



DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

NOVA MODALIDADE DE ESTABILIDADE

1

Existem algumas situações que ocorrem na relação de emprego (vínculo empregatício), que acabam por impedir que o empregador exerça seu poder diretivo e promova a Rescisão do Contrato de Trabalho. Os mais comuns ou mais presentes no dia-a-dia das empresas são as Estabilidades (Gestante, CIPA, Acidente de Trabalho), e as suspensões do contrato de trabalho (afastamento previdenciário).

Ocorre que, uma nova modalidade de “Estabilidade” não definida por Lei se avizinha, correndo alto risco de se tornar a nova “moda” nas ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho. Trata-se da chamada Dispensa Discriminatória de empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito.

Estamos falando das disposições contidas na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 443 do TST

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.**



Editada em 2012, raramente víamos na Justiça do Trabalho processos invocando o verbete sumular para que fosse determinada a reintegração do empregado por suposta dispensa discriminatória, em decorrência de o empregado ser portador de doença que pudesse suscitar estigma ou preconceito.

Contudo, gradualmente esse cenário vem mudando e se tornou usual nos deparar com Reclamações Trabalhistas alegando dispensa discriminatória com base na Súmula em referência, pelas mais variadas doenças, como por exemplo, Covid-19, Câncer, Depressão, Alcoolismo, entre outras, **NÃO IMPORTANDO** ser a doença decorrente do trabalho prestado pelo empregado ao empregador ou não, estar latente ou não, estar em tratamento ou não, ter sido curada ou não (esta última hipótese guarda íntima relação com o período em que a doença foi curada e a data da dispensa).

A questão se torna ainda mais relevante, na medida em que a Justiça do Trabalho vem proferindo decisões favoráveis a ex-empregados com base na Súmula retro mencionada, não necessariamente determinando a reintegração, mas condenando a empresa ao pagamento de indenizações, seja por dano moral, seja com base nas disposições contidas no artigo 4º, incisos I e II da Lei 9.029/1995, que ao nosso sentir, não poderia ser invocada e muito menos utilizada como fundamento para esse tipo de condenação, porquanto muito embora a Lei citada preveja o que se considera prática discriminatória na relação de emprego, não vislumbra qualquer dispositivo voltado para dispensa discriminatória em caso de doença grave que suscite estigma ou preconceito.

O que é preciso destacar na Súmula aqui analisada em primeiro lugar é sua parcial subjetividade.



Exceto o fato de ter-se considerado o vírus HIV como doença que suscite estigma ou preconceito, o termo **“ou de outra doença grave”**, deixa ao absoluto critério e convicção pessoal do Juiz, quais seriam as outras doenças poderiam causar estigma ou preconceito, abrindo, literalmente, o “leque” de possibilidades.

3

Em sequência, temos a criação de uma “Estabilidade” – tendo em vista que se determina a reintegração do empregado ou o pagamento de indenização – por intermédio de uma Súmula e não através de uma Lei regularmente instituída pelo Poder Legislativo. É claramente o Judiciário legislando em matéria trabalhista o que é proibido pela Constituição Federal.

O terceiro ponto a ser destacado repousa no fato da dispensa ser considerada discriminatória **por presunção**, ou seja, ajuizada a reclamação trabalhista não é preciso que o ex-empregado faça a prova de qualquer Dano, bastando, apenas, comprovar que no ato da dispensa, ele (empregado), estava ou está acometido de alguma doença, seja ela decorrente do trabalho ou não, cabendo, exclusivamente ao empregador, a produção de prova em contrário.

Com o advento da chamada Reforma Trabalhista e com a inserção do §2º no artigo 8º da CLT, iniciou-se discussão na doutrina no sentido de que a Súmula 443 aqui analisada, teria perdido sua eficácia, uma vez que acabou por criar uma obrigação não prevista em Lei:

“Art. 8º ...

§ 2º **Súmulas** e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos **nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.**”



Contudo, até o momento, tal discussão não se consolidou, não havendo uma posição majoritária a respeito.

Inclusive, a Súmula em questão teve sua constitucionalidade questionada, por estar sendo usada de maneira genérica, sem uma análise individualizada de cada caso, sendo alegada a inobservância do princípio constitucional do devido processo legal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 648), junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido negado seguimento à ação em 21.06.2021, ou seja, o Tribunal não analisou a questão.

É importante destacar, ainda, que muito embora a Constituição Federal editada em 1988 traga em seu texto legal Artigos que proíbam qualquer forma de discriminação, tais como o Artigo 3º, inciso IV, Artigo 5º, “caput” e o Artigo 7º, incisos XXXII e XXX, certo é que a Constituição não regula a matéria aqui analisada, ou seja, não traz qualquer previsão – mesmo que indiretamente - relativa a dispensa discriminatória de empregado portador de doença que suscite estigma ou preconceito.

Igualmente, não obstante a Lei 9.029/1995 proíba as práticas discriminatórias nela previstas, não traz em seu texto legal qualquer dispositivo voltado para dispensa discriminatória em caso de empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito.

Não diferente é a Consolidação das Leis do Trabalho quanto a esse aspecto, ou seja, não traz qualquer previsão legal a respeito.

Traçado o cenário acima, cumpre-nos analisar qual seria a medida a ser adotada pelo empregador, de forma preventiva, caso seja necessária a dispensa de algum empregado que esteja acometido de alguma doença, seja ela relacionada ao trabalho ou não.



Por primeiro, é preciso destacar que o empregador deve ter conhecimento da doença, para que a dispensa seja considerada discriminatória. Contudo, entendemos que o desconhecimento por parte do empregador, por si só, não impediria o Julgador de considerar discriminatória a dispensa, ante a total subjetividade da matéria como já visto acima.

Analogicamente, o Direito do Trabalho Português, **no artigo 368 do Código do Trabalho de Portugal**, mais especificamente em seu item 2, alínea “a”, prevê a figura da Dispensa Motivada, modalidade esta sem qualquer previsão legal na Legislação Trabalhista Brasileira e que não se confunde com a dispensa por Justa Causa prevista na CLT.

O dispositivo legal em referência autoriza a dispensa do empregado, desde que observadas “as seguintes ordens de critérios relevantes e não discriminatórios”:

“Artigo 368º ...

.....

- a) Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador”

Neste método, o empregador analisa e documenta o desempenho funcional do empregado (e com o conhecimento do próprio colaborador), na função para qual foi contratado. Em não sendo satisfatório o desempenho (observância de horário de trabalho, alcance de metas, capacidade de produção, respeito as normas institucionais da empresa, etc...), a rescisão contratual estará revestida de **motivação** e, portanto, pode ser regularmente efetivada.



Entendemos ser este o melhor, ou o mais adequado caminho a ser adotado pela empresa, para fundamentar a rescisão contratual e se resguardar em caso de eventual reclamação trabalhista, naqueles casos em que o empregado tenha sido acometido de alguma doença grave, lembrando sempre que, a doença pode ou não ser relacionada ao trabalho prestado.

6

Na prática, já nos deparamos com sentenças favoráveis em favor de empresas que se utilizam desse tipo de expediente, ou seja, analisam **regularmente** o desempenho de seus empregados, documentando tal desempenho com a ciência (assinatura), do próprio empregado.

Judicialmente, a utilização como prova desta avaliação de desempenho funcional, somada a uma boa prova testemunhal, se revestem de prova satisfatória para afastar eventual alegação de dispensa discriminatória por doença que suscite estigma ou preconceito.

Por óbvio, como estamos falando de Justiça do Trabalho, não se trata, e nem se poderia afirmar, que em se adotando a prática de efetuar a análise regular do desempenho funcional do empregado, toda e qualquer reclamação trabalhista ajuizada sob o aspecto da dispensa discriminatória, seria julgada favorável a empresa, mas, com certeza, podemos cravar que a porcentagem de êxito na ação aumentaria satisfatoriamente.

Ousamos dizer, ainda, que a adoção dessa prática (analisar regularmente e documentar o desempenho funcional dos empregados), resguarda sobremaneira os empregadores de toda e qualquer alegação de dispensa discriminatória, como aquelas previstas na Lei 9.029/1995, nos Artigos 3º, inciso IV, 5º - “caput” e Artigo 7º, incisos XXXII e XXX, da Constituição Federal, e não somente àquela voltada para caso de doença grave que cause estigma ou preconceito.



Portanto, patente a necessidade da adoção, pelos empregadores e empresas, dessa medida preventiva, adequando-se estrutural, documental e culturalmente, a fim de se resguardar da situação analisada no presente artigo.

7

Gustavo Lordello
Advogado – OAB/SP 149.208
Associado de Sant'Anna e Sant'Ana Advogados Associados

Renato de Souza Sant'Ana
Advogado – OAB/SP 106.380
Sócio de Sant'Anna e Sant'Ana Advogados Associados

17.12.2021