais sobre tal garantia, bem como sua regulamentação. Por fim, analisam-se algumas das doenças consideradas

causadoras de estigma, dentre elas, o HIV/AIDS, hanseníase e a síndrome da dependência alcoólica.

1 ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO

No presente capítulo serão estudados os tipos de estabilidade, bem como os tipos de garantia de emprego existentes em nosso ordenamento jurídico, a partir da análise das noções gerais até a análise detalhada de cada modalidade estabilitária e de garantia de emprego.

1.1 Noções gerais

Conforme ensina Carmen Camino em seu artigo função social do contrato de trabalho e garantia de emprego, enfrentar o desafio do emprego estável tem sido um exercício penoso para os estudiosos do direito do trabalho no Brasil. Isto porque, a estabilidade original deu lugar à garantia de emprego, que se aplica tão somente a casos específicos, não mais abrangendo todos os empregados celetistas.

Estabilidade e garantia de emprego tratam-se de institutos distintos, embora comumente confunda-se o termo “estabilidade” com “garantia” de emprego.

Conforme ensina Mauricio Godinho Delgado em sua obra Curso de Direito do Trabalho, estabilidade e garantia de emprego são figuras extremamente próximas, eis que ambas restringem as alternativas de extinção do contrato de trabalho. Ainda de acordo com o autor ambas se voltam, de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual arbitrária pelo empregador, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito. Não obstante a forte proximidade entre as duas figuras, elas não se confundem, conforme será demonstrado no subcapítulo a seguir.

Luciano Martinez¹ ensina que, originariamente, a CLT previa dois tipos de garantia do tempo de serviço: A básica e a especial. A garantia básica era oferecida ao empregado contratado por tempo indeterminado que tivesse entre um e dez anos de serviço na mesma empresa. Para tais trabalhadores, em caso de dissolução do contrato por iniciativa patronal, seria devida uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo ou por ano e fração igual ou superior a seis meses. O primeiro ano do contrato era considerado como período de experiência e, antes que ele se completasse, nenhuma indenização seria devida.

A garantia especial era outorgada ao empregado contratado por tempo indeterminado que contasse com mais de dez anos de serviço na mesma empresa. Para esse empregado era oferecida uma proteção intitulada estabilidade definitiva que, a rigor, representava uma vedação ao exercício da rescisão unilateral por iniciativa patronal.

A estabilidade está prevista no capítulo VII da CLT, artigos 492 até 500 da CLT², que dispõem, em síntese, que a estabilidade era garantida a

¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 553-seguintes.

² Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Art. 493 - Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

Art. 494 - O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação.

Parágrafo único - A suspensão, no caso deste artigo, perdurará até a decisão final do processo.

Art. 495 - Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

Art. 498 - Em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, direito à indenização, na forma do artigo anterior.

Art. 499 - Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.

§ 1º - Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado.

§ 2º - Ao empregado despedido sem justa causa, que só tenha exercido cargo de confiança e que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa, é garantida a indenização proporcional ao tempo de serviço nos termos dos arts. 477 e 478.

§ 3º - A despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição de estabilidade sujeitará o empregador a pagamento em dobro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478.

todos os empregados que contassem com mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa, excetuando-se empregados em cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, garantindo que o empregado não poderia ser despedido senão por motivo de falta grave (casos previstos no artigo 482 da CLT) ou circunstância de força maior (encerramento das atividades da empresa, por exemplo). No caso de falta grave, o empregador não poderia dispensar o empregado automaticamente, devendo este ser suspenso de suas atividades até a apuração da falta grave, que aconteceria mediante ação judicial de inquérito para apuração de falta grave.

A figura da estabilidade acima referida passou a enfraquecer com o advento da Lei nº 5.107/1966 (revogada posteriormente pela Lei nº 7.839/1989), que instituiu o FGTS. Referida lei garantia o disposto no artigo 492 da CLT, sendo assegurado aos empregados, todavia, o direito de optar pelo regime de FGTS mediante declaração escrita, bem como consequente anotação de tal condição em sua CTPS e ficha de registro de empregados, estando o empregado ciente que em tal hipótese perderia o direito à estabilidade prevista no artigo 492.

Amauri Mascaro Nascimento³ afirma que a Lei nº 5.107 de 1966 foi o "golpe de misericórdia" para a estabilidade decenal, eis que as empresas passaram a admitir empregados desde que optantes do FGTS, razão pela qual automaticamente desapareceram os empregados estáveis, que hoje gradativamente não existem mais. Os atuais empregados, mesmo com mais de 10 anos e desde que optantes do Fundo de Garantia não são dotados de estabilidade e podem ser despedidos com ou sem justa causa jurídica, no primeiro caso não podendo, e no segundo caso podendo sacar os depósitos bancários com acréscimo de 40% sobre o seu valor corrigido.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, através de seu artigo 7º, I revogou tacitamente o artigo 492 da CLT, que previa a

Art. 500 - O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho. (Revigorado com nova redação, pela Lei 5.584, de 26.6.1970)

³ NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26a. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

estabilidade decenal, permanecendo os demais artigos vigentes para alguns tipos de estabilidade, como a do dirigente sindical, por exemplo. Sendo assim, a partir de tal momento o FGTS não era mais uma opção do empregado, mas sim um dos direitos garantidos aos empregados em substituição da estabilidade decenal.

Assim institui o artigo 7º, I da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Atualmente, para os empregados em geral inexistente estabilidade garantida. Conforme refere Carmen Camino⁴, a relação de emprego protegida contra a despedida aleatória é o primeiro dos direitos assegurados aos trabalhadores brasileiros no rol extenso rol do artigo 7º. Contudo, essa garantia tornou-se praticamente inócua eis que fora remetida sua regulamentação à lei complementar, para cuja aprovação se requer maioria absoluta, a exigir das forças populares poder de representação nunca alcançado no congresso Nacional e disposição transitória a reduziu a ínfima indenização compensatória, equivalente a 40% do FGTS depositado em conta vinculada.

De acordo com a referida autora, basta que o empregador pague a indenização que este poderá despedir como bem entender (ressalvado casos previstos em lei), tendo se consolidado na doutrina, inclusive, o “direito potestativo” do empregador de encerrar o contrato de trabalho, desde que garantidos os direitos rescisórios ao empregado.

⁴ CAMINO, CARMEN. Função social do contrato de trabalho. Artigo publicado em novembro de 2004 na revista DMT.

Conclui-se que a estabilidade decenal não está vigente no país atualmente, sendo que embora a Constituição Federal disponha sobre “garantia de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa”, tal disposição carece de regulamentação complementar.

1.2 Estabilidade *versus* Garantia de Emprego

Alice Monteiro de Barros⁵ afirma que estabilidade e garantia de emprego tratam-se de institutos distintos, embora o termo "estabilidade provisória" ou “estabilidade especial” seja comumente utilizado de forma equivocada. A autora refere que os trabalhadores brasileiros desfrutam da chamada, impropriamente, “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial”, a qual garante o emprego, dentro de limites temporais, em virtude de interesses de categoria ou circunstâncias especiais. Refere que muitas dessas “estabilidades provisórias” foram criações da jurisprudência e estão hoje inseridas em leis. Afirma que a rigor, as hipóteses são de garantia provisória de emprego, pois se é provisória, não poderá ser estabilidade, embora a expressão seja muito utilizada pela doutrina e pela jurisprudência de forma equivocada.

Mauricio Godinho Delgado⁶ afirma que a estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstancia tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.

Na sequência, refere o autor que na tradição jurídica brasileira, a estabilidade somente tem sido deferida por norma heterônoma estatal de estrita origem legislativa (antiga estabilidade celetista e recentes hipóteses estabilitárias mencionadas pela Constituição Federal de 1988). Contudo, não se pode considerar inválida, necessariamente, estabilidade concedida pela estrita

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed., São Paulo: LTr, 2011.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012.

vontade unilateral do empregador. A natureza do empregador (entidade estatal, por exemplo, em contraponto com entidade privada) e o caráter do próprio ato concessivo deverão ser avaliados pelo interprete e aplicador do Direito no tocante ao juízo avaliativo da licitude da concessão.

O autor considera como garantia de emprego a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstancia contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões contraditórias, mas que vêm se consagrando).

Em linha um tanto diversa ensina Luciano Martinez⁷. Este refere que expressão “garantia de emprego” revela-se como um gênero de proteções, no qual estão inclusas as espécies de estabilidade e garantia de emprego em sentido estrito. Entende o autor que a estabilidade se caracteriza pela vedação da rescisão patronal e pelo direito à reintegração no emprego. Em outras palavras, a estabilidade impede o despedimento, por isso gera o direito à reintegração. Não se pode falar em direito à indenização decorrente da violação da estabilidade. O empregado, neste caso, terá direito ao emprego, e não a indenização, salvo se exaurido o período estabilitário (Súmula 396 do TST) ou por determinação judicial (artigo 496 da CLT).

Continua o autor, afirmando que a garantia de emprego em sentido estrito, por outro lado, caracteriza-se pela turbação da possibilidade de rescisão patronal e pela imposição de indenização contra quem quer despedir um empregado garantido. Em outras palavras: a garantia de emprego em sentido estrito desencoraja o ato de desligamento por iniciativa patronal, por isso impõe, à título condicional, o pagamento de indenização para aqueles que apesar dos óbices insistem na medida. Não se pode falar em direito à reintegração decorrente da violação da garantia de emprego em sentido estrito. O empregado, nesse caso, terá

⁷ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

direito à indenização, e não ao emprego, salvo se o próprio empregador desfizer espontaneamente o ato de rescisão e se o empregado garantido aceitar o retorno ao emprego.

Conclui o autor que a estabilidade impede o despedimento, por isso gera o direito à reintegração. A indenização, caso ainda vigente o período de estabilidade, somente será possível por conversão judicial. A garantia de emprego em sentido estrito condiciona o despedimento ao pagamento de indenização, que tem a função de desestimular a rescisão patronal. Não há o que falar em direito à reintegração porque a dispensa não é vedada por lei.

Amauri Mascavo do Nascimento⁸ ensina que existem duas acepções da palavra estabilidade: A primeira, a de estabilidade do emprego, fruto de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas do Governo destinadas a fazer com que não falte trabalho na sociedade. Sendo um dever social, o trabalho deve merecer posição especial nos programas estatais, com a abertura de frentes de trabalho, serviços públicos de emprego, assistência pecuniária ao desempregado etc. É a estabilidade no sentido econômico. Segunda, a de estabilidade no emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico, sendo que esta se divide em estabilidade definitiva e estabilidade transitória, aquela produzindo efeitos para toda a relação de emprego, esta somente enquanto persistir uma causa especial que a motiva.

O autor referido conceitua como estabilidade especial aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26a. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

Verifica-se que estabilidade e garantia de emprego distinguem-se entre si, eis que a primeira se trata de uma situação definitiva, enquanto a segunda refere-se à situação transitória. Em muitos casos, a garantia de emprego também é conhecida na doutrina como "estabilidade provisória", sendo tal termo reprovado por alguns autores, por entenderem que a estabilidade não pode ser provisória.

1.3 Tipos de estabilidade

No presente subcapítulo, serão brevemente abordados os principais tipos de estabilidade existentes.

1.3.1 Estabilidade Decenal ou Estabilidade por Tempo de Serviço

A estabilidade decenal ou estabilidade por tempo de serviço, é a estabilidade original, estudada nos tópicos 1.1 e 1.2 do presente capítulo (razão pela qual será abordada brevemente no presente subcapítulo), sendo garantida pelo artigo 492 da CLT ao empregado que tivesse mais de 10 anos de serviço na mesma empresa, que não poderia ser dispensado a não ser por motivo de falta grave ou força maior, devidamente comprovadas.⁹

Atualmente, referida estabilidade encontra-se praticamente extinta, em virtude do implemento do FGTS, conforme já referido.

1.3.2 Estabilidade dos servidores públicos celetistas

A estabilidade dos servidores públicos é instituída pelo artigo 41 da Constituição Federal, que dispõe serem estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 407

Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data de promulgação da Constituição Federal, há pelo menos cinco anos continuados e que não tenham prestado concurso público, são considerados estáveis no serviço público, nos termos do artigo 19 do ADCT.¹⁰

Conforme ensina Alice Monteiro de Barros, tais empregados só perderão o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo que lhe seja assegurada a ampla defesa; em virtude de procedimento periódico de avaliação de desempenho na forma de lei complementar, assegurado o direito de ampla defesa.¹¹

As estabilidades supracitadas estenderam-se aos servidores públicos celetistas, nos termos da Súmula 390 do C. TST, que assim dispõe:

¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 408

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed., São Paulo: LTr, 2011, págs. 429-430.

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Entretanto, conforme se infere do inciso II da súmula supracitada, a estabilidade em questão não se estende aos empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitidos mediante aprovação em concurso público, excetuando-se os empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme entendimento firmado através da OJ 247 da SDI 1 do TST:

**SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA
CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA.
EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE
ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.**

- 1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;*
- 2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.*

Sendo assim, a estabilidade dos servidores públicos celetistas não se estende aos empregados de empresa pública ou sociedade de economia mista, à exceção dos empregados da ECT.

1.4 Tipos de garantia de emprego

No presente subcapítulo, serão brevemente abordados os principais tipos de garantias de emprego existentes.

1.4.1 Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional

Conforme dispõe o art. 118 da Lei 8.213/01, *in verbis*, ao empregado acidentado é garantido o emprego pelo período de doze meses após a cessação do auxílio-doença acidentário:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença

acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Sobre a garantia de emprego do empregado acidentado, Sergio Pinto Martins¹² refere ser esta devida tão somente após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio-acidente, concluindo-se, portanto, que inexistindo encaminhamento ao INSS, inexistente qualquer modalidade estabilizatória. Tal entendimento é pacificado pela súmula 378, II do TST.

Em sentido semelhante, segue Mauricio Godinho Delgado¹³, afirmando que tal garantia de emprego origina-se de regulamento previdenciário, sendo que a jurisprudência esclarece serem pressupostos para a concessão da estabilidade acidentária o afastamento superior a 15 (quinze) dias e a consequente percepção de auxílio doença acidentário.

Ocorrendo acidente de trabalho, é obrigação da empresa a emissão da respectiva CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, independentemente de encaminhamento ou não ao INSS.

É de se observar, ainda, que o artigo 20 da Lei 8.213/01 conceitua acidente de trabalho como sendo:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

¹² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág 420.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012, pág. 1281.

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

De acordo com Vólia Bomfim Cassar, o acidente de trabalho tem três espécies: típico, atípico ou equiparado e de trajeto.

O acidente típico é o que ocorre dentro da empresa, no horário de trabalho. Atípico ou equiparado é o acidente que, embora não tenha sido a causa única, tenha contribuído diretamente para a morte do trabalhador, para a perda de sua capacidade ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação. As doenças ocupacionais (doença do trabalho e doença profissional) são espécies de acidente atípico. Acidente de trajeto ou *in itinere* é o que ocorre no trajeto casa-trabalho e trabalho-casa. Neste sentido, o inciso IV, d, do art. 21 da Lei nº 8.213/91 é claro ao se referir que o acidente de trajeto é o ocorrido no percurso casa-trabalho e vice-versa, independente do itinerário escolhido, se mais distante ou mais curto.

A jurisprudência pátria, através da Súmula 378 do TST preencheu algumas lacunas legais, assegurando a constitucionalidade do artigo 118 da Lei nº 8.213/1991, bem como consolidando o entendimento de que a estabilidade acidentária também é direito de empregados portadores de doenças profissionais constatadas após o término do contrato de trabalho e empregados com contratos de trabalho por tempo determinado (pacificando discussão acerca da garantia de emprego a acidentados no contrato de experiência):

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Assim sendo, a garantia de emprego acidentária é garantida também aos empregados portadores de doença ocupacional que guarde relação de causalidade com a execução do trabalho, bem como aos empregados submetidos a contratos de trabalho por prazo determinado.

A jurisprudência firmou entendimento de que existindo concausa, também é devida a garantia de emprego acidentária, mesmo no caso de doença degenerativa, pois entende-se que o empregador contribuiu para o agravamento da patologia. Vejamos:

ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. CONCAUSA. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CAUSAS.

Sendo o labor realizado na execução do contrato de trabalho uma das causas, dentre outras, da doença que acometeu o obreiro, há de se reconhecer a existência do nexo de causalidade, requisito indispensável ao reconhecimento da estabilidade acidentária. Aplicação dos artigos 118 c/c 21, I, da Lei 8.213/91. (TRT-18 1442200914118005 GO 01442-2009-141-18-00-5, Relator: PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 155 de 30.08.2010, pág.10.)

ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. CONCAUSA. CONTRIBUIÇÕES DAS CONDIÇÕES LABORATIVAS PARA O AGRAVAMENTO DE DOENÇA DEGENERATIVA. Havendo comprovação de que a doença, mesmo que degenerativa, teve seu agravamento em face das inadequadas condições de trabalho, impõe-se reconhecer o direito à estabilidade provisória garantido pelo art. 118 da Lei n. 8.213/91, assegurando a reintegração do empregado. (TRT-5 - RECORD: 783006920065050464 BA 0078300-69.2006.5.05.0464, Relator: RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 15/10/2009)

Conclui-se que a garantia de emprego é direito do empregado acidentado ou portador de doença profissional, caso exista afastamento superior a 15 (quinze) dias, com consequente encaminhamento para órgão previdenciário, pelo período de 12 (doze) meses após a alta previdenciária ou capacitação para o trabalho, caso constatada a existência de doença profissional incapacitante para o trabalho sem o gozo de auxílio doença. Em recente alteração

jurisprudencial, tal estabilidade estendeu-se, ainda, aos empregados submetidos a contratos por prazo determinado.

1.4.2 Empregada gestante

A garantia de emprego da empregada gestante é tutelada pelo artigo 10, II, b, do ADCT, que protege a empregada gestante da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Sobre a garantia de emprego da empregada gestante, Alice Monteiro de Barros¹⁴ ensina que a Constituição da República de 1988 instituiu a estabilidade provisória em favor da empregada no ciclo gravídico-puerperal, a qual consiste em garantia de emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Refere a autora que tal medida legal atende o elevado espírito social que essa situação particular reclamada, eis que a gestante pode ser alvo de represália patronal pela despedida injusta, que pode ser gravíssima, pois atinge a mãe trabalhadora em momento difícil de sua vida.

De acordo com Vólia Bomfim Cassar¹⁵, a estabilidade da empregada gestante instiga cinco questões relevantes: Se o empregador necessita ser comunicado do estado gravídico da empregada; se a empregada precisa ter conhecimento de seu estado gravídico antes da dispensa; se esta estabilidade enseja a reintegração ou a indenização; se a gestação é interrompida por aborto espontâneo ou se a criança nasce morta, como fica a estabilidade da empregada; se a empregada engravidar no curso do contrato a termo, adquire estabilidade e, por fim, se a empregada doméstica grávida tem estabilidade.

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed., São Paulo: LTr, 2011, pág. 783.

¹⁵ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

De acordo com Sergio Pinto Martins¹⁶, as teorias principais que orientam a garantia de emprego da gestante são as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva.

A teoria responsabilidade objetiva afirma que a gravidez por si só enseja a garantia de emprego, não sendo necessária a comunicação ao empregador, porquanto a teoria da responsabilidade subjetiva afirma que a empregada precisa informar ao empregador acerca da sua condição gravídica antes de sua dispensa para que a garantia de emprego prevaleça.

A teoria da responsabilidade subjetiva está ultrapassada, prevalecendo o disposto na Súmula 244, I do TST, que sana grande parte das questões relevantes suscitadas por Vólia Bomfim Cassar¹⁷.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 415-418.

¹⁷ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho** – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Foi firmado na jurisprudência o entendimento de que sequer a gestante necessita ter conhecimento acerca de seu estado gravídico, pois a garantia de emprego visa proteger principalmente o nascituro.¹⁸

Por outro lado, não pode o empregador obrigar a empregada a se submeter ao exame médico de esterilização ou de gestação, porque considerado crime pelo art. 2º da Lei nº 9.029/95 e proibida a prática pelo art. 373-A, IV, da CLT. O exame médico periódico e demissional exigido pelo art. 168 da CLT não inclui o de sangue ou de urina, mas tão somente os superficiais ou os necessários para exercício da função.¹⁹

A Súmula 244, em seu inciso II, afirma que a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. Na prática, entende-se que se passado o período da estabilidade, não há o que se falar em reintegração da gestante, mas tão somente na indenização pecuniária.

Por um longo período existiu uma farta discussão acerca da inércia das empregadas no ajuizamento da reclamatória trabalhista, o que impedia o empregador de reintegra-las, forçando o pagamento somente das indenizações substitutivas. As empresas discutiam a inércia das empregadas, postulando que o período de inércia fosse descontado e, caso a autora deixasse expirar o período em que possível a reintegração, caducaria também sua estabilidade no emprego por abuso de direito, pois a Constituição Federal protege o

¹⁸ GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. RECONHECIMENTO INDEPENDENTE DO CONHECIMENTO DO EMPREGADOR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MÃE TRABALHADORA E AO NASCITURO. Desnecessário o conhecimento da gravidez, pelo empregador, no momento do deslinde, para a efetivação da garantia provisória de emprego, que deve ser vista sob o ponto de vista objetivo, já que visa a proteção da mãe trabalhadora e do nascituro, a teor do entendimento jurisprudencial do C. TST, pacificado através do item I da Súmula nº 244: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b do ADCT) (TRT-6 - RO: 889062010506 PE 0000889-06.2010.5.06.0391, Relator: Dione Nunes Furtado da Silva, Data de Publicação: 25/02/2011)

GESTANTE. GARANTIA DE EMPREGO. Não importa para configuração do direito à garantia de emprego à gestante que o empregador tenha ou não ciência desse fato à época da dispensa. Aliás, o direito em questão nem sequer depende da ciência pela própria empregada de sua gravidez, pois, segundo entendemos, trata-se de garantia decorrente do fato objetivo da gravidez e, nessas condições, o ato jurídico alusivo à rescisão contratual não se aperfeiçoou no mundo jurídico (TRT-1 - RO: 13600320105010022 RJ, Relator: Patrícia Pellegrini Baptista Da Silva, Data de Julgamento: 18/06/2013, Nona Turma, Data de Publicação: 01-08-2013)

¹⁹ BOMFIM, Vólvia. Direito do Trabalho – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

emprego e não o salário. De tal entendimento compactua Sergio Pinto Martins²⁰ e Alice Monteiro de Barros.

Para Valentin Carrion²¹, o fato de a empregada ter confirmado seu estado gravídico após a ruptura do contrato de trabalho, mas com data de concepção anterior a esta, dá à trabalhadora o direito à reintegração ou à indenização pelo período posterior à confirmação, perdendo o direito aos salários do período compreendido entre a dispensa e a confirmação.

Contudo, os Tribunais em sua maioria esmagadora entendem que, sendo respeitada a prescrição bienal, não há o que se falar em desconto do período relativo à inércia injustificada ou decadência da estabilidade por abuso de direito. Tal entendimento foi sumulado na OJ 399 da SDI-1 do TST, *in verbis*:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

Recente alteração do inciso III da Súmula 244 do TST modificou o entendimento jurisprudencial anterior, passando a garantir a estabilidade da empregada gestante mesmo que admitida em contratos por prazo determinado,

²⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

²¹ CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28. ed. atualizado por Eduardo Carrion, São Paulo: Saraiva, 2003.

citando-se, por exemplo, o contrato de experiência ou contrato da empregada menor aprendiz.

A Lei nº 12.812 de 2013 incluiu o artigo 391-A na CLT, que garante a garantia de emprego da empregada gestante ainda que a concepção tenha ocorrido no curso do aviso prévio:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013)

É do entendimento de Vólia Bomfim Cassar que a mãe adotiva, apesar de ter direito à licença-maternidade, nos termos do art. 392-A da CLT, não tem direito à garantia no emprego, pois a lei não lhe assegura tal direito.²²

Em caso de aborto, o art. 395 da CLT garante à mulher o direito ao repouso remunerado de duas semanas após o aborto não criminoso, negando-lhe o direito aos cinco meses de estabilidade após o parto.

Para os casos de nascimento sem vida, ou com morte pós-parto da criança, existem duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, sendo que a primeira entende que o parto, assim entendido como o nascimento com ou sem vida da criança (ou após a 12^o semana completa, conforme a medicina, ou após a 23^a semana de gestação, conforme a previdência), é o fato gerador da estabilidade, na forma da interpretação literal do dispositivo constitucional. Portanto, teria a mulher a mesma estabilidade que a mãe que acabou de parir seu filho com vida.

²² BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.^a ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

A segunda corrente, em sentido contrário, equipara o nascimento sem vida ao aborto, mesmo após a 12ª ou 23ª semana, acarretando apenas o direito ao repouso previsto no art. 395 da CLT. Argumentam que em caso de morte de filho (em outra fase da vida) a CLT garante apenas o descanso de dois dias – art. 473, I da CLT, logo o repouso remunerado de duas semanas é mais benéfico que a regra geral. Ademais, a estabilidade de cinco meses após o parto destina-se à criança, à maternidade, o que deixa de ocorrer com o nascimento sem vida da criança, entendimento não compactuado por Vólia Bomfim Cassar.²³

Quanto à estabilidade da doméstica, esta inexistia, eis que o parágrafo único do art. 7º da Constituição não inclui, dentre os direitos sociais estendido aos domésticos, o inciso I do mesmo art. 7º. Entretanto, após a Lei nº 11.324/2006 a doméstica passou a ter direito à garantia de emprego da gestante.²⁴

Conclui-se que a legislação e a jurisprudência beneficiam em muito as empregadas gestantes, pois entendem que o bem a ser tutelado estende-se também ao nascituro, instituindo diversas vantagens oriundas de construção jurisprudencial, de forma a sempre ampliar a garantia de emprego.

1.4.3 Membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA

A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – Cipa – tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.²⁵

Volia Bomfim Cassar²⁶ afirma que a maioria dos estabelecimentos com mais de 19 empregados está obrigado a constituir CIPAs, nos termos da portaria nº 3.214/78 c/c Decreto nº 97.995/89 c/c art. 163 da CLT c/c NR.

²³ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

²⁴ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

²⁵ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

²⁶ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Algumas empresas, dependendo da sua atividade econômica (NR 5, anexos), só estão obrigadas a constituir a CIPA quando tiverem, por estabelecimento, mais que um número "x" de empregados. A função do dirigente da CIPA é indicar a área de risco de acidente e solicitar as medidas necessárias para recuperação, manutenção e prevenção de riscos

A garantia de emprego do empregado membro da CIPA foi instituída pelo artigo 165 da CLT, que determina que os titulares da representação dos empregados na CIPA não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Conforme ensina Sergio Pinto Martins²⁷, o objetivo da garantia de emprego do cipeiro é que o empregador não venha a prejudicar ou dispensar o trabalhador pelo fato de que este está cuidando de interesses de prevenção de acidentes na empresa, desagradando o patrão.

O empregado eleito para cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes tem garantida sua estabilidade no emprego desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, conforme artigo 10, inciso II, alínea a, do ADCT.

Embora a legislação seja omissa quanto à extensão da garantia de emprego ao suplente, a súmula 339, I do TST resolve o conflito, bem como a súmula 676 do STF, ambas *in verbis*:

**CIPA. SUPLENTE. GARANTIA DE EMPREGO.
CF/1988 (incorporadas as Orientações
Jurisprudenciais nºs 25 e 329 da SBDI-1) - Res.
129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

I - O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, "a", do ADCT a partir da

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 412-414.

promulgação da Constituição Federal de 1988. (ex-Súmula nº 339 - Res. 39/1994, DJ 22.12.1994 - e ex-OJ nº 25 da SBDI-1 - inserida em 29.03.1996)

Súmula 676/STF. Estabilidade provisória. CIPA. Aplicabilidade ao suplente. ADCT da CF/88, art. 10, II, “A”. A garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “A”, do ADCT - também se aplica ao suplente do cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA).

Ademais, considerando que a garantia de emprego concedida ao cipeiro não constitui vantagem pessoal, existindo somente em virtude de o empregado representar os demais trabalhadores na comissão, na hipótese de extinção do estabelecimento, extingue-se também a garantia de emprego. O inciso II da súmula 339 consolida o entendimento jurisprudencial acerca da questão:

II - A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário. (ex-OJ nº 329 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003)

Todavia, a extinção do estabelecimento possui como pressuposto o encerramento das atividades de forma total, razão pela qual no caso de extinção tão somente do setor ou de encerramento parcial das atividades, permanece a garantia de emprego, sendo este o entendimento majoritário da jurisprudência.²⁸

²⁸ CIPEIRO. EXTINÇÃO DE SETOR. MANUTENÇÃO DA GARANTIA DE EMPREGO. A extinção do setor não equivale à extinção do estabelecimento, pois no primeiro há possibilidade de reaproveitamento do empregado em outras atividades da empresa, no segundo, a própria CIPA é extinta. Até porque, o empregado eleito e empossado como membro da CIPA

Inexiste garantia de emprego também em caso de pedido de demissão, existindo julgados que entendem pela renúncia à estabilidade até mesmo o pedido de rescisão indireta pelo empregado por via judicial.²⁹

Sergio Pinto Martins³⁰ refere que a garantia de emprego, por óbvio, não alcança os representantes da empresa, pois estes defendem os interesses do empregador.

Vólia Bomfim Cassar³¹ afirma que se um estabelecimento, por qualquer motivo, passar a ter menos de 20 empregados, não haverá mais necessidade de manter a CIPA. Sendo assim, poderá extingui-la e, em consequência, a estabilidade de seus membros estará também extinta. Todavia, o item 5.15 da NR 5 determina que o número de membros da CIPA não poderá ser reduzido e não poderá ser desativada pelo empregador antes do término do mandato de seus membros, ainda que haja redução do número de empregados da empresa, exceto no caso de encerramento das atividades do estabelecimento.

Conclui-se que a garantia de emprego dos empregados membros da CIPA, representantes dos empregados, inclusive os suplentes, possui como finalidade proteger os trabalhadores de retaliações por parte do empregador, garantindo a estes o livre exercício de suas funções na comissão.

1.4.4 Dirigente sindical

representa a todos os empregados da empresa e não somente aos que trabalham no setor extinto. (TRT-12 - RO: 01930200802712000 SC 01930-2008-027-12-00-0, Relator: EDSON MENDES DE OLIVEIRA, SECRETARIA DA 2ª TURMA, Data de Publicação: 07/08/2009)

²⁹ GARANTIA DE EMPREGO AO CIPEIRO. RESCISÃO INDIRETO DO CONTRATO DE TRABALHO. INCOMPATIBILIDADE. Ao optar pela rescisão indireta do contrato de trabalho, indiretamente, o trabalhador abre mão de seu cargo eletivo de "cipeiro" e consequentemente da estabilidade. Isso porque o trabalhador, saindo do emprego, fica impossibilitado de defender os interesses de seus pares perante o empregador, sendo certo que a garantia é oferecida como um benefício social a fim de beneficiar toda a categoria profissional. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT-2 - RO: 12566120125020 SP 20130011801, Relator: REGINA VASCONCELOS, Data de Julgamento: 22/05/2013, 18ª TURMA, Data de Publicação: 27/05/2013)

³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 412-414.

³¹ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho** – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

A garantia de emprego do dirigente sindical possui o mesmo pressuposto da garantia de emprego dos membros da CIPA, pois tem como objetivo evitar represálias por parte do empregador pelo fato de o dirigente postular direitos para a categoria com o empregador sem ser dispensado³². Alice Monteiro de Barros afirma que a garantia de emprego do dirigente sindical visa impedir desvios intencionais no poder diretivo, capazes de comprometer as funções sindicais, bem como tranquilizar os ânimos eventualmente agastados, inclusive por exacerbações no decorrer do mandato. A proteção tem em mira, em última análise, resguardar a independência do dirigente sindical no exercício do mandato, assegurando-lhe condições para a ampla defesa dos interesses da categoria que representa, sem que daí lhe advenham prejuízos no contrato de trabalho.³³

A garantia de emprego do dirigente sindical foi instituída pela Lei nº 5.107/66, que previa a impossibilidade da dispensa do empregado sindicalizado, a partir do momento do registro de sua candidatura até o final do seu mandato, salvo caso de cometimento de falta grave. O mandato do membro da diretoria é de três anos.

Todavia, em 1973, foi dada nova redação ao artigo 543, §3º da CLT, aumentando a garantia de emprego desde o registro de sua candidatura até um ano após expirado seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo o cometimento de falta grave a ser apurada mediante inquérito para apuração de falta grave, previsto no artigo 482 da CLT. Serão beneficiadas com a garantia de emprego as pessoas eleitas para cargo de direção ou representação sindical, tanto titulares como suplentes, que são os diretos do sindicato³⁴.

Nos termos da OJ 365 do TST, os membros de conselho fiscal não gozam de garantia de emprego, pois não representam ou atuam na defesa de direitos da categoria:

365. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO.

³² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 410-412.

³³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed., São Paulo: LTr, 2011.

³⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 411.

INEXISTÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008)

Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT).

O TST, através da súmula 369, também estabeleceu alguns limites da garantia de emprego, regulamentando ser assegurada a garantia de emprego, desde que a comunicação do registro seja feita na vigência do contrato de trabalho, não importando ser esta fora do prazo previsto no artigo 543, § 5º, da CLT. A sumula limita a garantia de emprego a sete dirigentes e sete suplentes, bem como afirma que empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. A sumula refere, ainda, que havendo a extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, cessa o direito à estabilidade. Por fim, regulamenta a inexistência de garantia de emprego no caso de registro de candidatura no curso do aviso prévio, ainda que indenizado.

É visível que o objetivo da sumula foi o de regulamentar lacunas legais, bem como estabelecer limites, em especial no que diz respeito ao abuso de direito por parte dos empregados com o intuito de burlar uma dispensa imotivada. Tal regulamentação demonstra a diferença desta garantia de emprego para a garantia de emprego da gestante, por exemplo, eis que a garantia de emprego do dirigente sindical possui objetivo claro de defender os interesses dos empregados, não se tratando de vantagem pessoal.

Por consequência, no caso de destituição de suas funções, cessa-se a garantia de emprego, sendo que tal vantagem também não se

estende aos representantes do sindicato patronal, sendo este o entendimento da jurisprudência pátria.³⁵

Vólia Bomfim Cassar³⁶ afirma que perde a estabilidade o dirigente sindical que aceitar a transferência para localidade diversa da base territorial do sindicato que representa, nos termos do art. 543, § 1º, da CLT, pois seus poderes sindicais e de representação da categoria estão limitados à base territorial em que antes se encontrava.

Diferente da grande parte das modalidades de garantia de emprego, não há como o dirigente sindical ser dispensado por justa causa sem a consequente apuração mediante inquérito judicial para apuração de falta grave, sendo que a dispensa por justa causa do empregado é de plano inválida caso não seja observado tal procedimento. Referida norma é regulamentada pelos artigos 494 e 543, §3º da CL, sendo confirmada pela jurisprudência através Súmula 379 do TST:

DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 114 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT. (ex-OJ nº 114 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997)

Sendo assim, entende-se que a garantia de emprego do dirigente sindical equipara-se à garantia de emprego do cipeiro, pois possui como finalidade a defesa dos interesses dos empregados, se tratando de garantia de

³⁵ ESTABILIDADE - DIRIGENTE SINDICAL - SINDICATO PATRONAL - ESTABILIDADE - DIRIGENTE SINDICAL - SINDICATO PATRONAL - A norma constante do artigo 8º, inciso VIII, da CF, não abrange o empregado eleito dirigente sindical em outra categoria, mormente em se tratando de sindicato patronal, posto que, a estabilidade sindical tem por finalidade proteger o trabalhador, como empregado, contra possíveis atos de seu empregador, que possam impedir ou dificultar o exercício de seus direitos sindicais. Até porque, sob a ótica "capital versus trabalho", inexistente conflito de interesses que justifique a garantia constitucional perseguida, entre o dirigente sindical patronal e o empregador, pois o primeiro atua no interesse do segundo. (TRT-15 - RO: 18721 SP 018721/2007, Relator: FLAVIO NUNES CAMPOS, Data de Publicação: 27/04/2007)

RECURSO DO RECLAMANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Dirigente sindical. Destituição por unanimidade do Quadro Social do Sindicato. Hipótese de incidência da norma do artigo 543, par.3º da Consolidação e artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal não configurados. (...) (TRT-4 - RO: 1993199392104008 RS 01993-1993-921-04-00-8, Relator: MARIA GUILHERMINA MIRANDA, Data de Julgamento: 12/09/1995, 1ª Vara do Trabalho de Rio Grande)

³⁶ BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

emprego concedida com o objetivo de permitir o livre exercício da função sem interferências do empregador.

1.4.5 Empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas

Conforme ensina Sergio Pinto Martins, a Lei nº 5.764/71, em seu artigo 55, estipula que os empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais previstas no artigo 543 da CLT, sob o argumento de que, se fosse admitida a dispensa do dirigente, toda a cooperativa ficaria prejudicada no trabalho coletivo que vinha sendo desenvolvido pelo referido obreiro em prol de todos os cooperados, a qual tem também característica social, bem como deixaria de existir continuidade na gestão administrativa.³⁷ Conforme entendimento de Alice Monteiro de Barros, o legislador buscou assegurar a independência das cooperativas e preservar-lhes a existência, impedindo que o empregador do dirigente interferisse nos seus órgãos.

A jurisprudência entende que a garantia de emprego se estende tão somente aos diretores da cooperativa. Ao contrário da garantia de emprego do dirigente sindical, esta não se estende ao conselho fiscal ou ao suplente, nos termos da OJ 253 do SDI-1 do TST, *in verbis*:

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COOPERATIVA.
LEI Nº 5.764/71. CONSELHO FISCAL. SUPLENTE.
NÃO ASSEGURADA (inserida em 13.03.2002)**

O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.

³⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 425-428.

Vólia Bomfim Cassar afirma que o mandato do diretor de cooperativa é definido no estatuto e não poderá ser superior a quatro anos (arts. 21, V, e 47 da Lei nº 5.764/71).³⁸

1.4.6 Representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia

A comissão de conciliação prévia foi instituída pela Lei nº 9.958/00, a qual incluiu os artigos 625-A a 625-H na CLT, e tem por atribuição a de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho, sendo sua criação facultativa. Existem comissões de conciliação prévia sindicais e empresariais, sendo que as sindicais têm suas normas de funcionamento definidas em instrumentos de negociação por normas coletivas e as empresariais regulamentadas pela própria CLT.³⁹

As comissões de conciliação prévia empresariais possuem no mínimo dois e no máximo dez titulares, sendo metade indicada pelo empregador e metade eleita pelos empregados, sendo fiscalizada pelo sindicato da categoria profissional. A comissão de conciliação prévia deverá ter o mesmo número de titulares e suplentes, tendo estes mandato de 1 ano, permitida uma renovação. Os membros titulares e suplentes, que sejam representantes dos empregados, possuem garantia de emprego com duração de até um ano após o final do mandato na comissão de conciliação prévia, no período no qual os citados empregados somente poderão ser dispensados se cometerem falta grave, nos termos do art. 625-B, §1º, CLT e 482 da CLT.

De acordo com Sergio Pinto Martins, a garantia de emprego, ao contrário da do dirigente sindical, não se inicia com a candidatura, mas tão somente após o início do mandato, pois a lei garante o emprego somente ao empregado eleito.⁴⁰

³⁸ BOMFIM, Vólia. *Direito do Trabalho* – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

³⁹ <http://jus.com.br/artigos/34178/a-comissao-de-conciliacao-previa-ccp>

⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 411.

Ainda de acordo com referido autor, o representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa, afastando-se de suas atividades habituais apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo este tempo computado como tempo de trabalho.

Vólia Bomfim Cassar⁴¹ afirma que, de acordo com o caput do art. 625-B da CLT as CCPs instituídas no âmbito da empresa serão constituídas no mínimo de dois e no máximo de dez membros, sendo a metade destes eleitos para representação dos empregados e a outra metade indicada para representar os interesses do patrão.

1.4.7 Membros do conselho nacional da previdência social

O Conselho Nacional de Previdência Social tem como principal objetivo estabelecer o caráter democrático e descentralizado da administração, com a participação do Governo, dos trabalhadores em atividade, dos empregadores e dos aposentados.

O Conselho Nacional da Previdência Social foi criado pela Lei nº 8.213/91 e tem por objetivo a atuação no acompanhamento e na avaliação dos planos e programas que são realizados pela administração, na busca de melhor desempenho dos serviços prestados aos que utilizam os serviços previdenciários.⁴²

Os representantes dos trabalhadores dos membros do conselho nacional da previdência social que estiverem em atividade, titulares e suplentes, terão direito à garantia de emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser dispensados por motivo de falta grave, regularmente comprovada por intermédio do processo judicial (§7º do art. 3º da Lei nº 8.213/91).⁴³

⁴¹ BOMFIM, Vólia. *Direito do Trabalho* – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁴² <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/orgaos-colegiados/conselho-nacional-de-previdencia-social-cnps/>

⁴³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 422.

Conclui-se, assim, que a garantia de emprego dos membros representantes dos empregados no CNPS assemelha-se a do dirigente sindical, divergindo somente no que diz respeito ao início. Para o dirigente sindical, o início se dá com o registro da candidatura, porquanto para os membros do CNPS o início se dá com a nomeação.

1.4.8 Membros do conselho curador do FGTS

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS criado pela Lei nº 5.107/66 é atualmente regido pela Lei nº 8.036/90, sendo este gerido e administrado por um Conselho Curador.⁴⁴

Os representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, efetivos e suplentes, têm direito à garantia de emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser dispensados por motivo de falta grave, devidamente apurada por meio de processo sindical. (§9º do artigo 3º da Lei nº 8.036/90).⁴⁵

Vólia Bomfim Cassar afirma que a indicação dos representantes dos empregados e dos empregadores é feita pelas centrais sindicais ou confederações federais, para mandato de dois anos, sendo permitida uma recondução, nos termos da Lei nº 8.036/90, art. 3º, § 9º, para titulares e suplentes. Só podem ser demitidos por falta grave, logo, sua estabilidade é absoluta. A lei não exige inquérito judicial para a sua dispensa, mas não autoriza a dispensa por mero ato de vontade, sendo necessário um inquérito sindical.⁴⁶

⁴⁴ http://www.fgts.gov.br/quem_administra.asp

⁴⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 422.

⁴⁶ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho** – 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

2 A GARANTIA DE EMPREGO DO EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA ESTIGMATIZADA

Após análise detalhada da estabilidade originária, bem como das garantias provisórias de emprego, passa-se a analisar a garantia de emprego concedida ao empregado portador de doença estigmatizada.

2.1 Noções Gerais

A garantia de emprego do empregado portador de doença estigmatizada tem por objetivo impedir a discriminação no trabalho, bem como a rescisão contratual por motivo discriminatório.

As doenças, principalmente as incuráveis, sempre alimentaram o preconceito social contra seus portadores, servindo, em diversos momentos históricos, de motivo para práticas segregacionistas, por meio das quais a sociedade excluía seus doentes do convívio social.⁴⁷

Conforme ensinamento de Cristina Paranhos Olmos⁴⁸, a discriminação consiste, basicamente, em tratar de maneira diferente determinada pessoa por motivo não justificável. A discriminação vedada é aquela que, como regra, causa prejuízo à pessoa discriminada. De acordo com a autora, é certo que, filosoficamente, foi Rousseau que admitiu a igualdade jurídica, no século XVIII, a qual atingiu seu ápice na Revolução Francesa de 1789, que tinha como “lema” os seguintes princípios: Liberdade, igualdade, fraternidade. Afirma que a revolução francesa foi o fenômeno de maior importância em termos de disseminação das ideias de igualdade no mundo. De acordo com a autora, a Revolução Francesa difundiu por toda a Europa o princípio da igualdade das pessoas perante a lei, tendo sido posteriormente contemplado pela Alemanha, Áustria, Itália e, posteriormente, pela Espanha.

⁴⁷ COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. A saúde do trabalhador como fator de discriminação no trabalho. Publicado na Revista Justiça do Trabalho 245, p. 43.

⁴⁸ OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. 1a ed., São Paulo: LTr, 2008.

A autora conclui que no direito estrangeiro, há constante preocupação nos sistemas legais para que a discriminação seja combatida, sendo que alguns países colocam igualdade entre as pessoas e, especialmente, entre os trabalhadores, como garantia de status constitucional, o que é bom por um lado, todavia, tal fato implica concluir que a discriminação existe em todo mundo e é bastante grave, pois exige garantias e medidas constitucionais a fim de ser combatida.

A discriminação existente no mundo importou na elaboração de diversos tratados internacionais que visam o combate à práticas discriminatórias, citando-se como um dos exemplos mais importantes a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 1965. De acordo com Cristina Paranhos Olmos⁴⁹ os países subscritores da Convenção devem se comprometer a formular 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 discriminação nessa matéria.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, consagrou o princípio da igualdade, ao afirmar que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sob o princípio da igualdade, a autora mencionada afirma que, ao contrário do que o entendimento superficial nos proporciona, a igualdade não consiste em tratar todos de forma igual, e sim de avaliar as desigualdades entre as pessoas e, de acordo com elas, trata-las de forma igualitária. De tal entendimento compactua Pedro Lenza⁵⁰, ao afirmar que não se deve buscar somente a igualdade formal, mas principalmente a igualdade material, uma vez que

⁴⁹ OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

⁵⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. O autor afirma que a grande dificuldade consiste em saber até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade.

Existem três questões a serem observadas, a fim de se verificar o respeito ou não ao aludido princípio, entendendo Celso Antonio Bandeira de Mello⁵¹ que o desrespeito a qualquer uma delas leva à ofensa da isonomia: A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e, por fim, a terceira diz respeito à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizado.

De acordo com Uadi Lammego Bulos⁵², o raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Entende-se que isonomia não se trata de oferecer tratamento igualitário a todos, mas sim de acordo com as diferenças e peculiaridades de cada pessoa e de cada caso.

A despeito da Constituição Federal consagrar a igualdade de todos perante a Lei, sem qualquer distinção, é certo que a igualdade formal do dispositivo constitucional citado não é o único prisma sob o qual deve ser entendida a igualdade, importando, principalmente, a igualdade material.⁵³

Um exemplo clássico de tratamento igualitário entre os desiguais diz respeito à criação de cotas em universidades públicas para estudantes de escolas públicas. Entende-se que como estes não foram privilegiados com ensino de maior qualidade, não devem competir de forma igual com os estudantes de escolas particulares, que tiveram formação escolar consequentemente mais sólida.

⁵¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

⁵² BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal anotada. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵³ OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

Outro exemplo é a criação de cotas raciais, sendo que este sim gera inúmeras discussões acerca de sua constitucionalidade. A corrente contrária à existência de cotas raciais afirma que o princípio da igualdade não seria respeitado, já que a lei é clara ao afirmar que todos são iguais perante a lei, independente de cor; porquanto a corrente a favor da aplicação utiliza justamente o argumento da necessidade de respeito ao princípio da igualdade, entendendo que negros e brancos historicamente não possuem as mesmas oportunidades, razão pela qual tratar-se-iam igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Ou seja, ambos os argumentos utilizam-se do princípio da igualdade para justificar a constitucionalidade ou não de tal norma.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e consequente consagração do princípio da isonomia, a legislação pré-existente passou a ser regida sob tal princípio, razão pela qual diversas leis foram consideradas como não recepcionadas pela Constituição Federal ou sofreram aplicação limitada.

No âmbito trabalhista, um exemplo clássico e recente é a discussão acerca da aplicabilidade do artigo 384 da CLT, que confere à empregada mulher um intervalo de 15 minutos antes da realização de horas extraordinárias. Dizia-se que tal artigo não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que todos foram considerados iguais perante a lei independentemente de sexo, razão pela qual não deveria existir tal privilégio somente para as mulheres. Todavia, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 658312, entendendo que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade contido no artigo 5º da Constituição Federal.

Sendo assim, a doutrina e jurisprudência é praticamente unânime ao entender que o princípio da igualdade deve ser tratado observando a igualdade material, de forma a igualar os desiguais.

Alguns autores afirmam, ainda, a existência de um princípio chamado de princípio da não discriminação, que diverge do princípio da igualdade. Para Américo Plá Rodriguez⁵⁴, enquanto o princípio da não discriminação encerra a proibição de diferenciações legítimas, em comparação com a generalidade, o princípio da igualdade partiria da ideia de equiparação até mesmo com algum caso isolado ou especial. Afirma que o princípio da não discriminação leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima. O princípio da igualdade encerra a ideia de equiparação, que é uma fonte de conflitos e problemas; descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede a concessão de melhorias e benefícios que poderiam existir.

De tal entendimento comunga Regiane Margonar⁵⁵, afirmando que independente da denominação que se dê à concepção deste princípio, correto está Américo Plá Rodriguez quando, discorrendo acerca de sua aplicação no Direito do Trabalho, não vislumbra a possibilidade de uma igualdade que desconsidere a existência de casos especiais.

Dessa forma, com base nos princípios acima elencados, a legislação e jurisprudência vêm buscando formas de igualar os desiguais e promover a inclusão social de determinados grupos, sendo que podemos citar, a título exemplificativo, a criação de cotas em concursos públicos para portadores de deficiências, bem como a obrigatoriedade de reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiências em empresas privadas.

Por outro lado, em diversos casos a discriminação culmina na rescisão contratual de empregados, acreditando o empregador estar protegido pelo “direito potestativo” de despedir, desde que adimplidos os valores rescisórios.

⁵⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed., São Paulo: LTR, 2000.

⁵⁵ MARGONAR, Regiane. *O empregado portador do vírus HIV/AIDS*. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

Tal fato é muito comum no caso de empregados encaminhados ao INSS, que perdem sua capacidade laborativa ainda que parcialmente e necessitam de reabilitação. É comum o empregado permanecer anos afastado e ao receber a alta previdenciária já é recebido pela empresa com o aviso prévio. Isto ocorre pois é demasiadamente cômodo para o empregador simplesmente adimplir com os haveres rescisórios do empregado e desliga-lo do que readaptar a sua função ou retorna-lo ao seu posto de trabalho e correr o risco de o empregado necessitar se afastar novamente.

Para estabelecer limites ao poder diretivo do empregador e combater a utilização do direito potestativo do mesmo de forma absoluta, a jurisprudência passou a adotar os princípios da continuidade da relação de emprego e da função social do contrato de trabalho a fim de coibir dispensas consideradas discriminatórias ou abusivas.

Acerca do princípio da continuidade da relação de emprego, Sergio Pinto Martins⁵⁶ afirma que presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego.

De tal entendimento compactua Mauricio Godinho Delgado⁵⁷ referindo ser do interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais.

A principal expressão do princípio de continuidade é a resistência a que o empregador possa romper o contrato por sua vontade exclusiva, pois a tendência predominante é que o contrato de trabalho subsista enquanto se conserve o trabalho, conforme ensina Américo Plá Rodriguez⁵⁸.

O princípio da função social do contrato inexistente na CLT, todavia, está previsto nos artigos 421 e 422 do Código Civil, que assim dispõem:

⁵⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012.

⁵⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. 3ª ed., São Paulo: LTR, 2000.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Referidos artigos passaram a ser aplicados subsidiariamente pelos julgadores às relações de trabalho, criando-se a expressão “função social do contrato de trabalho” que, combinada com o princípio da continuidade da relação de emprego, passou a anular dispensas discriminatórias ou abusivas, entendendo a jurisprudência que o desrespeito aos princípios da probidade e boa fé, bem como a ausência de solidarismo por parte do empregador justifica a nulidade da dispensa.⁵⁹ Os casos colacionados demonstram que existindo ciência por parte do empregador da doença que acometia a autora quando da

⁵⁹ TRT-PR-16-08-2011 DESPEDIDA ABUSIVA. SOLIDARISMO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO. PRINCÍPIOS DA PROBIDADE E BOA-FÉ. DIÁLOGO DAS FONTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Ante à incontroversa ciência por parte do empregador da doença que acometia a obreira na ocasião da dispensa sem justa causa, há que se considerar abusiva a sua despedida imotivada, tendo em vista que a ordem jurídica constitucional brasileira hodiernamente consagra o solidarismo, expresso nos artigos 1º, III, 3º, 5º, V e X, da Constituição Federal, que, calcado na dignidade humana, limita o poder diretivo do empregador e impõe o dever de respeito e valorização da pessoa e do trabalho humano. Não se olvida que a Lei 8213/1991, no seu artigo 118, estabelece as condições legais que possibilitam o reconhecimento da estabilidade acidentária. Também, conforme visto, a prova dos autos é incontroversa quanto ao fato de que na época da dispensa, a autora não recebia auxílio previdenciário. Mas, data venia, este fato não pode por si só autorizar o exercício do direito potestativo do empregador. Hoje vive-se o solidarismo constitucional, cuja aplicação in casu se dá por intermédio do saudável diálogo das fontes, tese de hermenêutica trazida ao Brasil pela Professora Gaúcha Cláudia Lima Marques, extraída do jurista alemão Erik Jayme e utilizada para que a Ciência do Direito possa exercer a aplicação das normas atendendo à proteção do homem diante das nefastas tendências imediatista, hedonista e consumista da sociedade pós-moderna. Assim, o solidarismo contratual atua como restritivo da autonomia da vontade, o que significa afirmar que os interesses individuais se subordinam ao interesse coletivo, que hoje se pauta na idéia de justiça social, devendo o contrato de trabalho, muito mais que as outras espécies de contrato, vincular-se à função social conferida aos contratos no artigo 421, do Código Civil de 2002, e, dessa forma, observar os princípios de probidade e boa-fé (artigo 422). (TRT-9 1312011654900 PR 131-2011-654-9-0-0, Relator: ANA CAROLINA ZAINA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 16/08/2011)

TÉRMINO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. RETORNO AO TRABALHO. EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - Ainda que a inaptidão constada em exame médico de retorno intermediado pela empregadora leve à conclusão de que é impossível o retorno efetivo da empregada à prestação de serviços, a aplicação do princípio da função social ao contrato de trabalho, mormente quando analisado sob o aspecto da eficácia interna de proteção dos vulneráveis contratuais e da dignidade da pessoa humana, impõe à empresa arcar com os custos dessa situação de "limbo". (TRT-5 - RecOrd: 00015857320135050194 BA 0001585-73.2013.5.05.0194, Relator: MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 12/05/2015.)

TRT-PR-06-11-2009 DESPEDIDA ABUSIVA. SOLIDARISMO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO. PRINCÍPIOS DA PROBIDADE E BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Presumindo-se a idoneidade, capacidade e experiência do empregado que permanece trabalhando por 29 anos na mesma empresa, há que se considerar abusiva a sua despedida imotivada, tendo em vista que a ordem jurídica constitucional brasileira hodiernamente consagra o solidarismo, expresso nos artigos 1º, III, 3º, 5º, V e X, da Constituição Federal, que, calcado na dignidade humana, limita o poder diretivo do empregador e impõe o dever de respeito e valorização da pessoa e do trabalho humano. Do solidarismo "lato sensu" decorre o solidarismo contratual, restritivo da autonomia da vontade, o que significa afirmar que os interesses individuais se subordinam ao interesse coletivo, que hoje se pauta na idéia de justiça social, devendo o contrato de trabalho, muito mais que as outras espécies de contrato, vincular-se à função social conferida aos contratos no artigo 421, do Código Civil de 2002, e, dessa forma, observar os princípios de probidade e boa-fé (artigo 422). (TRT-9 5967200821905 PR 5967-2008-21-9-0-5, Relator: ANA CAROLINA ZAINA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 06/11/2009)

dispensa, não há como se considerar válida a rescisão operada, por ausência de solidarismo por parte do empregador, restando limitado poder diretivo do mesmo, calcado na dignidade humana, mesmo que a moléstia que acomete o empregado não possua origem ocupacional ou que inexista inaptidão para o labor.

Em virtude da regulamentação legal acerca da proibição da discriminação, bem como da função social do contrato de trabalho e do princípio da continuidade na relação de emprego, a jurisprudência evoluiu, impondo limites ao referido “poder potestativo” do empregador no ato da rescisão contratual.

Tal construção jurisprudencial e doutrinária abriu precedentes que levaram demais empregados despedidos de forma que consideraram discriminatória ou abusiva a buscar o reestabelecimento de seu contrato de trabalho mediante reintegração, ou, sucessivamente, reparação pela rescisão ocorrida.

2.2 Regulamentação

Conforme referido no subcapítulo anterior, o marco da proteção jurídica contra a discriminação ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, caput, consagrou o princípio da igualdade, ao afirmar que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza.

A partir da consagração de referido princípio, as normas pré-existentes e posteriores foram regidas sob o manto da igualdade e da proteção contra discriminação.

Em 1995, foi promulgada a Lei nº 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência na relação jurídica de trabalho. Referida lei em seu artigo 4º confere direito de opção ao empregado que teve seu contrato de trabalho rompido por ato discriminatório a uma dentre as seguintes alternativas: Readmissão com ressarcimento integral de todo o

período de afastamento (o que, na prática, funciona como reintegração) ou percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

A lei em questão passou a servir de base para diversos pedidos que possuem como norte dispensas consideradas discriminatórias pelos empregados, pois esta criou, de certa forma, uma espécie de garantia de emprego ao permitir a reintegração do empregado dispensado por motivo de discriminação ou a indenização em dobro desde o afastamento. Os Tribunais, conseqüentemente, passaram a ser instigados por demandas envolvendo pedidos de reintegração ou indenizações decorrentes de dispensas discriminatórias.

Raquel Betty de Castro Pimenta afirma que a proteção jurídica contra a discriminação em matéria de emprego advém não apenas de normas legais, mas é concretizada também através de entendimentos jurisprudenciais que, a partir da teleologia traçada pelos preceitos constitucionais e por tratados internacionais, aplicam em casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário o princípio da não discriminação. Desse modo, a partir dos preceitos gerais que vedam qualquer forma de discriminação para efeitos de acesso ou manutenção da relação de emprego, situações específicas relativas à discriminação contra portadores de doenças graves passaram a ser disciplinadas pela via jurisprudencial.⁶⁰ No caso presente, foi o que ocorreu.

A jurisprudência passou a desenvolver o entendimento de que as dispensas de empregados portadores de doenças graves que gerassem estigmas na sociedade eram discriminatórias, determinando a reintegração dos empregados.

A prova da dispensa discriminatória é demasiadamente difícil de ser realizada pelo empregado, razão pela qual os Tribunais passaram a entender que se presume discriminatória a dispensa, cabendo ao empregador o

⁶⁰ PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A súmula nº 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave. Artigo publicado na revista TST, Brasília, vol. 79, nº 3, jul/set 2013.

ônus de comprovar a ausência de discriminação no ato da rescisão contratual, razão pela qual a presunção é considerada *juris tantum*.⁶¹

O entendimento que vinha sendo praticado pelos Tribunais causou diversas discussões no mundo jurídico, pois em tese, a empresa se obriga a produzir prova negativa.

Após diversas discussões sobre o tema, o TST finalmente consolidou seu entendimento através da Súmula 443, mantendo a presunção de dispensa discriminatória no caso de portadores de doenças graves que causem estigma ou preconceito, *in verbis*:

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.

Por outro lado, muito se discute a validade da Súmula 443, pois o TST criou obrigação genérica que depende de regulamentação legal, eis que sequer informa por quanto tempo seria garantido o emprego do enfermo. O TST também criou obrigação arbitrária, pois pode-se considerar qualquer tipo de doença como estigmatizada, já que a discriminação muitas vezes se trata de um sentimento subjetivo do empregado.

⁶¹ DISPENSA IMOTIVADA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. Sendo incontroversa a ciência da reclamada acerca da doença que acometeu o obreiro, atraiu para si o ônus de comprovar que a dispensa não se deu por motivo discriminatório, encargo do qual não se desincumbiu, não tendo produzido qualquer prova nos autos nesse sentido. Assim, deve o trabalhador ser reintegrado, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (...) (TRT-15 - RO: 70436 SP 070436/2009, Relator: HELENA ROSA MÔNACO DA SILVA LINS COELHO, Data de Publicação: 06/11/2009)

Sendo assim, diversas são as questões deixadas em aberto na Súmula 443, tais quais, por quanto tempo o empregado teria garantido seu emprego? Pode-se obrigar o empregador a manter um empregado em seu quadro de funcionários por tempo indeterminado? O que pode ser considerado como doença estigmatizada? Compete ao TST a criação de uma espécie de modalidade estabilitária através de uma Súmula?

Conclui-se que o empregado portador de doença grave não goza de garantia de emprego. Wagner Gusmão Reis Junior⁶² explica tal situação sob a ótica de que a origem da reintegração muitas vezes concedida ao empregado não está calcada no instituto da estabilidade, mas sim em virtude da dispensa abusiva e discriminatória.

2.3 Doenças que causam estigma

Existem muitas doenças ou até mesmo condições físicas que causam estigma, tais quais a amputação ou deficiências físicas. Todavia, o presente trabalho será limitado ao estudo das três principais condições encontradas na jurisprudência.

2.3.1 HIV/AIDS

Para se entender o motivo do estigma causado pela doença é necessário, inicialmente, se definir a mesma.

HIV e AIDS, muito embora sejam utilizadas para definir a mesma patologia, não se confundem, pois existem diferenças entre a doença já manifestada e entre o portador do vírus HIV.⁶³

A sigla AIDS é formada pelas iniciais da expressão *Acquired Immuno Deficiency Syndrome*, que traduzida para o português, significa

⁶² REIS JÚNIOR, Wagner Gusmão. *Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

⁶³ MARGONAR, Regiane. *O empregado portador do vírus HIV/AIDS*. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA). A AIDS é doença grave, fatal e contagiosa, transmitida por via sexual ou sanguínea, que destrói o sistema imunológico por meio de um vírus. A doença tem efeitos devastadores nas defesas do organismo, motivo pelo qual várias infecções se instalam no indivíduo, debilitando-o mais e mais até leva-lo à morte.

Sobre o vírus HIV, Regiane Margonar⁶⁴ afirma que este atua sobre o sistema imunológico destruindo sua capacidade de defesa, permitindo, assim, que bactérias e outros vírus passem a ser invasores, provocando o aparecimento de numerosas manifestações que levam à morte.

Assim sendo, HIV e AIDS não se confundem. Ser portador do vírus HIV é diferente de ter AIDS, eis que uma pessoa pode ser portadora do vírus HIV sem, contudo, estar sofrendo de AIDS, já que o vírus pode permanecer por vários anos dentro do organismo do sujeito até a manifestação da AIDS. Tratam-se, portanto, de etapas distintas da patologia, sendo a AIDS a manifestação grave da doença.

Para Cristina Paranhos Olmos⁶⁵, uma forma muito comum de discriminação nas relações de emprego é a discriminação em razão de o empregado ser portador da AIDS, considerando como um dos motivos a forma de transmissão da doença (via de regra, sexo e utilização de drogas).

Há algum tempo os Tribunais têm presumido como discriminatória a dispensa do empregado portador do HIV, em virtude de garantias constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana, garantindo a estes empregados a reintegração mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade ou a garantia de emprego, quando caracterizada a dispensa arbitrária ou discriminatória. Entende a jurisprudência que

⁶⁴ MARGONAR, Regiane. O empregado portador do vírus HIV/AIDS. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

⁶⁵ OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

se a empresa tinha conhecimento da condição de soropositivo do empregado, tal fato gera presunção de arbitrariedade ou discriminação na demissão.⁶⁶

De acordo com Wagner Gusmão Reis Junior⁶⁷ a presunção ocorre quando se esta disciplinando relação jurídica essencialmente desequilibrada. No campo do Direito do Trabalho, a presunção é corriqueiramente encontrada haja vista a nítida vantagem econômica do empregado em relação ao empregador.

Wagner Gusmão Reis Junior⁶⁸ ressalta que a jurisprudencial vem se consolidando no sentido de assegurar garantia de emprego aos portadores do vírus HIV, quando a rescisão do contrato de trabalho se dá de forma discriminatória. Refere o autor que à luz da dominante jurisprudência a respeito do tema, a garantia de emprego é decorrência do combate a prática discriminatória, ou seja, para a rescisão do contrato se tornar arbitrária não basta que o empregado seja portador do vírus da AIDS, mas que sua dispensa haja se concretizado por motivo discriminatório.

O autor refere que em se tratando de dispensa de empregado soropositivo, a presunção de dispensa discriminatória se justifica em virtude da quase impossibilidade de se comprovar, em Juízo, o ato discriminatório

⁶⁶ RECURSO ORDINÁRIO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PORTADOR DE AIDS. A jurisprudência do TST tem caminhado no sentido de que -empregado portador da AIDS, 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 ou a garantia no emprego, quando caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória. (TRT-1 - RO: 5463220115010482 RJ , Relator: Alvaro Luiz Carvalho Moreira, Data de Julgamento: 20/03/2012, Quarta Turma, Data de Publicação: 2012-03-30)

TRT-PR-27-01-2006 EMPREGADOR PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. DISPENSA. ATO DISCRIMINATÓRIO. REINTEGRAÇÃO. Caracteriza atitude discriminatória ato de empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV, sem a ocorrência de justa causa, e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. Se o empregador tinha conhecimento da condição de soropositivo do empregado, tal fato gera a presunção da arbitrariedade da demissão. Na Constituição Federal vigente, a vedação de prática discriminatória encontra-se assentada em diversos dispositivos, figurando, inclusive, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme se depreende do artigo 3º, inciso IV, ao proibir quaisquer outras formas de discriminação. O próprio princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput, da Carta Magna, reforça a proibição da discriminação, ao dispor que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Mantida a reintegração determinada na r. sentença. (TRT-9 3142004653900 PR 314-2004-653-9-0-0, Relator: ANA MARIA DAS GRAÇAS VELOSO, 4A. TURMA, Data de Publicação: 27/01/2006)

⁶⁷ REIS JÚNIOR, Wagner Gusmão. Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

⁶⁸ REIS JÚNIOR, Wagner Gusmão. Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

perpetrado. Cristina Paranhos Olmos⁶⁹ afirma que a presunção é, todavia, *juris tantum*, isto é, admite prova em contrário, conforme analisado no tópico anterior.

É do entendimento de Regiane Margonar que não havendo na legislação brasileira lei que preveja a estabilidade do empregado portador do vírus HIV é possível resilir o contrato, desde que ausente dispensa discriminatória, razão pela qual considerar-se-ia abuso de direito.⁷⁰

De forma diversa se posiciona Sergio Pinto Martins⁷¹ ao afirmar que, muito embora a relevante questão social debatida, há necessidade de se evitar qualquer posição emocional sobre a matéria, devendo a lide ser decidida em consonância com a lei e a prova dos autos. De acordo com o autor, não há lei que determine a reintegração do soropositivo de AIDS no emprego. Assim, não há como dizer da existência de violação ao princípio da igualdade. O autor em questão possui posicionamento singular comparado com a maioria esmagadora dos juristas.

Não há como se negar que a Súmula 443 do TST, embora faça relação genérica a demais doenças consideradas estigmatizadas, possui claro intuito de proteção aos empregados portadores do HIV.

Entretanto, a origem da reintegração concedida ao empregado portador do vírus HIV não advém do instituto da estabilidade, pois inexistente dispositivo legal concedendo garantia de emprego ao mesmo, estando calcada nos princípios constitucionais da não discriminação e na dignidade da pessoa humana.⁷²

Todavia, não é a única doença considerada como estigmatizada pela jurisprudência, conforme será visto a seguir.

⁶⁹ OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

⁷⁰ MARGONAR, Regiane. O empregado portador do vírus HIV/AIDS. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

⁷¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pág. 415-418.

⁷² MARGONAR, Regiane. O empregado portador do vírus HIV/AIDS. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

2.3.2 Hanseníase

A hanseníase, também conhecida como lepra, pode ser considerada uma doença estigmatizada para fins de garantia de emprego.

A hanseníase é uma doença infecciosa causada por uma bactéria chamada *Mycobacterium Leprae*, tendo sido descoberta em 1873, sendo uma doença curável, mas se não tratada toma proporções preocupantes.

A hanseníase afeta primordialmente a pele, mas pode afetar também os olhos, os nervos periféricos e, eventualmente, outros órgãos. Ao penetrar no organismo, a bactéria inicia uma luta com o sistema imunológico do paciente. O período de incubação é prolongado, e pode variar de seis meses a seis anos.⁷³

Por se tratar de doença de pele, afetando consideravelmente a aparência do portador, a hanseníase pode ser considerada uma doença estigmatizada.

Para Cristina Paranhos Olmos⁷⁴ os portadores de hanseníase são vítimas de preconceito e discriminação.

O TST, em julgado recente, considerou a dispensa de um empregado portador de hanseníase como discriminatória, com base na Lei nº 9.029/95.⁷⁵

⁷³ < <http://www.sbd.org.br/doencas/hanseniaze/> > - Acesso em 30/11/2015.

⁷⁴ OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

⁷⁵ DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO PREVISTA NA LEI Nº 9.029/95. DANO MATERIAL. Restou caracterizada a dispensa discriminatória, por estar o reclamante acometido da doença hanseníase. A reclamada, ao alegar que teria dispensado o obreiro, por necessidade de redução do seu quadro, atraiu para si o ônus probatório, do qual não se desincumbiu. Por outro lado, esta Corte tem entendido que o rol previsto no artigo 1º da lei nº 9.029/95 é meramente exemplificativo. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O Tribunal Regional, ao fixar o montante da indenização, levou em consideração o caráter punitivo-pedagógico da condenação, a gravidade da conduta, a capacidade econômica do ofensor e o caráter compensatório para a vítima. Incólumes, pois, os dispositivos legais apontados. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 5237920125080119 523-79.2012.5.08.0119, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 24/04/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/05/2013)

Conclui-se que a hanseníase pode ser considerada uma doença estigmatizada, estando abrangida pela súmula 443 do TST, razão pela qual a dispensa do empregado portador de tal patologia pode ser considerada presumidamente discriminatória.

2.3.3 Síndrome de dependência alcóolica

A síndrome da dependência alcóolica também pode ser considerada uma doença estigmatizada, eis que a CLT prevê, inclusive, a justa causa para o empregado que praticasse embriaguez habitual ou em serviço, nos termos do artigo 482, f da CLT, fato que demonstra nitidamente o preconceito sofrido por portadores da patologia.

O primeiro autor a se referir ao alcoolismo como doença foi Thomas Trotter, entretanto, apenas no século XX houve um sistema formal de classificação, no qual Jellinek afirma que o alcoolismo ocorre apenas quando o sujeito se torna tolerante (precisa de doses cada vez maiores da bebida para alcançar o mesmo efeito), tem perda do controle e apresenta abstinência (desconforto físico ou mental quando não ingere doses suficientes da bebida). A partir disso, algumas outras classificações surgiram e, em 1976, Griffith Edwards e Milton Gross propuseram uma nova síndrome, denominada Síndrome de Dependência do Álcool (DAS), que se trata de transtorno que depende de algumas variáveis para se instalar no indivíduo, como fatores culturais e biológicos, portanto não é um fenômeno estático: constitui-se ao longo da vida e depende de como o sujeito se relaciona com a bebida. De acordo com Edwards, a dependência é “um relacionamento alterado entre a pessoa e sua forma de beber”.⁷⁶

Sendo a síndrome da dependência alcóolica atualmente considerada uma doença, deve ser tratada como tal, sendo reconhecida pelos Tribunais a dispensa discriminatória de empregados acometidos pela síndrome de dependência alcóolica, sendo aplicada a Súmula 443 do TST também nestes casos, eis que o alcoólatra exhibe falhas de coordenação neuromuscular, tem

⁷⁶ < <https://vivamaisunicamp.wordpress.com/2010/03/30/sindrome-da-dependencia-do-alcool/> > - Acesso em 30/11/2015.

afetada sua atividade intelectual, o que compromete diretamente sua vida afetiva bem como o convívio social, além de, em muitos casos, destruir estruturas familiares, sendo necessário o tratamento da patologia. Entendem os julgadores que o cruel juízo da sociedade abandona qualquer análise acerca do estado de saúde do usuário de álcool, preferindo estigmatizar o doente com o uso de expressões grosseiras e pejorativas que indiscutivelmente denotam segregação.⁷⁷

Pode-se concluir que a síndrome da dependência alcoólica também está incluída no rol de doenças estigmatizantes, aplicando-se em tais casos a Súmula 443 do TST.

⁷⁷ ALCOOLISMO. DOENÇA ESTIGMATIZANTE. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÚMULA 443 DO. E. TST. REINTEGRAÇÃO. DANOS MORAIS. O alcoolismo crônico é doença grave e estigmatizante, exigindo tratamento e prescrições médicas adequadas. O alcoólatra exibe falhas de coordenação neuromuscular, tem afetada sua atividade intelectual, o que compromete diretamente sua vida afetiva bem como o convívio social, além de, em muitos casos, destruir estruturas familiares. O tratamento do doente é medida que se impõe como forma de resgatar sua autoestima e dignidade. A pessoa acometida de tal patologia submete-se, ainda, ao cruel juízo da sociedade que, abandonando qualquer análise acerca do estado de saúde do usuário de álcool, prefere estigmatizar o doente com o uso de expressões grosseiras e pejorativas que indiscutivelmente denotam segregação. Presume-se, portanto, a dispensa discriminatória, autorizando a reintegração nos termos da Súmula 443 do E. TST, assim como, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Recorrente: Byron Joseph Rebarði Recorrido: Superior Energy Services - Serviços de Petróleo do Brasil Ltda Relatora: Giselle Bondim Lopes Ribeiro (TRT-1 , Relator: Giselle Bondim Lopes Ribeiro, Data de Julgamento: 15/04/2015, Sétima Turma) RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÍNDROME DE DEPENDÊNCIA ALCOÓLICA. REINTEGRAÇÃO. Na diretriz da Súmula n.º 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-. Desse modo, sendo o alcoolismo crônico catalogado no Código Internacional de Doenças - CID da Organização Mundial de Saúde (OMS) como doença grave, e, ficando evidenciada nos autos a dispensa discriminatória, o Autor faz jus à reintegração postulada. Recurso de Revista conhecido e provido . (TST - RR: 1562320115020001 , Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 21/05/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/08/2014)

CONCLUSÃO

Conclui-se que a primeiro tipo de modalidade estável regulamentado fora a estabilidade decenal, prevista no artigo 492 da CLT, válida para o empregado que contasse com mais de dez anos de serviço para a empresa, que não poderia ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os servidores públicos aprovados mediante concurso público também passaram a gozar de estabilidade após três anos de serviço efetivo, sendo que os servidores que não tenham prestado concurso público, mas que estivessem em exercício há pelo menos cinco anos continuados também passaram a gozar de estabilidade.

A partir do advento da estabilidade, surgiram modalidades que com a estabilidade se pareciam, mas não se confundiam, pois tratavam-se de disposições transitórias decorrentes de situações especiais, que passaram a ser conhecidas como tipos de estabilidade provisória ou garantia de emprego. Estas não se confundem com a modalidade estável decenal pois a esta retrata uma situação permanente, porquanto a garantia de emprego retrata situação transitória em virtude de condição especial e provisória do empregado. Os principais tipos de estabilidade são a estabilidade decenal ou estabilidade por tempo de serviço e a estabilidade dos servidores públicos celetistas. Os principais tipos de garantia de emprego derivam da existência de acidente de trabalho ou doença ocupacional, do estado gravídico, da condição de dirigente sindical, membro da CIPA, empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas, representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, membros do conselho nacional da previdência social e membros do conselho curador do FGTS.

O tema chave do presente trabalho se trata da garantia de emprego do portador de doença estigmatizada. A partir do estudo das noções gerais da garantia de emprego conferida a tais trabalhadores, bem como sua regulamentação, se conclui que inexistente dispositivo legal efetivo a garantir o emprego dos portadores de doenças estigmatizadas. Todavia, a doutrina e

jurisprudência há algum tempo entendem por garantir a reintegração no caso de dispensa considerada abusiva ou até mesmo discriminatória, com base em princípios constitucionais e trabalhistas, como a dignidade da pessoa humana e o princípio da continuidade da relação de emprego.

Dessa forma, calcado em princípios trabalhistas e constitucionais, mesmo que ausente regulamentação específica acerca da situação, os Tribunais têm determinado a reintegração dos empregados ao trabalho quando portadores de doenças que causem estigma ou preconceito social, entendendo as mesmas como presumidamente discriminatórias, gerando diversas discussões calorosas acerca da validade de tal entendimento, pois confere verdadeira arbitrariedade ao julgador para avaliar o que pode ou não ser entendido como doença estigmatizada, bem como acerca da obrigação de que a empresa produza prova negativa.

O Tribunal Superior do Trabalho firmou seu entendimento no sentido de que a dispensa do empregado portador de doenças estigmatizadas considera-se presumidamente discriminatória, cabendo ao empregador comprovar a inexistência de discriminação quando da dispensa. Caso inexista comprovação da ausência de discriminação, ocorre a reintegração do empregado, nos termos da Súmula 443 do Tribunal em questão.

A partir da análise realizada, entende-se que tal garantia de emprego, no que pese a existência da sumula, carece de regulamentação, pois omissa em vários aspectos relevantes, citando-se à título exemplificativo, o período no qual seria garantido o emprego. Seria por tempo indefinido ou por analogia por doze meses, como a do empregado acidentado? A garantia contaria da dispensa tida como discriminatória ou do trânsito em julgado da decisão?

Dessa forma, entende-se ser necessário maior aprofundamento por parte da jurisprudência acerca de tal questão, a fim de se evitar insegurança jurídica nas relações laborais.

Por fim, as principais doenças consideradas estigmatizadas pela jurisprudência pátria tratam-se do HIV/AIDS, hanseníase e síndrome da dependência alcoólica. Todavia, considerando a ausência de limitação legal, cabe ao julgador analisar cada caso em questão.

Conclui-se que embora a legislação não garanta estabilidade ao empregado portador de doença estigmatizada, a doutrina e jurisprudência trataram de conferir tal direito, com base em princípios constitucionais, limitando o poder diretivo do empregador de resilir o contrato de trabalho em tais casos, devendo existir comprovação de motivação não discriminatória na dispensa do empregado portador de tais patologias. Muito embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha consolidado seu entendimento através da Súmula 443, existem diversas controvérsias acerca do tema, que exige melhor regulamentação jurídica, sob pena de ofensa as normas de direito processual vigentes no país.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7^a ed., São Paulo: LTr, 2011.

BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho – 9.^a ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal anotada. 1^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMINO, Carmen. Função social do contrato de trabalho. Artigo publicado em novembro de 2004 na revista DMT.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. A saúde do trabalhador como fator de discriminação no trabalho. Publicado na Revista Justiça do Trabalho 245, p. 43.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11^a ed., São Paulo: LTr, 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14^a ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MARGONAR, Regiane. O empregado portador do vírus HIV/AIDS. 1^a ed., São Paulo: LTr, 2006.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 25^a ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. 1ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. 3ª ed., São Paulo: LTR, 2000.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A súmula nº 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave. Artigo publicado na revista TST, Brasília, vol. 79, nº 3, jul/set 2013.

REIS JÚNIOR, Wagner Gusmão. Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho esquematizado. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

< <http://jus.com.br/artigos/34178/a-comissao-de-conciliacao-previa-ccp> > - Acesso em 15/10/2015.

< <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/orgaos-colegiados/conselho-nacional-de-previdencia-social-cnps/> > - Acesso em 17/10/2015.

< http://www.fgts.gov.br/quem_administra.asp > - Acesso em 16/10/2015.

< <http://www.sbd.org.br/doencas/hanseniose/> > - Acesso em 30/11/2015.

< <https://vivamaisunicamp.wordpress.com/2010/03/30/sindrome-da-dependencia-do-alcool/> > - Acesso em 30/11/2015.