



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**CAMPUS DE CAMPINA GRANDE-PB**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO**

**FLÁVIA GABRIELLA MUNIZ HONORATO**

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO PROTETOR COMO  
PILARES PARA A CRIAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO  
TRABALHO**

CAMPINA GRANDE – PB

2013

**FLÁVIA GABRIELLA MUNIZ HONORATO**

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO PROTETOR COMO  
PILARES PARA A CRIAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO  
TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação **Bacharelado em Direito** da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel/Licenciado em Direito.

Orientador (a): Francisco de Assis Barbosa Júnior

CAMPINA GRANDE – PB

2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

H774d Honorato, Flávia Gabriella Muniz.  
A dignidade da pessoa humana e o princípio protetor como pilares para a criação da súmula 443 do tribunal superior do trabalho [manuscrito] / Flávia Gabriella Muniz Honorato.– 2013.  
29 f.

Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.  
“Orientação: Prof. Me. Francisco de Assis Barbosa Júnior, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito trabalhista. 2. Dignidade humana. I. Título.

21. ed. CDD 344.01

FLÁVIA GABRIELLA MUNIZ HONORATO

**A Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio Protetor como pilares para a criação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação **Bacharelado em Direito** da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 29/08/2013.



Prof. Francisco de Assis Barbosa Júnior / UEPB  
Orientador



Prof. Jaime Clementino de Araújo / UEPB  
Examinadora



Prof. Cláudio Simão Lucena Neto / UEPB  
Examinador

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	03
<b>2 PRINCÍPIO PROTETOR NO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	04
2.1 Aplicação do Princípio <i>Favor Laboratis</i> no Processo do Trabalho.....	06
<b>3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	08
3.1 A Dignidade da Pessoa Humana nas Relações Trabalhistas.....	08
<b>4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO FAVOR LABORATIS NA CRIAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO</b> .....	10
4.1 Antecedentes e Fundamentação da Súmula 443 TST .....	11
<b>5 PONTOS POLÊMICOS DA SÚMULA 443 DO TST</b> .....	14
5.1 Ônus da Prova.....	14
5.1.1 Princípio <i>in dubio pro operario</i> .....	15
5.1.2 Inversão do ônus da prova.....	17
5.2 Possível Violação do Princípio da Legalidade.....	19
5.3 Presunção Relativa de Discriminação e Direito à Reintegração .....	20
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	23
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	25

## **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO PROTETOR COMO PILARES PARA A CRIAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

HONORATO, Flávia Gabriella Muniz<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Este artigo tem por objetivo tratar dos princípios basilares para a criação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que são: o princípio protetor do Direito do Trabalho e a dignidade da pessoa humana. Ademais, o princípio da não discriminação também é destacado na medida em que contribui para a preservação da isonomia material prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A mencionada Súmula dispõe que é considerada discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença considerada grave que suscite estigma ou preconceito, tendo o trabalhador direito à reintegração no emprego quando invalidado o ato da demissão. Não obstante as críticas a essa Súmula, como a possível violação ao princípio da legalidade e a inversão errônea do ônus da prova, o TST firmou o seu entendimento na consolidação de uma jurisprudência que zela pela igualdade social e por uma vida digna ao trabalhador. Neste sentido, a nova Súmula tem suporte principiológico que permite a sua aplicação no âmbito das relações trabalhistas. Para este processo, utilizou-se de levantamento bibliográfico, pesquisas em sites especializados no objeto deste estudo e, principalmente, jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade da pessoa humana. Princípio *favor laboratis*. Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho. Pontos polêmicos.

### **1 INTRODUÇÃO**

Conforme aduz Martins (2011), a finalidade do Direito do Trabalho é garantir melhores condições sociais e de trabalho ao empregado, possibilitando-lhe uma vida digna na sociedade. É um ramo jurídico que se destaca pelo protecionismo concedido ao trabalhador,

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito, pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: flaviagabih@hotmail.com.

considerado a parte hipossuficiente do vínculo laboral.

O presente trabalho tem o escopo de apresentar os fundamentos e precedentes para a edição da nova Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, que prevê como dispensa discriminatória a despedida de trabalhador portador do vírus HIV ou de qualquer outra doença que gere estigma ou preconceito, tendo ele direito à reintegração no emprego quando o ato de demissão considerado inválido. Desse modo, verifica-se que a jurisprudência trabalhista está preocupada cada vez mais em legalizar uma maior proteção ao trabalhador, bem como fomentar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, apresenta-se como um dos pilares da referida Súmula o princípio protetor do direito do trabalho e sua possível aplicação no processo trabalhista. Este princípio busca tutelar o empregado mediante a elaboração de regras protetivas que visam equilibrar as partes na relação trabalhista.

Em segundo lugar, há uma breve análise do princípio da dignidade da pessoa humana, que é visto como um princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro e um norte para limitar e abranger os direitos dos indivíduos, sendo base para a elaboração de grande parte das normas jurídicas que buscam assegurar a observância dos direitos fundamentais, como a questão da consolidação da Súmula 443 do TST.

Ressalta-se que também há o exame do mencionado princípio nas relações trabalhistas, uma vez que o empregado, assim como qualquer outro indivíduo, tem direito a uma existência digna, com a observância dos direitos da personalidade, principalmente da vida privada e o da não discriminação.

Por fim, o estudo visa analisar a problemática advinda com a Súmula 443 do TST, tendo em vista que alguns pontos são considerados divergentes. Dentre eles estão: a inversão do ônus da prova, a possível violação do princípio da legalidade, a presunção relativa de discriminação e o direito à reintegração do empregado.

## **2 PRINCÍPIO PROTETOR NO DIREITO DO TRABALHO**

Conforme Plá Rodrigues (1975 *apud* NASCIMENTO, 2011), bem como Sérgio Pintos Martins (2011, p.41), no Direito do Trabalho existe um princípio maior que é o protetor, cuja finalidade é a proteção jurídica do empregado, com o intuito de compensar a inferioridade do trabalhador no contrato de trabalho, que por sua posição jurídica é dependente e subordinado às ordens de serviço do empregador.

Nesse diapasão, tendo em vista a desigualdade dos sujeitos da relação trabalhista, o

Direito do Trabalho é um complexo de prerrogativas e privilégios concedidos ao empregado como maneira de equilibrar a mencionada relação.

Delgado (2010) afirma que o princípio *favor laboratis* estrutura o Direito Laboral, com as suas normas, institutos, princípios e presunções próprias, protegendo o empregado, parte hipossuficiente da relação trabalhista. "Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente" (DELGADO, 2010, p. 83).

Aduz Plá Rodrigues (1975 *apud* NASCIMENTO, 2011) que o princípio protetor subdivide-se em outros três princípios: o *in dubio pro operário*, a norma mais favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica para o empregado. O *in dubio pro operário* afirma que quando houver dúvida(s) na interpretação da norma jurídica do direito trabalhista em relação ao seu significado e extensão, o intérprete deve escolher, entre as interpretações legais admissíveis, a norma mais benéfica ao trabalhador, desde que não afronte a vontade do legislador.

Por sua vez, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador defende a hierarquia das normas, tendo em vista que caso exista duas ou mais normas aplicáveis à questão em concreto, deverá ser aplicada aquela que favoreça os interesses do trabalhador. Além disso, a preservação da condição mais benéfica para o trabalhador sustenta a aplicação no direito laboral do princípio do direito adquirido do direito comum, o qual deve assegurar as garantias trabalhistas concedidas ao empregado e afastar as modificações nocivas que possam prejudicá-lo.

Todavia, Delgado (2010), defende que o princípio protecionista não se desdobra apenas em três diferentes dimensões, mas também influencia e é base conceituadora de praticamente todos os princípios específicos do Direito do Trabalho, como o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, da indisponibilidade dos direitos laborais e o da inalterabilidade contratual lesiva, tendo em vista que a proteção do empregado atinge a razão de ser desse ramo jurídico.

Apesar de louvável, o princípio protetor que antes era absoluto, na atualidade passa a ser considerado relativo, de forma a ser excepcionado em determinadas situações pela razoabilidade.

Nascimento (2011) ressalva a posição crítica acerca do protecionismo de Bernardo da Gama Lobo Xavier, que afirma, em síntese, que o Direito do Trabalho não existe apenas para a proteção e defesa dos empregados, mas também se destina a alcançar o equilíbrio dos interesses legítimos e contrastantes dos empregadores e trabalhadores. "O Direito do Trabalho

atual está profundamente inspirado pelos interesses gerais, pois define afinal a expressão do fator trabalho no mundo político, na economia e na organização da empresa” (XAVIER, 2004 *apud* NASCIMENTO, 2011, p. 458).

Ressalta-se, nesse ponto, por fim, o princípio da compensação citado por Nascimento (2011, p.460) que se refere à necessidade de se equilibrar a relação entre os sujeitos do contrato de trabalho, tanto para o lado do trabalhador no que diz respeito à subordinação hierárquica que se encontra no contrato individual de trabalho, quanto para o empregador que recebe privilégios do direito laboral, bem como poderes de direção e organização da atividade trabalhista.

Portanto, o princípio *favor laboratis* é de grande importância para estabelecer a igualdade entre os sujeitos da relação trabalhista, empregador e empregado, não podendo, no entanto, extrapolar a barreira da razoabilidade na análise de cada caso concreto, uma vez que o mencionado princípio deve ser utilizada de forma justa e limitada.

## **2.1 Aplicação do Princípio *Favor Laboratis* no Processo do Trabalho**

De acordo com Saraiva (2009), o princípio protetor concede ao empregado uma preeminência jurídica que assegura meios eficazes para garantir os direitos básicos previstos na legislação trabalhista em vigor.

Malgrado o princípio *favor laboratis* ser aplicado no Direito do Trabalho, há controvérsias doutrinárias se este princípio também é aplicável no Direito Processual do Trabalho. Os doutrinadores que respondem sim, como os citados por Amauri Mascaro Nascimento em sua obra de processo do trabalho, Trueba Urbina e Radbruch<sup>2</sup>, afirmam que as normas materiais e processuais laborais são criadas para a proteção do trabalhador.

Neste sentido, conforme Sérgio Pinto Martins:

[...] assim como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental. Esse princípio é de âmbito internacional, não vigorando apenas no Brasil, mas em outros países. (MARTINS, 2011, p.41).

Contudo, Giovane Tesorier (1994 *apud* NASCIMENTO, 2011), afirma que o princípio protecionista é fundamentalmente do direito material, não sendo aplicado no

---

<sup>2</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 2012, p.133.

processo do trabalho, tendo em vista que a relação processual não permite ao magistrado se destinar para uma das partes.

Apesar das divergências, prevalece o entendimento de que o princípio protecionista além de ser cabível no direito do trabalho, também é aplicável no processo trabalhista. No entanto, segundo Elói (2011), é importante não inferir, a partir desta informação, que o processo seja um instrumento da jurisdição laboral, no qual o juiz deve sempre se inclinar para o trabalhador, mas sim é a garantia de defesa de ambos os sujeitos da relação trabalhista perante as prováveis distorções do direito trabalho e a arbitrariedades.

Dessa maneira, o princípio protecionista não deve ser utilizado essencialmente para favorecer o trabalhador, mas sim para o bem comum.

Há diversos julgados que evidenciam a aplicação do princípio protetor no processo trabalhista. Vejamos alguns exemplos:

ACIDENTE DE TRABALHO – DESPEDIDA NO PERÍODO DA ESTABILIDADE - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DA SOLIDARIEDADE - INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. [...] A este incumbe, ao menos, manter o trabalhador em seu posto, como forma de aliviar o sofrimento causado, além de impedir que uma possível sequela, por menor que seja, dificulte a obtenção de novo emprego. Esta posição se fortalece diante **do princípio da proteção, que ampara o Direito do Trabalho e do princípio da solidariedade que decorre do art.3º I, da Constituição Federal, que implica, sempre, a consideração e o respeito com o outro, que na hipótese, é o trabalhador hipossuficiente.** Recurso ordinário da ré a que se nega provimento para manter o pagamento da indenização substitutiva (TRT-9- PR 16131-2008-3-9-0-4, 2ª Turma, Relatora Ministra Marlebe T. Fuverki Suheimatsu. Data de publicação: 12/11/2010) (sem grifos no original).

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. VALIDADE DE CLÁUSULA COLETIVA. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. A Teoria do Conglobamento, defensora da validade dos instrumentos contratuais, individuais ou coletivos, numa análise conjunta de todos os dispositivos, e não setorialmente, o que permite ao aplicador, diante de uma norma coletiva, por exemplo, numa análise sistêmica, dê validade a determinadas cláusulas, aparentemente prejudiciais, em prol de outras mais benéficas, atribuindo-se, assim, validade conjunta ao instrumento normativo (TRT-6- RO 33792010506 , 3ª Turma, Relatora Ministra Maria Clara Saboya A. Bernardino, Data de publicação: 15/12/2010).

A título de ilustração algumas normas evidenciam a utilização do princípio protecionista no direito laboral, como, por exemplo, o benefício ao trabalhador da isenção do pagamento de custas processuais e o artigo 844 da CLT que prevê o arquivamento do processo quando o empregado não se apresenta à audiência, sendo permitida novamente a propositura da mesma ação, enquanto o não comparecimento do empregador gera sua revelia e confissão fática.

Destarte, evidencia-se a aplicação do princípio protetor não apenas no direito material do trabalho, mas também no processo trabalhista, como modo de garantir o respeito aos

direitos mínimos do trabalhador.

### 3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme aduz Pérez Luño, citado por Bulos<sup>3</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana tem três dimensões interpretativas: 1) dimensão de sustentáculo do ordenamento jurídico: é este princípio que fundamenta e informa todo o sistema jurídico-positivo; 2) dimensão de orientação: o mencionado princípio predetermina metas a serem seguidas e veda à procura de outros fins que não sejam estabelecidos no arcabouço jurídico brasileiro; 3) dimensão de parâmetro: é utilizado como critério para apreciar a legitimidade das leis.

O princípio da dignidade da pessoa humana funciona como um padrão a ser seguido pelas regras jurídicas, devendo ser observado não apenas no âmbito constitucional, mas em todo o ordenamento jurídico. Assim, os demais princípios como o da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa (arts. 5º, II e 37 da CRFB/88, respectivamente) são orientados e interpretados à luz da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Bulos informa que "a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988" (BULOS, 2011, p. 502).

O art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo considerado, conforme Cunha Jr. (2012, p.13), o *valor constitucional supremo*, que direciona a criação, interpretação e aplicação de toda a ordem constitucional, sobremaneira, o conjunto de direitos fundamentais.

Desse modo, o ordenamento jurídico deve ter como intuito primordial a valorização do ser humano, sendo este o parâmetro e alicerce do domínio político brasileiro.

Entretanto, apesar da dignidade da pessoa humana ser fundamento constitucional, o ordenamento pátrio carece de formas que possam efetivá-la, gerando, pois, insegurança jurídica em relação a correta forma de aplicar o mencionado princípio nos casos concretos, em especial, no direito trabalhista.

#### 3.1 A Dignidade da Pessoa Humana nas Relações Trabalhistas

Como já visto, esse princípio é considerado um valor supremo no ordenamento

---

<sup>3</sup> BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*, 2011, p. 502).

jurídico, sendo causa primária para outros princípios e orientador das regras jurídicas. É cediço que todo ser humano tem direito a uma existência digna. Todavia, o que é a dignidade da pessoa humana?

Atualmente, a dignidade da pessoa humana relaciona-se com a moral e a ética, que são valores irrenunciáveis e inatos dos indivíduos. A concepção original da dignidade da pessoa humana é atribuída à Kant (2004), que é considerado o primeiro teórico a defender a impossibilidade de se atribuir ao ser humano um preço, ou seja, de quantificá-lo, afirmando que o homem é um fim em si mesmo e, por isso, não deve ser tratado como objeto.

No entanto, o pensamento kantiano deve ser interpretado no momento presente com reservas, uma vez que a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser restrita à liberdade racional de cada indivíduo isoladamente, conforme afirmava Kant, mas deve ser apreciado de modo coletivo, na busca do bem comum.

O Direito do Trabalho, assim como os outros ramos jurídicos, prevê várias situações que necessitam de regulamentação específica. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado para suprir as lacunas da lei e proteger o empregado nessas situações, assegurando-lhe condições dignas de trabalho.

Nesse diapasão, conforme Nascimento (2011), as leis infraconstitucionais deveriam explicitar as áreas de atuação do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, no direito do trabalho, essas áreas devem ser a "dos direitos da personalidade e da tutela contra danos morais, da proibição do trabalho da criança e da proteção do trabalho precário adolescente e do trabalhador rural, e da proibição da discriminação". (NASCIMENTO, 2011, p. 463)

Com efeito, os direitos de personalidade dos sujeitos da relação trabalhista (empregado e empregador) devem ser reciprocamente respeitados. Assim, é necessário assegurar a observância do disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Neste contexto, em decorrência do direito à reserva da intimidade da vida privada, não é permitido o acesso e a publicidade de informações que digam respeito à privacidade das partes, em especial os aspectos da família, da vida afetiva e sexual, à saúde e às crenças

políticas e religiosas, desde que não sejam necessárias ao exercício da atividade laboral.

É inadmissível, dessa forma, que o empregador requeira do pretendente ao emprego ou do próprio trabalhador, que informem acerca da sua vida privada. O que apenas pode ser requisitado são esclarecimentos que correspondam à capacidade laborativa do empregado.

Ressalta-se novamente que é assegurado tanto ao trabalhador quanto ao empregador o direito à preservação da vida privada, bem como à integridade física e moral. Considera-se, pois, proibido o exercício de qualquer ato discriminatório em relação à idade, sexo, estado civil, situação familiar, herança genética, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Contudo, aduz Nascimento (2011) que não constitui discriminação a conduta baseada em um dos mencionados aspectos, desde que, em razão da natureza das atividades profissionais ou da circunstância da sua execução, esse aspecto constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana também deve ser observada nas relações trabalhistas, pois assim como todo indivíduo o trabalhador deve ter seus direitos respeitados, principalmente os que estão dispostos no artigo 7º da CRFB/88, como, por exemplo, o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (inciso I do mencionado artigo).

#### **4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO *FAVOR LABORATIS* NA CRIAÇÃO NA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

Diante da análise do princípio protetor e do princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se que o Direito do Trabalho se inclina para conceder ao empregado um amparo cada vez maior nas relações trabalhistas. É cediço que o trabalhador é a parte hipossuficiente dessa relação, sendo, portanto, necessária a criação de normas jurídicas que ratifiquem esse entendimento, bem como atribuam a este a possibilidade de lutar igualmente com o empregador pelos seus direitos.

Nesse diapasão, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou a observância do princípio *favor laboratis* e da dignidade da pessoa humana na criação da Súmula 443. Após inúmeros julgados no sentido de proteger o portador do vírus HIV ou de outra doença grave

contra a dispensa discriminatória, a Resolução nº 185/2012 do Tribunal Superior do Trabalho consolidou a seguinte súmula:

SÚMULA-443. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

#### **4.1 Antecedentes e Fundamentação da Súmula 443 do TST**

Em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, a evolução da sociedade ensejou a criação de outras leis, jurisprudência e súmulas que têm o escopo de consagrar o mencionado fundamento constitucional.

Neste contexto, depois de diversos julgados que deliberaram a favor do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença considerada grave ensejadora de estigma ou preconceito, surgiu a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que visa o respeito à dignidade da pessoa humana e a proibição à discriminação para esses trabalhadores que não são tratados de forma igualitária pela sociedade, em razão da sua doença. Destaca-se que a nova Súmula foi examinada a partir de uma proposta de iniciativa do Ministro Maurício Godinho Delgado.

A edição da referida Súmula encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, além de buscar alicerces nas Convenções e Recomendações elaboradas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Com efeito, a Súmula 443 do TST baseia-se no art. 1º, III e IV, da CRFB/88, que preveem respectivamente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, no art. 3º, IV, da Carta Magna, que dispõe como um dos objetivos da República do Brasil a promoção do bem comum, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, bem como nos artigos 5º, *caput* e 7º também da CRFB/88, que revelam o princípio da isonomia.

Ademais, a Convenção nº 111 da OIT que aborda o tema da discriminação em matéria de emprego e ocupação e a Convenção nº 117 da OIT intitulada "Objetivos e Normas Básicas da Política Social", aplicável ao assunto em questão à medida que estabelece como objetivo a

extinção de qualquer discriminação contra os empregados, também são pilares que sustentam a mencionada Súmula.

Outrossim, conforme a jurisprudência trabalhista, apesar da ausência de regulamentação específica que garanta a estabilidade dos trabalhadores portadores do vírus HIV ou de doenças consideradas graves, não há empecilho para que o intérprete procure outras fontes jurídicas que assegurem ao empregado o seu direito de trabalhar. Desse modo, a analogia pode ser utilizada nos casos concretos para suprir as lacunas da lei, segundo dispõe os artigos 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 8º da CLT. Senão vejamos:

Art. 4º da LINDB - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 8º da CLT - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia [...].

Neste sentido, de forma análoga, o intérprete pode utilizar a Lei nº 9029/1995, que prevê a vedação de exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, na falta de regulamentação legal que disponha acerca da estabilidade dos portadores do vírus HIV ou doenças graves que geram preconceito.

Destaca-se o art. 1º da Lei nº 9029/1995, que assim dispõe: “Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, [...]”. O rol desse artigo não pode ser considerado taxativo, sendo admissível a integração pelo intérprete, ao se deparar com novas formas de discriminação.

Além disso, a Súmula está em conformidade com o disposto na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, que ratifica o comprometimento dos países em extinguir a discriminação em relação ao âmbito trabalhista.

Ressalta-se, por fim, a Recomendação nº 200 da OIT. Segundo Ariosi (2004), as Recomendações são direcionamentos da OIT de como os países devem regular seu Direito Laboral, diferenciam-se das Convenções, pois não são obrigadas a serem convertidas em regras internas. A Recomendação nº 200 sobre o HIV e a AIDS e o mundo do trabalho, aprovada em 17 de junho de 2010, proíbe qualquer discriminação aos empregados portadores

do vírus HIV ou com AIDS.

No artigo 3º, c, da citada Recomendação, os Países Membros têm a obrigação de garantir que esses trabalhadores não sejam discriminados em razão da doença. Na sequência, nos artigos 10 e 11, os Estados pertencentes à OIT não podem utilizar a condição de saúde dos seus trabalhadores para impedi-los de laborar ou de permanecerem em determinado emprego, assim como devem estimular a conservação no trabalho e a contratação de pessoas portadores do HIV.

Nesse diapasão, há vários julgados do Tribunal Superior do Trabalho - TST que corroboraram para a elaboração da Súmula 443. A título de ilustração, vejamos alguns precedentes desta Corte:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. 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. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (**artigo 3º, inciso IV**), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (**artigo 1º, inciso III**), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos **artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal** não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. [...] (TST-E-RR-439.041/98.5, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ - 23/05/2003) (sem grifos no original).

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. 1. O sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como **direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional.** (...) 5. Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o **art. 196 da Carta Magna**, que consagra a saúde como "direito de todos e dever do Estado", impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. 6. Nesse quadro, e à luz do **art. 8º, caput, da CLT**, justifica-se hermenêutica ampliativa da **Lei 9.029/95**, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. [...] 8. A edição da Lei 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embaixadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as **Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT.** [...] (TST-RR-105500-32.2008.5.04.0101, 3ª Turma, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de publicação: 05/08/2011) (sem grifos no original).

O Ministro João Oreste Dalazen, presidente do TST, analisou que a edição dessa nova Súmula ocorreu mediante a jurisprudência pacificada do referido Tribunal que indica haver presunção de ato discriminatório na dispensa de trabalhador vitimado por vírus HIV ou outra

doença grave.

Segundo aduz Dalazen (2012):

A nova Súmula regula a jurisprudência do TST às preocupações mundiais em se erradicar práticas discriminatórias existentes nas relações de trabalho. Nessa perspectiva, assinala que é papel do poder judiciário dar amparo ao empregado acometido de doença.

Desse modo, o Ministro eleva sobremaneira a importância que a referida súmula tem para o crescimento do ordenamento jurídico, na medida em que combate a discriminação, assegura a proteção do trabalhador hipossuficiente e ratifica a dignidade da pessoa humana como princípio orientador das normas jurídicas.

## 5 PONTOS POLÊMICOS DA SÚMULA 443 DO TST

Não obstante a louvável evolução jurisprudencial na criação da Súmula 443 do TST, fundamentada basicamente nos princípios da dignidade da pessoa humana, protetor e o da não discriminação, esta recebeu alguns críticas em determinados pontos, tendo em vista que a exacerbada proteção ao trabalhador muitas vezes é realizada de forma desordenada e sem dimensão das injustiças que podem ser causadas, principalmente, para o empregador.

A seguir serão analisados os principais pontos polêmicos da referida Súmula.

### 5.1 Ônus da Prova

Conforme Martins (2011, p. 315), “*provar é convencer o juiz sobre os fatos da causa*”. A prova é um instrumento processual que as partes têm para apresentarem as suas versões de verdades acerca dos fatos da lide. Assim como no Direito Processual Civil, no Direito Processual do Trabalho o ônus da prova é atribuído à parte que expôs a alegação ou as alegações. Os artigos 333 do CPC e 818 da CLT dispõem sobre o ônus da prova, *in verbis*:

Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 818 da CLT - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

A doutrina majoritária sustenta, nos termos do artigo 769 da CLT, a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC ao processo trabalhista, tendo em vista a carência do conceito

de ônus da prova previsto no art. 818 da CLT. Desse modo, verifica-se que o reclamante - o autor - tem o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, enquanto o reclamado - réu -, quando não negar os fatos constitutivos do direito do autor na sua contestação, tem o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, que pressupõem a admissão da veracidade dos fatos alegados pelo reclamante.

Neste sentido, Nascimento (2011) complementa que a parte que tem a responsabilidade de apresentar e fundamentar a prova e mesmo assim não a produz corretamente, o resultado é a falta de apreciação e conhecimento pelo órgão de jurisdição da existência do fato que a prova se reservara a constatar.

Atenta-se que Sérgio Pinto Martins (2011) afirma que o ônus da prova tem dois aspectos a serem verificados: subjetivo e objetivo. O *onus probandi* subjetivo aprecia quem entre os sujeitos processuais deve realizar a prova. Enquanto, o objetivo relaciona-se com o órgão jurisdicional, que observará a prova dos autos, independente de qual parte tem a obrigação de provar determinado fato.

Verifica-se, portanto, que o ônus de quem deve provar é bem definido na legislação processual vigente, apenas podendo ser excepcionado nos casos em que a inversão do *onus probandi* assegure a exposição da verdade dos fatos pela parte que tem maior capacidade para prová-los.

### **5.1.1 Princípio *in dubio pro operario***

Antes de adentrarmos especificamente no tema da inversão do ônus da prova previsto na Súmula 443 do TST, é necessária a apresentação de alguns aspectos do princípio *in dubio pro operario*, que consagra no Direito do Trabalho, a interpretação da regra jurídica mais benéfica para o empregado quando houver dúvidas acerca de qual será aplicada ao caso concreto.

Delgado (2010), aborda dois aspectos do princípio *in dubio pro operario*, derivado do *in dubio pro misero*, o material e o processual. A dimensão material, como já mencionada, aborda a interpretação mais favorável ao trabalhador. Enquanto o aspecto processual, criticado pelo autor, afirma que os fatos e provas trazidos pelo empregado são aferidos e valorados por uma ótica mais benéfica pelo intérprete.

Isso quer dizer que a decisão do magistrado, em caso de dúvida acerca dos fatos e provas do processo, deveria se inclinar em favor do trabalhador, tendo em vista a maior

dificuldade que este tem de comprovar suas alegações no processo. Desse modo, o ônus da prova independente de quem fosse seria sempre analisado sob uma percepção mais favorável ao empregado.

No entanto, o referido doutrinador (2010) alega que essa concepção processual do *in dubio pro operario* surgiu na fase rudimentar do Direito do Trabalho. Atualmente, a teoria do ônus da prova firmada no Processo do Trabalho e o extenso conjunto de presunções que caracteriza esse ramo do Direito já fundamentam o desequilíbrio do ônus probatório em benefício do trabalhador, possibilitando a visualização mais eficaz da verdade real no processo.

Nesse diapasão, “havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova tópico duvidoso, e não segundo a diretriz do *in dubio pro operario*” (DELGADO, 2010, p. 197). Assim, a antiga concepção processual desse princípio foi superada, não sendo, pois, estendido o desequilíbrio compensatório material ao magistrado, que deve cumprir a sua função jurisdicional com imparcialidade.

Conforme Martins (2012, p. 69), o princípio do *in dubio pro operario* não se aplica integralmente ao direito processual trabalhista, uma vez que existindo dúvida, à primeira vista, não se poderia deliberar a favor do trabalhador, mas sim constatar na situação em epígrafe quem tem o ônus da prova, nos termos das previsões contidas nos artigos 333, do CPC, e 818 da CLT.

Não é pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência a questão da distribuição do ônus da prova no processo. Isso acontece, pois algumas vezes a igualitária divisão do *onus probandi* não alcança o atendimento das reais necessidades do processo do trabalho, uma vez que há o desequilíbrio entre os sujeitos da relação trabalhista, tendo o empregador condições maiores e melhores de provar suas alegações do que o empregado.

Aduz Nascimento (2011, p. 623), que a distribuição do ônus da prova, outras vezes, ocasiona agradável situação para o empregador, que acaba se acomodando na simples negação dos fatos trazidos no processo pelo trabalhador, tendo este a difícil tarefa de prová-los.

Em consequência das situações expostas, a jurisprudência propende a defender a redistribuição do ônus da prova no processo trabalhista, com o estabelecimento de maiores obrigações para o empregador.

### 5.1.2 Inversão do ônus da prova

A distribuição clássica do ônus da prova tem sua regra prevista nos artigos 333 do CPC e 818 da CLT. Contudo, algumas vezes essas normas podem causar injustiças. Desse modo, é necessário inverter o ônus da prova na busca da verdade real dos fatos, além de permitir que as provas sejam apresentadas pela parte que tenha condições para isto.

Todavia, conforme a doutrina e a jurisprudência majoritárias, essa teoria do *onus probandi* encontra-se ultrapassada. Atualmente, vem ganhando força no cenário jurídico o **princípio da aptidão para a prova**, que transfere a obrigação de provar à parte que possui a prova ou tem o seu acesso, sendo essa inacessível à contraparte. Portanto, o ônus da prova será atribuído àquele sujeito processual que for capaz de produzi-la judicialmente.

Com efeito, a teoria da aptidão da prova foi transferida para o processo trabalhista, sendo designada de inversão do ônus da prova. Esta já se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro, de forma implícita ou expressa, nos termos do art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

É importante salientar que esse princípio fundamenta-se na adequada distribuição do ônus da prova, bem como no princípio da isonomia, “restando a cada parte aquilo que lhe está mais facilmente ao seu alcance ou sob sua posse, quanto às fontes de prova” (BOUCINHAS FILHO, 2007, p.1).

Ademais, a inversão do ônus da prova encontra sustento também no princípio da proteção à parte hipossuficiente da relação jurídica de trabalho, que é o empregado. Destarte, o reposicionamento do *onus probandi* objetiva equilibrar igualmente os sujeitos da relação trabalhista, sendo considerável que mediante o princípio da aptidão das provas, o empregador tem maiores e melhores condições de exibir as provas fundamentais para a resolução da lide. Isso acontece no caso da Súmula 443 do TST.

Rodrigues (2013 *apud* MARGONAR 2006, p. 177) afirma que em razão dos princípios do acesso à justiça, da primazia da realidade e da razoabilidade e objetivando-se a verdade real no processo, as situações que preveem indícios de discriminação exigem do empregador a demonstração de causas concretas, válidas e hábeis que fundamentam a dispensa do trabalhador.

Nessa perspectiva, a inversão do ônus da prova na Súmula 443 do TST tem fundamento na dificuldade do empregado em provar discriminação que sofreu, uma vez que, conforme Margonar (2006, p.178), o ato discriminatório geralmente ocorre de forma

privada, em ambiente reservado, onde estavam presentes apenas o agressor e a vítima.

Contudo, segundo aduz Buchmuller e Novaes (2012), é necessária à ponderação de alguns princípios para que seja possível a ocorrência da inversão do ônus da prova. São eles: a) princípio da aptidão para a prova; b) princípio *in dubio pro operario*; c) princípio da pré-constituição da prova.

Os dois primeiros princípios já foram explicados ao longo desse capítulo. Por sua vez, nos termos das supracitadas autoras, o princípio da pré-constituição da prova defende a verificação das formalidades previstas em lei no que diz respeito à materialização de determinado ato.

Conceitua-se prova pré-constituída como aquela que se encontra, antes mesmo de existir uma lide, no poder da parte com o encargo de respeitar certa formalidade, razão pela qual é obrigação dessa parte produzir a respectiva prova. Desse modo, imputa-se à parte que deveria apresentar a prova pré-constituída o *ônus probandi*.

Um exemplo de inversão do ônus da prova é a Súmula 338 do TST. Senão vejamos:

SÚMULA-338. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n. 234 e 306 da SDI-1).

I- É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados, o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula 338 – Res. 121, *DJ* 21-11-2003)

II- A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ 234 – inserida em 20-6-2001)

III- Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e de saída uniformes são inválidos como meios de prova, **invertendo-se o ônus da prova**, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir (ex-OJ 306 – *DJ* 11-8-2003) (sem grifos no original)

Nessa perspectiva, o Tribunal Superior do Trabalho admite a inversão do ônus da prova, uma vez que o empregador tem melhores condições de produzir a prova, pois, no caso da Súmula 338, ele a detém.

A inversão probatória no processo do trabalho não tem natureza absoluta, mas Nascimento (2011, p. 625) ensina que ela prevalece desde que seja hipótese disposta em lei.

É neste sentido, que a Súmula 443 do TST é criticada, em virtude da inversão do *onus probandi* não ser pautada em lei. Conforme Lopes (2013), a mencionada Súmula inverte o ônus da prova de maneira genérica nos casos em que o pedido abarcar reintegração do trabalhador portador do vírus HIV ou de outra doença grave que cause estigma ou

preconceito. No entanto, a autora alega que não se trata de situação legal que autoriza essa inversão, nem muito menos se amolda ao princípio da aptidão para a prova.

Além do mais o empregador encontra grande dificuldade em provar a ausência de discriminação na demissão de trabalhador portador do vírus HIV, tendo em vista que é proibido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos do art. 2º da Portaria nº 1246/2010, exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação desemprego, a testagem do empregado quanto ao HIV.

Verificam-se julgados que foram decididos no sentido do ônus da prova ser de obrigação do empregado, em virtude da presunção relativa da veracidade das alegações feitas pelo trabalhador. Vejamos um julgado:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, entende que há uma presunção da dispensa discriminatória do trabalhador, sendo **ônus da Reclamada demonstrar que o ato teve outra causa como fundamento**. (...). (TST-RR-9951200-06.2006.5.09.0025,4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Data da Publicação: 19/03/2010) (sem destaques no original).

Não obstante a referida crítica é admissível a inversão do ônus da prova ou mesmo a adequação do princípio da aptidão para a prova no caso da Súmula 443 do TST, em razão do empregador ter melhores condições de provar que não houve a discriminação na despedida do trabalhador, tendo em vista que o patrono detém o acesso as provas que possam justificar os motivos dessa dispensa.

## 5.2 Possível Violação do Princípio da Legalidade

O artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988 assegura aos trabalhadores a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme lei complementar, que disporá acerca da indenização compensatória, dentre outros direitos.

No entanto, até hoje não há no arcabouço jurídico nenhuma lei complementar que garanta estabilidade ao empregado portador de vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito. Para que estes trabalhadores não fiquem a mercê da edição de uma lei, devendo ter seus direitos garantidos, de forma imediata, o Judiciário mediante interpretação conforme a Carta Magna, no uso de analogia, jurisprudência, princípios gerais

de Direito, editou a Súmula 443 do TST.

Neste ponto, a referida Súmula 443 do TST também é criticada, uma vez que alguns juristas, como Maria Carla B. V. Lopes (2012), afirmam que o seu texto viola o princípio da legalidade, pois fixa hipótese de estabilidade trabalhista sem previsão legal, que confere ao empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave direito à reintegração quando despedido.

O princípio da legalidade está expressamente previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário utilizou a edição da mencionada Súmula para suscitar estabilidade não prevista em lei, ou seja, legislou sem ter esse direito, infringindo a tripartição dos Poderes.

Todavia, ressalta-se que o princípio da legalidade não foi violado, tendo em vista que a Súmula 443 do TST é fundamentada em diversos dispositivos legais, como os artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, caput e XLI, 6º, 7º, I e XXX, 170, caput, 193 e 196 da Constituição Federal de 1988 e as Convenções 111 e 117 da OIT, conforme já visto mais acima.

Ademais, há vários julgados do Tribunal Superior do Trabalho que ratificam o entendimento de que a mencionada Súmula não infringiu o princípio da legalidade. Senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – EMPREGADO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE – RISCO DE MORTE SÚBITA – REINTEGRAÇÃO. Muito embora não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face da dispensa arbitrária e discriminatória devido a ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, **não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal** (TST-RR- 18900-65.2003.5.15.0072, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data da publicação: 06/08/2010) (sem grifos no original).

### 5.3 Presunção Relativa de Discriminação e Direito à Reintegração

Conforme Martins (2011, p. 354), presume-se que a despedida é sempre imotivada, sendo cabível a prova de dispensa fundamentada ao empregador. Desse modo, quando este

realiza a despedida do trabalhador é necessário que demonstre o(s) motivo(s).

A Súmula 443 do TST prevê a hipótese de presunção relativa de discriminação por parte do empregador na dispensa de empregado portador de vírus HIV ou de doença grave que gere estigma ou preconceito. Há a presunção de que o patrono que tem conhecimento da soropositividade do trabalhador ou de outra debilidade praticou ato discriminatório, devendo aquele provar que a despedida foi por justa causa ou outra razão que não suponha discriminação, como uma justificativa disciplinar pautada no art. 482 da CLT, técnica, econômica ou financeira.

Ressalta-se que a presunção de discriminação está condicionada à ciência do empregador em relação à doença do empregado, uma vez que na situação de total ignorância pelo patrono, a despedida do trabalhador é considerada legal.

É cediço que a presunção relativa comporta prova em contrário, o que não ocorre com a presunção absoluta que não dá margem a nenhuma alegação que possa modificá-la ou contrariá-la.

Quem critica essa presunção relativa alega que ela viola o direito à ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da CRFB/88, pois já há a suposição de que houve a discriminação na hipótese, apenas sendo contrariada se o empregador produzir prova negativa, o que muitas vezes é bem difícil. Nesse ponto, é que há maior valorização do princípio da aptidão para a prova, tendo em vista que a inversão do ônus pode causar a injustiça.

Todavia, na análise do princípio protetor do direito do trabalho verifica-se que o âmbito trabalhista é composto por várias normas protetivas que beneficiam o empregado, por ser considerado a parte hipossuficiente da relação laboral. É importante, por isso, a instituição de algumas presunções que objetivam compensar o desequilíbrio entre os sujeitos da referida relação: empregado e empregador.

Nesse sentido é o esclarecimento do Tribunal Superior do Trabalho:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se **presume discriminatória** a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita. (...) (TST-RR-61600-92.2005.5.04.0201, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Data da publicação: 22/06/2011) (sem grifos no original).

Nesta perspectiva, a Súmula 443 do TST é um retrato da realidade protetiva no cenário trabalhista. É claro que as presunções não devem ser estabelecidas de forma aleatória e sem

fundamentação, pois tudo que é ilimitado acaba prejudicando o direito do outro indivíduo. Assim, deve ser concedida regularmente ao empregador a possibilidade judicial de exhibir prova que contrarie a presunção relativa de discriminação na despedida do trabalhador soropositivo ou portador de outra doença grave, i.e., a ampla defesa.

Ademais, a referida Súmula também dispõe que o empregado dispensado por ato discriminatório tem direito à reintegração. A reintegração trabalhista configura-se como um restabelecimento do vínculo empregatício, que foi retirado do trabalhador por ato abusivo do empregador.

Neste sentido, esse direito inclui o pagamento pelo empregador de todos os salários devidos entre a despedida e a reintegração, com correção monetária, bem como o recolhimento de todos os tributos decorrentes deste pagamento, como INSS, FGTS e imposto de renda. Além da concessão de eventual reajuste salarial que tenha acontecido neste período e o cômputo do tempo de serviço para fins trabalhistas e previdenciários, não obstante o afastamento temporário do empregado.

É importante salientar que pela lei o empregador ou a empresa não necessitam de motivos para demitir o trabalhador, uma vez que é garantido ao patrono o direito potestativo de dispensa injustificada, nos termos do art. 2º da CLT e do art. 7º, I, da CRFB/88. Contudo, conforme afirma a Ministra do TST Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, o poder diretivo do empregador não é absoluto, sendo restringido, dentre outros, pelo princípio constitucional da não discriminação.

Nesse diapasão, é importante salientar o pensamento de Margonar (2006, p. 161) que afirma a reintegração como um direito encontrado para assegurar os princípios constitucionais fundamentais, sobremaneira o da dignidade da pessoa humana e o da não discriminação, e os princípios do Direito do Trabalho, em destaque o princípio da continuidade da relação de emprego. Desse modo, tendo por base esses princípios, nada impede que outros casos possam ensejar a reintegração do trabalhador, como é o caso da Súmula 443 do TST.

A mencionada autora ensina também que são oferecidas duas opções ao empregado despedido por ato discriminatório: 1) reintegração; ou 2) reparação civil. Destaca que a indenização apenas deve ser recebida pelo trabalhador em situações excepcionais, quando a relação entre os sujeitos trabalhistas seja insuportável ou até mesmo quando a prestação do pelo empregado não seja mais possível.

Lopes (2013) afirma que a Súmula 443 do TST dispõe que com a invalidação da dispensa, há a conseqüente reintegração do trabalhador, com todos os direitos, sendo exigido do empregador o pagamento dos salários correspondentes ao período entre a dispensa e a

reintegração. Destaca-se que apesar do afastamento do empregado, esse tempo é computado para todos os efeitos legais, pois é considerado tempo de serviço.

Portanto, quando o ato de dispensa do empregado é discriminatório, o direito à reintegração deve ser observado, não podendo o empregador ao seu arbítrio desconsiderar essa garantia com base no seu direito potestativo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, vislumbra-se que os princípios da proteção ao trabalhador, da dignidade da pessoa humana e o da não discriminação são os sustentáculos da nova Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho. Os julgados que precederam a edição da mencionada Súmula demonstram que a jurisprudência busca cada vez mais garantir os direitos fundamentais dos indivíduos principalmente dos empregados, que são considerados parte hipossuficiente na relação trabalhista.

Infere-se que não obstante as divergências doutrinárias, o princípio protetor do direito do trabalho também se aplica ao processo trabalhista, uma vez que a maioria doutrinária e jurisprudencial entende que o Direito do Trabalho foi criado para a proteção do empregado; sem esse *favor laboratis* não teria sentido esse ramo do direito existir, conforme aduz Delgado (2010).

De fato, o protecionismo domina o vínculo laboral. No entanto, a aplicação desse princípio no processo do trabalho, nos termos de Martins (2011, p.41), deve ser analisada sob o aspecto do direito instrumental, tendo em vista que o intérprete judiciário deve conservar a imparcialidade, não podendo se inclinar para alguma das partes, muito menos para o trabalhador.

Apesar da grande evolução jurisprudencial na edição da Súmula 443 do TST, alguns críticos receiam que a proteção ao empregado transcenda o razoável, podendo muitas vezes ser utilizada como forma de burlar a lei e os princípios do ordenamento jurídico.

Neste sentido, surgiram alguns pontos polêmicos em relação à criação da Súmula em estudo, como a inversão do ônus da prova, a possível violação do princípio da legalidade, a presunção relativa de discriminação e o direito à reintegração do empregado.

A inversão do ônus da prova é característica de um ordenamento que prioriza a verdade real dos fatos; consiste na transferência da obrigação legal de apresentar a prova daquele que não tem capacidade para produzi-la, pois, muitas vezes não a possui ou não tem

seu acesso, para aquele que é hábil para demonstrá-la. Desse modo, na busca de solucionar a lide, o arcabouço jurídico brasileiro possibilita inverter o *onus probandi* para a parte que embora não alegou o fato tenha que prová-lo.

Nesse diapasão, surge a crítica contra essa suposta inversão na Súmula 443 do TST, tendo em vista que pela regra processual, nos termos dos artigos 333 do CPC e 818 da CLT, ambas as partes têm capacidade para produzir suas provas.

Com efeito, a maioria da doutrina e da jurisprudência considera que a teoria da inversão do ônus da prova encontra-se superada, vigorando continuamente o **princípio da aptidão para a prova**, ou seja, a obrigação de provar é transferida à parte que possui a prova ou tem como acessá-la, o que prioriza ainda mais o princípio da igualdade processual.

Por sua vez, também há polêmica se a edição da nova Súmula viola o princípio da legalidade, expresso no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, em razão do surgimento de uma possível estabilidade sem previsão legal. Todavia, verificam-se, como já visto, que existem diversos artigos constitucionais, Convenções da OIT e precedentes de julgados que embasam a sua criação.

No que diz respeito à presunção relativa de discriminação, a análise crítica é que seria arbitrário firmar presunção sem a edição de uma lei. No entanto, é importante salientar que essa presunção é passível de prova em contrário, podendo o empregador demonstrar que demitiu o empregado por justa causa, o que não gera a discriminação. Assim, entende-se que a presunção existe desde que o empregador tenha conhecimento da doença do empregado.

O direito à reintegração do trabalhador ao emprego é uma consequência da despedida discriminatória, pois essa arbitrariedade deve ser punida, não podendo o empregado portador de vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito ficar a mercê da vontade do seu patrono. Desse modo, no caso da nova Súmula, o direito potestativo do empregador é limitado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação.

Apesar das críticas, a edição da Súmula 443 do TST é uma inovação favorável para o ordenamento jurídico, pois firma o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é o princípio que dita regras, transcendendo os formalismos jurídicos que impedem a concretização de normas, leis e julgados, que priorizam a garantia dos direitos fundamentais.

Destarte, a nova Súmula pacifica a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de erradicar os atos discriminatórios existentes nas relações trabalhistas, sendo função do Judiciário oferecer amparo ao trabalhador acometido de doença.

## ABSTRACT

This article aims to address the basic principles for the creation of Precedent 443 of the Superior Labor Court, which are the protective principle of labor law and human dignity. Moreover, the principle of non-discrimination is also highlighted in that it contributes to the preservation of equality stuff under the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. The Precedent has mentioned that it is considered discriminatory waiving employee had AIDS or another disease that is causing considered severe stigma or prejudice, and the employee is entitled to reinstatement in employment. Notwithstanding the criticisms of this Precedent, as the possible violation of the principle of legality and erroneous reversal of the burden of proof, the TST signed his understanding in the consolidation of a law that will ensure social equality and a dignified life to the worker. In this sense, the new Precedent support pertains to principles that allows its application in the context of labor relations.

**KEYWORDS:** Dignity of the human person. Principle *favor laboratis*. Precedent 443 of the Superior Labor Court. Controversial points.

## REFERÊNCIAS

ARIOSI, Mariângela F. **Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 507, 26 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5946>. Acesso em: 16 jan. 2013.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **A inversão do ônus da prova no processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12,n. 1482,23 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10176>. Acesso em:19 jun. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.029/95, 13 de abril de 1995**.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho - 6ª Região. RO 33792010506 / Ministra Maria Clara Saboya A. Berna. Disponível em: <http://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17700527/recurso-ordinario-trabalhista-ro-33792010506-pe-0000033-7920105060411>. Acesso em 22 de julho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho - 9ª Região.

1613120083904 PR /Ministra Marlebe T. Fuverki Suhuimatsu. Disponível em: <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18888874/1613120083904-pr-16131-2008-3-9-0-4-trt-9>. Acesso em 22 de julho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR 4390412019985025555 439041-20.1998.5.02.5555/Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1411806/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-4390412019985025555-439041-2019985025555-tst>. Acesso em 15 de junho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR-221500-10.2008.5.02.0057/Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20221500-10.2008.5.02.0057&base=acordao&numProcInt=168550&anoProcInt=2011&dataPublicacao=24/02/2012%2007:00:00&query=>. Acesso em 15 de junho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR-105500-32.2008.5.04.0101/Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20105500-32.2008.5.04.0101&base=acordao&numProcInt=80773&anoProcInt=2010&dataPublicacao=05/08/2011%2007:00:00&query=>. Acesso em 19 de junho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR-9951200-06.2006.5.09.0025/Ministra Maria de Assis Calsing. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%209951200-06.2006.5.09.0025&base=acordao&numProcInt=530092&anoProcInt=2008&dataPublicacao=19/03/2010%2007:00:00&query=>. Acesso em 22 de junho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1407/2004-062-02-00/Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Disponível em: <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4585098.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>. Acesso em 30 de junho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR-18900-65.2003.5.15.0072/Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2018900-65.2003.5.15.0072&base=acordao&numProcInt=209971&anoProcInt=2006&dataPublicacao=06/08/2010%2007:00:00&query=>. Acesso em 30 de junho 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR- 61600-92.2005.5.04.0201/Ministra Lelio Bentes Corrêa. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19957937/recurso-de-revista-rr-616009220055040201-61600-9220055040201>. Acesso em 24 de julho 2013.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional** - 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUCHMULLER, Thalita Lamin Brum; NOVAES, Isabela Saraceni. **A inversão do ônus da prova no processo do trabalho** (1 de setembro de 2012). Disponível em: [http://www.miriangontijo.com.br/artigos\\_detalhada.asp?artigo\\_id=81](http://www.miriangontijo.com.br/artigos_detalhada.asp?artigo_id=81). Acesso em: 17 de maio de 2013.

CIVIL. Código de Processo. **Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília: Senado, 1973.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010.

JUNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos**. 3 ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES, Maria Carla Baeta Vieira. **Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do TST**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3436, 27 nov. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23113>. Acesso em: 19 jun. 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

NICOLAU, Maira Ceschin. **A efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho** (28 de junho de 2012) Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 05 de maio de 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Escritório do Brasil. **Convenção nº 117: Objetivos e Normas Básicas da Política Social, 1964**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/520>. Acesso em 10 de maio 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Escritório do Brasil. **Convenção nº 111:**

**Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, 1960.** Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/472>. Acesso em 10 de maio 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Escritório do Brasil. **Recomendação nº 200: Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o mundo do trabalho, 2010.** Disponível em: [http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv\\_aids/pub/recomendacao\\_200\\_277.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/recomendacao_200_277.pdf). Acesso em 10 de maio 2013.

RODRIGUES, Nayara Ribeiro. **Vedação à dispensa discriminatória e/ou obstativa de direitos do empregado portador de HIV/AIDS.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3568, 8abr.2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/24095>. Acesso em: 25 junho 2013.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.