

**EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISPENSA DO
EMPREGADO DOENTE**

**THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE
DISMISSAL OF DISEASED EMPLOYEE**

Elenice Baleeiro Nascimento Ribeiro¹

RESUMO

Na atualidade inexistente dispositivo legal proibindo ou protegendo especificamente o empregado doente da dispensa imotivada. Além disso, as concepções juslaboristas que definem cada parte do contrato de trabalho, destacam o poder diretivo do empregador na condução do empreendimento (art. 2º. CLT) contraposto à subordinação que identifica a figura do empregado (art. 3º. CLT) e explicam a existência de direito diretivo patronal. Por outro lado, o direito à rescisão imotivada do contrato de trabalho, quando da iniciativa do empregador revela-se como direito potestativo, a ser exercido livremente excepcionados alguns casos de fixação de estabilidade previstas em lei ou acordo coletivo, que retira ou limita esse direito. Entretanto, a Constituição de 1988 ao inscrever o valor social do trabalho ao lado da dignidade da pessoa humana como princípios fundantes da República (art. 1º. III e IV) e ao reconhecer o direito ao trabalho como direito social (art. 6º.), elevou-o à categoria de Direito Fundamental. Desta forma estabeleceu novo patamar para os direitos trabalhista. Assim é à luz da teoria da eficácia horizontal que deverá ser analisada a questão da possibilidade de dispensa do empregado doente, e se esse ato representaria ou, por qual razão representaria ofensa à dignidade humana.

PALAVRAS CHAVES: Dignidade Humana, Direitos Fundamentais, Eficácia Horizontal, Direito ao Trabalho.

ABSTRACT

Nowadays, there is no legal rule to prohibit or protect a diseased employee from dismissal without reason. Moreover, the conceptions from labor legislation that defines each part of the employment contract highlight the directive power of the employer while conducting of the business(art. 2nd. CLT) in objection with the subordination that indentifies the employee (art. 3rd. CLT) and explain the existence of 'employer directive right'. On the other hand the right to an non motivated rescission, if requested by the employer, show itself as potestative right, to be

¹ Advogada, Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE

used freely, exception made to some cases of legal stability stated by the law or collective agreement, that limits or removes this right to stability. However, the 1988 constitution when presents the 'social value of work' right besides 'the human dignity' as basic principles of the Republic (art. 1st, II and III) and by the recognition of 'right to work' as social right' raised it to the level of fundamental right. So a new level of labor rights was established .So, in accordance to the theory of the horizontal effectiveness the question of the non motivated dismissal of diseased employee must be analyzed and if this act represents or why does it represents an disrespect to human dignity.

KEYWORDS Human Dignity, Fundamental Rights, Horizontal Effectiveness, Right to Work.

Introdução:

Na atualidade inexistente dispositivo legal que expressamente proíba a dispensa imotivada ou conceda estabilidade ainda que provisória ao empregado doente .

Analisar-se-á no presente, a situação de empregado que acometido por doença não decorrente do trabalho, especialmente quando crônica, degenerativa, ou grave. Nessas hipóteses é comum que passe a ter que ausentar-se do trabalho para tratamento médico, justificando tais ausências com atestados. Diante da queda da produtividade decorrente desse absentismo, ou simplesmente por não pretender a manutenção do vínculo com o trabalhador enfermo, o empregador opta por pela dispensa imotivada, antes mesmo que este venha a obter afastamento previdenciário por auxílio doença.

Tal circunstância coloca o empregado em situação de vulnerabilidade, na medida em que a precariedade de seu estado de saúde impede nova colocação no mercado e a própria cessação do vínculo dificulta e procrastina a percepção do benefício previdenciário de auxílio doença a que teria direito. Isso sem contar nas inúmeras hipóteses em que é o tratamento é suspenso, por cessação do convênio médico até então custeado ou subsidiado pelo empregador.

Como problemática o presente aponta essa situação da ausência de norma específica protegendo a manutenção do emprego do empregado, acometido por doença não decorrente de acidente de trabalho contrapondo-a às regras e princípios constitucionais atinentes à garantia da relação de emprego contra a dispensa imotivada (art. 7º. – I CF); à consagração do direito ao trabalho como o Direito Fundamental (Art. 6º.) e à valorização da dignidade humana e do valor social do trabalho como princípios fundantes da República (arts. 1º. - III e V da CF).

Suscitou-se como hipótese que tal dispensa, embora não expressamente vedada por lei, presumiria-se como ato de discriminação e violaria o princípio da dignidade humana e valorização do trabalho, contidos na Constituição Federal. (art. 1º. III e IV CF), além das demais regras constitucionais que tratam da proteção ao trabalho e emprego.

Para compreensão do tema no item 1 será analisada a natureza contratual que marca o pacto trabalhista e nos subitem 1.1 as características de *poder diretivo* e *subordinação*, que compõem a definição legal das figura do empregado e empregador (art. 2º. e 3º. - CLT). No subitem 1.2 identificar-se-á a possibilidade da rescisão imotivada como *direito potestativo* do empregador.

O item 2 será dedicado a apontar a existência de limitações ao direito do empregador na dispensa consubstanciada nas *estabilidades* previstas em leis esparsas e acordos coletivos.

O subitem 2.1 cuidará de um caso específico de estabilidade, qual seja, aquela concedida ao empregado acidentado quando do retorno de seu afastamento previdenciário nos termos do art. 118 da lei 8.213/90.

O item 3 abordará as normas constitucionais relativas à proteção da relação de emprego contra dispensa injusta e arbitrária, (CF art. 7º. I); à inclusão do *direito ao trabalho* no rol dos direitos sociais (CF art. 6º) e que reconhecem o *valor social do trabalho* como princípio fundante da República (CF art. 1 IV – CF) em contraponto à falta de regulamentação por lei complementar com previsto no art. 10- I do ADCT/CF 88 que limitando a proteção ao pagamento da multa do FGTS como indenização substitutiva.

No item 4 tratar-se-á de colocar as normas protetivas do trabalho sob enfoque dos direitos fundamentais e na sequência- item 4.1, analisar-se-á a aplicabilidade de tais normas entre os particulares tendo como parâmetro a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Na sequência - item 5 - se colocará em destaque a ausência de previsão legal quanto à proteção da manutenção do contrato do empregado doente.

Por fim, nos itens 5 e 5.1 volta-se especificamente a questão da dispensa do empregado quando enfermo e o direcionamento que vem sendo dado pela jurisprudência dominante no caso de sua dispensa injustificada.

O estudo do tema justifica-se ante as vicissitudes inerentes ao empregado que encontrando-se enfermo vem a ser dispensado, sendo afetado não só no direito ao trabalho, bem como em sua própria subsistência, à vista do estado patológico que impede nova colocação.

1- Natureza da Relação Empregatícia

No âmbito do presente trabalho, tomar-se-á por base concepção contratualista que, por óbvio, reconhece a natureza jurídica da relação de emprego como sendo contratual.

Em oposição à teoria acontratualista, também chamada de anticontratualista, a teoria contratualista explica a natureza jurídica da relação de emprego a partir do elemento vontade inerente aos contratos em geral.

Com efeito o elemento *vontade* está presente na relação de emprego, pois, ainda que o trabalhador se submeta às regras pré estabelecidas pelo empregador, pode optar por não prestar seus serviços para aquela empresa ou até mesmo unilateralmente cessar a prestação de serviços.

Da mesma forma o empregador não se obriga a empregar quem quer que seja e, tanto pode opor-se à prestação de serviços, como fazer cessar unilateralmente a relação de trabalho já instalada, regra geral, a qualquer tempo.

Ao explanar sobre a concepção contratualista do pacto trabalhista Sérgio Pinto Martins². se detêm sobre o elemento vontade e explica:

A teoria contratualista considera a relação entre empregado e empregador um contrato. Trata-se de um contrato pois depende única e exclusivamente da vontade das partes para sua formação. Há, portando, um ajuste de vontades entre as partes. (...)

A teoria predominante entende que *o contrato de trabalho tem natureza contratual pois uma pessoa não iria ser empregada de outrem se assim não desejasse e o empregador não iria ter empregados se deles não necessitasse*. A existência do contrato de trabalho ocorrerá com a prestação de serviços sem que o empregador a ela oponha, caracterizando ou ajuste tácito. (Grifo Nosso)

De resto, a própria dicção do artigo 442 da CLT³, autoriza a utilização de tal concepção na medida em que conceitua a relação de emprego, quer seja tácita ou expressa, como *contrato de trabalho*.

² MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**, 17 ed. São Paulo:Atlas, 2013. p. 389-390.

Art. 442 Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Partindo-se dessa premissa, ou seja que a relação de trabalho é contratual, não se pode fugir à evidência de que trata-se de negócio jurídico e assim pode - em princípio - cessar por iniciativa de qualquer das partes pondo fim recíproco às obrigações entre os contratantes, como bem aponta Maurício Godinho Delgado⁴:

O Contato de trabalho, como os negócios jurídicos em geral, nasce em certo instante, cumpre-se parcialmente ou de modo integral, e sofre, quase que inevitavelmente, alterações ao longo do tempo; por fim, ele se extingue.

O artigo 487 da CLT⁵ reflete essa proposição na medida em que, faculta a qualquer das partes denunciar o contrato, ainda que não haja motivo justificável para fazê-lo, bastando para isso notificar antecipadamente a parte contrária nos prazos ali previstos, e, no caso do empregador, pagar as verbas rescisórias a que o empregado fizer jus .

Art. 487 Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - 8(oito) dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II - 30(trinta) dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12(doze) meses de serviço na empresa.

Ao lado dessa possibilidade de dispensa recíproca na prestação de serviços, coloca-se também o *poder diretivo* do empregador como instrumento para justificar a rescisão unilateral e imotivada do contrato de trabalho.

1.1- Poder de Direção do Empregador

O poder diretivo decorre das próprias definições legais das figuras do empregador e do empregado. Com efeito os requisitos contidos no art. 2º. da CLT⁶ identificam o *empregador* como aquele que tem poder de direção das atividades do empregado, ou seja:

³ BRASIL, Decreto – Lei 5.452, de 1º/05/1943; Consolidação das Leis do Trabalho, DF : Presidência da República . 1943

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 12ª. ed., São Paulo. LTr , 2013 p. 1131.

⁵ BRASIL, Decreto – Lei 5.452, de 1º/05/1943, Consolidação das Leis do Trabalho, DF : Presidência da República . 1943

⁶ BRASIL, Decreto – Lei 5.452, de 1º/05/1943, Consolidação das Leis do Trabalho, DF : Presidência da República . 1943

Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Como assinala Sérgio Pinto Martins,⁷ “empregado é trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção do empregador

Depreende-se pois que o poder patronal é inerente ao contrato de emprego. Além disso, tem-se que em contraposição à definição de empregador do art. 2º. Da CLT, coloca-se a de empregado, contida no art. 3º. da CLT⁸, no qual está destacado o requisito da *subordinação*:

Art 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

Ao explicar o *poder* do empregador no contrato de trabalho Maurício Delgado menciona que esse compreende várias espécies, a saber: *poder diretivo* também chamado de *poder de organização* (aí incluído o *poder regulamentar*); *poder de controle/fiscalizatório* e *poder disciplinar* sobre os empregados.

Importante efeito próprio do contrato de trabalho é o poder empregatício. Em qualquer de suas manifestações concretas (diretivas, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar), esse poder inquestionavelmente inscreve-se como um dos efeitos mais relevantes ao contrato de trabalho.⁹

Destaca, ainda que o poder diretivo/de organização (ao lado do fiscalizatório) é o que tem maior amplitude, a ponto de ser tomado como sinônimo do poder empregatício. E quanto à inclusão do poder regulamentar como expressão do poder de organização, explicita.¹⁰:

Como será visto a seguir, **as duas dimensões de poder intraempresarial que têm alcançado certa amplitude, consistência e identidade próprias**, a ponto de justificarem, pacificamente, sua designação como modalidades específicas do poder empregatício, **são os poderes diretivo e disciplinar (...)**

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, 26ª. ed, São Paulo : Atlas, 2010, p.213

⁸ BRASIL, **Decreto – Lei 5.452, de 1º/05/1943**, Consolidação das Leis do Trabalho, DF : Presidência da República . 1943

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO**, 12ª. ed. São Paulo. LTr , 2013 p. 618.

¹⁰ DELGADO Maurício Godinho. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO**, 12ª. ed. São Paulo. LTr , 2013 p. 665, 667

Segundo a análise dominante, não seria justificável a percepção de uma identidade própria no chamado poder regulamentar; na verdade, este seria mera expressão (isto é manifestação exterior) do poder diretivo. Grifo Nosso

É com escopo nesse *poder de organização/diretivo* que cabe ao empregador dirigir e organizar seu empreendimento da forma que melhor lhe aprouver, tanto quanto à atividade bem como quanto ao número e forma de trabalho de seus empregados (cargos, forma de promoção, horários e local de trabalho).¹¹

A própria definição contida no art. 2º. do diploma juslaborista expressa a existência desse *poder diretivo* ou *de organização*, como inerente à figura do empregador, eis que o descreve como aquele que “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (art. 472 da CLT fine).

Ou seja o poder patronal está contido e decorre da própria lei – art. 2º. CLT. E a partir dessas circunstâncias várias são as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do poder patronal.

Fato é que em vista esse poder unilateralmente exercido pelo empregador e suportado na figura do empregado por muito tempo sobressaiu a concepção de *direito potestativo* do poder patronal.

Todavia essa linha teórica, perdeu relevância, e passou a ser vista como incompatível à relação de emprego, especialmente no contexto democrático no qual se insere a empresa a partir do século XX. Isto porque os fundamentos que do direito potestativo explicitam o exercício de um poder para satisfação soberana da vontade individual¹²:

A noção de direito potestativo consoma a realização, ao máximo da soberania da vontade particular no contexto de um universo social. Nesse sentido, a concepção potestativa corresponde ao elogio do individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista, e que foi sua marca ideológica mais forte no período do liberalismo clássico.(...).

A concepção do poder intraempresarial como direito potestativo do empregador teve importância no Direito do Trabalho do século XIX e

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, 26ª. ed, São Paulo : Atlas, 2010, p.214

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 12ª. ed. São Paulo. LTr , 2013 p. 682

primeira metade do século XX, perdendo relevância no atual contexto evolutivo desse ramo jurídico especializado.

Tal perda de relevância derivou, de um lado, da óbvia inadequação da fórmula potestativa para explicar a emergência da participação democrática obreira no estabelecimento e na empresa – processo que se mostrou importante nas experiências democráticas de distintos países da Europa ocidental no século XX.

Assim, mais recentemente passou-se a adotar a concepção do *direito-função* que entende que o poder atribuído ao empregador na relação de emprego visa o interesse alheio, como por exemplo ocorre na relações do pai ou mãe perante à família o seu interesse ou do sindicato perante à categoria por ele representada, como exemplificado por Maurício Delgado¹³. Prossegue referido autor, explicando que inobstante a adoção da teoria do *direito-função*, persiste na relação de emprego a unilateralidade do poder, presente no *poder potestativo*, pois

O titular do direito é o mesmo – e é único – sendo exatamente idêntico àquele apontado pela mais tradicional de todas as concepções formuladas, a do direito potestativo. O titular do direito é que afere, afinal, o interesse alheio a ser protegido (embora possa ser questionado quanto à sua aferição).

Daí que Octavio Bueno Magano¹⁴, ao explanar o limite teórico entre e uma e outra teoria, explica:

O esquema é praticamente o mesmo da concepção tradicional, do poder diretivo como emanção de direito potestativo: de um lado, o poder do empregador; de outro, a sujeição do empregado, manifestada por intermédio do dever de obediência. **A diferença reside apenas na orientação do aludido poder,** que concebido como direito-função, **deve visar à satisfação o interesse, não do empresário mas da empresa.**
Grifo Nosso

Tem-se pois, que o *poder de organização* fica próximo – embora não se confunda – com a concepção que explica o poder empresarial como *direito potestativo*, diferenciando-se a partir da direção do interesse tutelado (de uma coletividade e não individual).

Já o direito à iniciativa patronal é marcadamente de natureza potestativa, como explanar-se-á no item seguinte.

1.2- O Direito Potestativo de Despedir

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 12ª. ed. São Paulo. LTr, 2013 p. 685-686

¹⁴ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo ; Saraiva, 1982, p. 28-30

O empregador pode, regra geral, dispensar o empregado a qualquer tempo. É a chamada dispensa *sem justa causa*, assim colocada em contraponto àquela na qual o empregado dá causa à rescisão contratual daí denominada *dispensa com justa causa* de que trata o artigo 482 da CLT.

Como já apontado no item anterior o artigo 487 da CLT¹⁵ faculta a qualquer das partes denunciar o contrato, ainda que não haja motivo justificável para fazê-lo, bastando para isso notificar antecipadamente a parte contrária nos prazos ali previstos e, no caso do empregador, pagar a indenização correspondente.

Daí afirmar-se que sob enfoque do empregador, a iniciativa quanto a cessação do pacto laboral, na sistemática jurídica vigente, consubstancia-se como *direito potestativo*.

Maurício Delgado¹⁶ ao questionar sobre a natureza jurídica desse ato claramente se posiciona pela adoção da concepção de *direito potestativo*

Qual a natureza jurídica dessa declaração de vontade empresarial que, por si somente, tem a aptidão de colocar término ao contrato de emprego?

Nos moldes preexistentes do Direito do país, tal declaração de vontade tem natureza potestativa, recíproca e constitutiva, com efeitos imediatos, tão logo recebida pela parte adversa (efeitos *ex nunc*). Grifo Nosso.

A natureza potestativa do direito de dispensar empregados está pois inserida dentro do próprio poder diretivo patronal e revelada ante a possibilidade de ser exercida unilateralmente e sem maiores formalidades.

Ou seja a dispensa é totalmente unilateral e desprovida de maiores formalidades salvo a concessão de pré-aviso e pagamento das verbas contratuais e rescisórias previstas em lei (saldo salário, aviso prévio, 13º. salário e férias vencidas e proporcionais, abono de 1/3 sobre férias) e multa de 40% sobre os valores depositados a título de FGTS no curso do pacto, além de liberar as guias para o recolhimento do FGTS e para percepção do Seguro Desemprego.

2- Estabilidade como Limitação ao Direito de Despedir

Como dito acima a dispensa por parte do empregador, insere-se em seu *poder diretivo* e configura *direito potestativo*.

¹⁵ BRASIL, Decreto – Lei 5.452, de 1º/05/1943, Consolidação das Leis do Trabalho, DF : Presidência da República . 1943

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 12ª. ed. São Paulo. LTr., 2013 p. 1188

Todavia, embora de natureza potestativa, não significa que o poder de dispensa por iniciativa patronal seja ilimitado.

Há certas situações em que se proíbe a dispensa arbitrária do empregado, garantido a esse último do “direito de permanecer trabalhando” ou o direito ao emprego, mesmo contra a vontade do empregado. Temos nesse caso o instituto da estabilidade, como explicita Sérgio Pinto Martins¹⁷:

Estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem assim o **empregado o direito ao emprego, de não ser despedido** salvo determinação de lei em sentido contrário. **Para o empregador, é a proibição de dispensar o trabalhador**, exceto se houver alguma causa prevista em lei que permita a dispensa. O empregador incorre numa obrigação de não fazer, de manter o emprego do obreiro. Grifo Nosso

Na atualidade há estabilidades previstas na Constituição quais sejam, da empregada grávidas desde a confirmação do estado gestacional até cinco meses após o parto (art. 10 , II b, do ADCT); dos dirigentes sindicais, desde o registro da candidatura até ser eleito e um ano após o término do mandato (art. 8º., VIII, da Constituição Federal); do membro da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, desde o registro da candidatura, até um ano pós mandato (art. 10 II,a, do ADCT), ampliando-se a garantia também para alcançar o suplente (Súmula 339 do TST).

Existem também estabilidades previstas em leis ordinárias, como é o caso da Lei 8.213/91 – art. 118 que proíbe a dispensa do acidentando, pelo prazo de 12 meses após o término do auxílio doença acidentário.; ou a da Lei 9.958/00 que incluiu o art. 624-A, § 1º. da CLT, fixando estabilidade ao membros titulares e suplentes de Comissão de Conciliação Prévia até um ano após o fim do mandato, e ainda da Lei 8.3036/90 que garante o emprego dos trabalhadores participantes do Conselho Curador do FGTS, desde a nomeação pós término do mandato.

Por vezes as estabilidades são fixadas em Acordo Coletivo. É , por exemplo, o caso do empregados às vésperas da aposentadoria. Com efeito várias categorias usam do Acordo Coletivo para proteger a relação de emprego dos “pré-aposentados”, até a efetivação do benefício (p. ex. comerciários, metalúrgicos, dentre outros).

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, 26ª. ed, São Paulo : Atlas, 2010, p.418/419

2.1- Estabilidade do Trabalhador Acidentado – Lei 8.213/90 – art. 118

Dentre as várias estabilidades provisórias reconhecidas na esfera constitucional, infra constitucional ou convencional, importa para o presente artigo lançar foco sobre a que garante o emprego do trabalhador que sofreu acidente no trabalho.

Com efeito, a Lei 8.213/90, que cuida de matéria previdenciária acabou por estabelecer garantia de emprego ao empregado acidentado e equiparou certas doenças a condição de acidente.

O dispositivo em questão é claro ao fixar a estabilidade provisória ao “que sofreu acidente do trabalho. Senão veja-se:

O segurado **que sofreu acidente do trabalho** tem garantia, 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.(Art. 118- Lei 8.2143/90 grifo nosso).

Embora a lei em questão fale em acidente do trabalho é importante destacar que o art. 20 da citada Lei 8.213/91, equipara algumas doenças a acidente do trabalho. Mas, em contrapartida no § 1º. do mesmo artigo cuida de elencar taxativamente enfermidades e situações que não podem ser consideradas a doença do trabalho e portando equiparadas à acidentes

Da leitura do citado dispositivo legal (art. 20, incisos I, II e § 1º.) depreende-se que os empregados acometidos por enfermidades não identificadas como doença profissional ou decorrente do trabalho, estão fora da garantia prevista no art 118 da citada Lei 8.213/91, ainda que tenham sido afastados pela Previdência Social para tratamento.

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

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

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 relacionada no inciso I.

§ 1º. Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante da região em que ela se desenvolva, salvo comparação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho. Grifamos¹⁸.

Ou seja, pela interpretação dos artigos da Lei 8.213, salvo acidente ou doença equiparada, não há para o empregado doente garantia da manutenção do trabalho no seu retorno do afastamento previdenciário. Muito menos referida lei oferece garantia de continuidade do emprego ao trabalhador doente que não tenha se afastado.

No contexto atual o trabalhador doente por enfermidade comum (não ligada ao trabalho ou à profissão), não tem qualquer garantia legal quanto ao trabalho e emprego, quer tenha ou não se afastado em licença previdenciária. Não há na sistemática legal vigente, qualquer dispositivo, proibindo ou impondo condições à dispensa do trabalhador enfermo ainda que acometido por doença grave ou crônica.

3- A Proteção Constitucional ao Trabalho x Indenização por Dispensa

Além dessas esparsas vedações à dispensa, consubstanciada em *garantia ao emprego*, consagradas, como já se disse, em diplomas de natureza legal ou até mesmo convencional, a Constituição Federal, erigiu o *trabalho* como direito fundamental na Constituição de 1988, que o inclui no rol de direitos sociais do art. do artigo 6º¹⁹ assim redigido:

Art.. 6º **São direitos sociais** a educação, a saúde, **o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma dessa Constituição.

Quanto a esse aspecto Flávia Piovesan²⁰ destaca o caráter inovador da Constituição de 1988 que ao incluir direitos sociais (tais como o direito ao trabalho) no elenco de direitos fundamentais acabou por estender a dimensão dos direitos e garantias

O texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais, não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver. Capítulo II do Título II da Carta de 1988). **Trata-se da primeira Constituição**

¹⁸ BRASIL, **Lei 8.213/90**. Brasília, DF ; Congresso Nacional, 1990

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado Federal, 1988

²⁰ PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Saraiva, 2010 pg.

brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Desse modo, não há direitos fundamentais sem sem que os direitos sociais sejam respeitados que os direitos sociais sejam respeitados.. Grifo Nosso

Além disso, a Constituição de 1988 levantou novas limitações ao poder diretivo do empregador, quanto à dispensa. Assim o fez quando, no artigo 7º. Inciso I consagrou a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como um direito do trabalhador. Por esse aspecto o inciso I do art. 7º. da Constituição Federal²¹, evidencia o princípio da continuidade do trabalho.

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

I- relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória dentre outros direitos. Grifo Nosso

Tal garantia não se encontra plenamente efetivada, na medida em que, ainda não se promulgou a necessária lei complementar para regulação de tal direito e respectiva indenização.

Por essa razão estudiosos do tema fazem observações quanto ao tratamento dado pela Constituição Federal no tocante ao *direito ao trabalho* e proteção à dispensa imotivada que, embora previstos como direitos fundamentais no art. 6º e 7º. I da Constituição Federal, dependem de regulamentação para sua efetivação..

Roland Hasson²² menciona ambiguidade da Constituição Federal no tratamento da proteção do emprego no sistema jurídico brasileiro vez, que, inobstante consagrar a dignidade humana e o valor social do trabalho como valores fundamentais da República e colocar o direito ao trabalho como direito fundamental do ser humana deixou de assegurar tais valores de forma concreta e efetiva.

Sob o mesmo ponto de vista crítico Werner Keller²³ aponta especificamente a limitação à garantia constitucional atinente à proteção contra dispensa imotivada no seguinte sentido:

²¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF:Senado Federal, 1988

²² HASSON, Roland. **Desemprego e Desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 40.

²³ KELLER, Werner **O direito ao trabalho como direito fundamental** : instrumentos de efetividade. São Paulo:LTR, 2011, p. 107,

Esclarece-se, ainda, que a **Constituição Federal de 1988 limitou clarivamente a abrangência da proteção concedida ao trabalhador em consequência de sua dispensa arbitrária ou sem justa causa, salientando que somente por lei complementar é que será possível abranger as hipóteses de garantia de emprego e a indenização compensatória** já fixada no art. 8º., VIII e no art. 10, I e II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Grifo Nosso

Fato é que, embora passados quase 25 (vinte e cinco) anos de existência da Lei Maior, a proteção contra dispensa imotivada está limitada ao pagamento de indenização substitutiva equivalente a 40% dos recolhimentos fundiários havidos no curso do pacto laboral (art. 10 do ADCT c/c , c/c art. 18 § 1º. lei 8.036/90 – Lei do FGTS).

Nesse ponto vale ressaltar que o inciso I do art. 10 da ADCT considera expressamente a indenização ali prevista, como *limitação* à *proteção* prevista no artigo 7º. da Constituição Federal.

ADCT Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º., I da Constituição;

I- fica **limitada** a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º., caput e § 1º., da Lei no. 5.107 de 13 de setembro de 1996.²⁴, Grifo Nosso.

Cabe observar que a lei 5.107/96 mencionada no art. 10 – I previa que no dispensa imotivada por iniciativa do empregador haveria o pagamento da multa de 10% (dez por) sobre o montante recolhido. Referida lei veio a ser pela Lei, no. 7.839 de 12 de outubro de 1989 e pela atual Lei de FGTS, Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990, que elevou a multa para 40% (quarenta por cento) sobre os valores fundiários recolhidos durante o pacto.

Dito de outra forma, a proteção, ao direito ao trabalho, erigido à categoria de direito fundamental na Constituição de 1988, ficou reduzida à indenização prevista na lei regulamentar, como pontua Sérgio Pinto Martins²⁵:

O sistema contido no inciso I, do artigo 10 do ADCT, efetivamente, não protege o trabalhador contra a dispensa arbitrária. O empregador acaba preferindo pagar a indenização de 40% do FGTS do que manter o contrato de trabalho do empregado. **O levantamento do FGTS, com a indenização de 40% não é a mesma coisa que a garantia do emprego.**

²⁴, BRASIL .ADCT - **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.** Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF:Senado Federal,

²⁵ MARTINS. Sérgio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho.** São Paulo: Atlas, 2000, p. 271.

Não visa o FGTS efetivamente combater o desemprego, mas proporcionar ao empregado minorar os efeitos do desemprego, de forma temporária, pois tem um valor que pode servir-lhe para a subsistência, enquanto não consegue outra colocação para trabalhar. Grifo Nosso

Ainda quanto a esse aspecto Sérgio Pinto Martins acaba por concluir que não há efetiva proteção contra a despedida arbitrária ao afirmar que: “*O certo seria a proibição da dispensa arbitrária, pois num primeiro momento, quem protege não proíbe*”²⁶

Tem-se, pois, que afora os casos de estabilidade definidas em lei, não há de fato vedação à dispensa imotivada ou arbitrária, mas apenas proteção, consistente no pagamento de indenização equivalente a 40% (quarenta por cento) dos depósitos fundiários.

4- Os Direitos Fundamentais Trabalhistas

Vale aqui mais uma vez mencionar que o *direito ao trabalho* veio a ser reconhecido como Direito Fundamental, eis que incluído no rol de direitos dos sociais do art. 6º. da Constituição de 1988.

Ao lado dessa garantia a *dignidade humana e valor social do trabalho* vieram a ser erigidos como princípios fundantes da República, pela vigente Constituição Federal.(arts. 1º. III e IV da CF).

Art. 1º.A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania,

II-a cidadania

III-a dignidade da pessoa humana:

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa,

V- o pluralismo político

Na Constituição Federal optou-se também por retratar a valorização do trabalho tanto na ordem econômica como na ordem social, visando existência digna além de justiça e bem-estar sociais (arts. 170 caput e 193 da CF).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito do Trabalho**, 26ª ed., 2010, p. 370

III - função social da propriedade;

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais

Além do mais determinou que a propriedade deverá atender à função social consagrando tal função como princípio da ordem econômica (art. 170 – III e art. 5º. XXIII)

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:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

Ao adotar o binômio “valorização do trabalho e livre iniciativa”, erigidos como embaixadores da ordem econômica, parece que valores antagônicos foram colocados em paralelo. Porém, embora um ao outro se contraponham na verdade tais elementos são complementares, pois não se pode conceber a valorização do trabalho em uma economia que exclua a livre iniciativa e vice-versa.

E, nesse ponto, Nelson Mannrich, ao colocar em paralelo essas duas garantias constitucionais (*livre iniciativa* e *valorização do trabalho humano*) propugna o pragmatismo da observância da primeira pela segunda como forma de preservar a própria ordem econômica.²⁷

Nessa perspectiva, o trabalho como valor social representa a atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam necessidades individuais e coletivas do homem em sociedade. É esse trabalho cuja valorização constitui fundamento da ordem econômica. Os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna.

Ao lado do trabalho como valor, encontra-se igualmente, na base do Direito do Trabalho, a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica. Levando-se em conta que a atual Constituição da República pauta-se pela realização da justiça social, o lucro a ser perseguido pela livre iniciativa não se justifica por si mesmo, subordinando-se à função social da empresa. (...)

Se a livre-iniciativa não se compatibilizar com os valores do trabalho humano, comprometerá a própria ordem econômica, daí a a previsão

²⁷ MANNRICH Nelson. Reconstrução do Direito do Trabalho, GANDRA Ives Gandra et al (coord.) **Os Pilares do Direito do Trabalho**, São Paulo : Lex Editora. p. 571-572

constitucional de que esta ordem é fundada, simultaneamente , nesse dois valores interligados entre si. Grifo Nosso

Tem-se que ao colocar *o direito ao trabalho* e seu valor social em paralelo ao da *livre iniciativa*; ao garantir o direito propriedade, mas limitando seu o exercício à *função social* e ao estabelecer a observância absoluta ao princípio da dignidade humana a Constituição Federal instituiu novo patamar de Direitos Fundamentais. Direitos Fundamentais que são, todos tem igual peso e devem coexistir num sistema de equilíbrio, eis que devem ser exercidos com vistas a alcançarem as finalidades de desenvolvimento, justiça e bem-estar comum, inerentes ao Estado Democrático de Direito, preconizados nos artigos 1º., 3º. I-V e reiterados nos artigos 170 e 193 que tratam respectivamente da ordem econômica e social.

E, quanto aos Direitos Fundamentais não é demais lembrar a concepção já firmada que os explica como o elenco de direitos reconhecidos ao cidadão de determinado Estado, na medida em que positivados em sua Constituição. Essa é inclusive a lição de Ingo Sarlet²⁸

(...) direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo.

Ainda quanto aos Direitos Fundamentais cabe lembrar as palavras de Samyra Naspolini Sanches, quanto a importância de ao distingui-los dos Direitos Humanos. Nesse sentido explicita que os termos não podem ser utilizados como sinônimos, pois embora ambos visem atribuir dignidade à existência humana, diferentes são seus âmbitos de aplicações. Enquanto o reconhecimento dos Direitos Humanos decorreram de lutas sendo positivados em Tratados Internacionais, visando uma concepção de universalidade, os Direitos Fundamentais referem-se a direitos essenciais da pessoa humana, abraçados pela Constituição de um determinado Estado, segundo seu contexto histórico e político. Ou, dito de outra forma, “*os Direitos Fundamentais*

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre ; Livraria do Advogado, 2007, 7 ed. p. 91

*são Direitos Humanos constitucionalizados.*²⁹” (Naspolini Sanches, Samyra Haydê Dal Farra, 2011, p. 295, grifo nosso).

Daí dizer-se que o reconhecimento do valor social do trabalho e do trabalho em si expressos na Constituição Federal expressam nada mais nada menos do reconhecimento de tais como Direitos Fundamentais, os quais portanto, reclamam completa efetivação.

4.1-- A Eficácia dos Direitos Fundamentais Trabalhistas

Não se pode esquecer a própria Constituição Federal em seu artigo 5º. § 1º. reconhece eficácia imediata às normas que tratam dos direitos fundamentais. Disto decorre que tais normas são imediatamente vinculantes como bem expõem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³⁰:

Essa norma prescreve, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o poder Legislativo (...) Em segundo lugar, a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. (...) Todas as normas relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder o Estado de forma direta e imediata

Mas além da vinculação imediata imposta aos Estados (chamada eficácia vertical ou jurídico- subjetiva), cada vez mais vem se reconhecendo que também os particulares se vinculam às normas que tratam dos direitos fundamentais (eficácia horizontal ou jurídico-objetiva). Esse reconhecimento parte da constatação de que não só o Estado, mas também os particulares podem ser protagonistas de violação aos direitos fundamentais. Ao tratar do tema Daniel Sarmiento³¹, bem explana:

Nesse sentido é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária de direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação de

²⁹ NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydê Dal Farra, Direitos humanos e a empresa privada no Brasil, In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord); MAILLART, Adriana Silva et al (org). **Justiça empresa e sustentabilidade** (v.2), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, capítulo 16, p. 295

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo : Ed. RT, 2008. p.18

³¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. P. 106-107, 244

ONGs e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto.
Grifo Nosso

E mais adiante complementa:

O reconhecimento de que o Estado tem o dever de proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros não apresenta nenhuma incompatibilidade ou contradição com a ideia da incidência direta dos mesmos direitos na esfera privada. **Muito pelo contrário, ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo os atores privados, sobretudo quando investidos de maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos.** Grifo Nosso

Assim tocante à garantias constitucionais atinentes ao *valor social e direito ao trabalho*, não mais cabe o raciocínio simplista de que seriam oponíveis somente contra o Estado.

Os direitos trabalhistas são direitos fundamentais e reclamam a adoção da teoria eficácia horizontal, também porque necessários à consecução das finalidades do Estado Social Democrático, preconizadas na Constituição Federal.

Nesse sentido, pertinente as palavras de Samyra Napolini Sanches, ao explanar que a adoção do Estado Social, impõe o abandono “*da ideologia Liberal, individualista, patrimonialista e fulcrada na absoluta autonomia da vontade, fazendo com que a atividade empresarial, passe a ser analisada sob a ótica de sua função social*”³²

Assim, inobstante o respeito à autonomia privada contido na Constituição, essa não pode ser exercida em desrespeito aos direitos fundamentais ou em detrimento ao princípio da dignidade humana.

5- A situação do empregado doente

As figuras do empregado vítima de acidente de trabalho típico ou doença a ele equiparada (acidente atípico) não se confunde com a do enfermo.

E como discorreu-se acima (item 2.1) a partir da etiologia de suas enfermidades, diverso é o tratamento jurídico dispensado a cada uma dessas situações. Para a primeira hipótese há

³² NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra, Direitos humanos e a empresa privada no Brasil, In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord); MAILLART, Adriana Silva et al (org). **Justiça empresa e sustentabilidade** (v.2), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011 , capítulo 16, p. 303

proteção legal contra a dispensa imotivada, ainda que temporária, prevista na lei 8.213/90. Todavia, não há lei, protegendo a dispensa do empregado enfermo, ficando tal matéria a mercê dos Acordos Coletivos das Categorias, que podem ou não estabelecerem estabilidades provisórias e os requisitos para concessão dessa garantia.

É fato que, dependendo da natureza ou gravidade da enfermidade da qual é acometido, o empregado passa a apresentar diversas ausências ao trabalho. Também é fato que além do absenteísmo a doença em si determina, em, muitos casos a diminuição da produtividade.

A visão da finalidade lucrativa da atividade empresarial, atrelada ao *poder diretivo* e *direito potestativo* patronal inerentes ao pacto laboral, levariam à conclusão (precipitada) de que não haveria irregularidade na dispensa do empregado enfermo, justificada, outrossim, pela impossibilidade de manutenção do ônus que o empregado improdutivo acarreta.

Em primeiro é preciso levar em conta que se a dispensa ocorre justamente quando enfermo ou em tratamento, dependendo do estado ou da gravidade da doença, o trabalhador não logrará nova colocação. Desta forma ficará, não só alijado do seu direito fundamental ao trabalho, mas também prejudicado em sua própria subsistência, o que certamente é incompatível com o Estado Social Democrático de Direito e as finalidades de promoção de justiça, e bem-estar social nele preconizadas.

E, na medida em que a Constituição de 1988 reconheceu o *trabalho* como direito social (art. 6º) e abraçou os princípios da dignidade humana e do *valor social* e do direito ao trabalho (CF arts. 1º. III, IV) a dispensa em questão reclama interpretação à luz dos princípios que regem os Direitos Fundamentais.

5.1- Dispensa de Empregado Enfermo – Discriminação Presumida

A dispensa sem justa causa do empregado doente (ainda que a moléstia não decorra do trabalho ou profissão) não pode ter tratamento simplista, mas reclama análise mais aprofundada, não só face às vicissitudes dessa circunstância, mas também pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e aplicáveis nas relações entre particulares diante da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais.

Essa situação de vulnerabilidade decorrente da doença, especialmente quando grave ou crônica, tem servido de base para o entendimento de que, nesse caso a dispensa revela-se ou -

ainda mais que isso – presume-se discriminatória e, portanto violadora do princípio da dignidade humana.

Em se tratando de empregado doente, a autonomia do empregador deverá sofrer limitações. ante a aplicabilidade da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. De tal forma que seu *direito potestativo* de dispensar o empregado sem justa causa deve ser mitigado em respeito os princípios da dignidade humana e do direito ao trabalho.

A jurisprudência das Cortes Trabalhistas Regionais tem adotado essas concepções no tocante ao empregado enfermo, inclusive expressando esse entendimento que presume discriminatória a dispensa doo empregado enfermo , ainda que tal doença não decorra de acidente (típico ou atípico), como lê-se nos arrestos a seguir colacionais que bem ilustram o posicionamento sobre o tema

RECURSO ORDINÁRIO – 0151100-64.2008.5.01.0035

TRT 1ª. Região – 7ª Turma

TRABALHADOR DOENTE RESILIÇÃO CONTRATUAL IMPOSSIBILIDADE A doença do trabalhador mitiga o poder do empregador de resilir o contrato de trabalho. Fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da função social da propriedade e da função social do contrato (art. 1º, III e IV; art. 170, III, da Constituição da República e art. 421 do Código Civil).

ABUSO DE DIREITO. PODER DE DISPENSA IMOTIVADA. LIMITAÇÃO (art. 187 do Código Civil) . **Embora a reclamante não usufrísse de estabilidade provisória e a perícia não tenha fixado o nexó técnico entre a doença e o labor, o conjunto probatório não deixa dúvidas de que a reclamante foi despedida ato contínuo ao término do auxílio-doença previdenciário, quando, todavia, permanecia inabilitada para a função original.**

(TRT 1 – Acórdão 0151100-64.2008.5.01.0035 – Relatora SAYONARA GRILLO LEONARDO DA SIILVA – Turma 07 – Data Julgamento 07/11/12)³³ Grifo Nosso

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE ESCLEROSE MÚLTIPLA NULIDADE DA RESCISÃO. O direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho, não é absoluto, encontra-se mitigado pela funções social do contrato; bem como princípios fundamentais do Estado Democrático, dentre eles a dignidade da pessoa humana. **A alegação de desconhecimento da gravidade da doença, não descaracteriza o ato discriminatório, basta o fato da doença, independentemente da**

³³ Disponível em www.trt01.gov.br - serviço de jurisprudência – acesso em 30/08/13 às 10:08 hs

gravidade , para configuração da discriminação. A conduta se torna mais reprovável diante de doença grave. Inteligência dos artigos 1º. , III e 3º. , IV da CF E ART. 1º. DA Lei 9.029/95.

(TRT 2 – Acórdão RO 20121071973 – Relator IVANI CONTINI BRAMANTE – Turma 04 – Data Julgamento 11/09/12 – Data Publicação. 21/09/12)³⁴ Grifo Nosso

Também a mais alta Corte Trabalhista têm firmado entendimento que corrobora tais concepções, como vê-se nos acórdão trazidos a título de exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

1) PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não existindo os defeitos apontados na entrega da prestação jurisdicional, com a bastante exposição dos fundamentos fáticos e jurídicos concernentes ao *decisum*, rejeita-se a arguição de nulidade. Agravo de instrumento desprovido.

2) **ATO ILÍCITO. DISPENSA ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE (LUPUS). INCIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÕES PRIVADAS. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. ABRANGÊNCIA E EFEITOS. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO.** O Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição de 1988, incorpora, de modo intenso e abrangente, o princípio democrático, por ser a Democracia importante meio, dinâmica e ambientação propícios para a afirmação da pessoa humana e sua dignidade na vida política e social. Nessa incorporação, determina o Texto Máximo da República que a Democracia esteja presente não apenas na sociedade política (o Estado e suas instituições), como também na sociedade civil (o cenário formado pelas pessoas humanas, as instituições sociais, a cultura em geral e o próprio sistema econômico e suas empresas). **Para o conceito de Estado Democrático de Direito, há direta e imediata eficácia horizontal dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias individuais e sociais**, inclusive trabalhistas, no plano da sociedade civil e de suas instituições privadas. **Eficácia horizontal plena, que deve ser absorvida e considerada pelos detentores de poder privado no âmbito da sociedade civil. Nesse contexto, se o ato de ruptura contratual ofende princípios constitucionais basilares, é inviável a preservação de seus efeitos jurídicos.** Agravo de instrumento desprovido.

3) ATO ILÍCITO. DISPENSA ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE (LUPUS). ATO DISCRIMINATÓRIO. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO. A Constituição Federal, no *caput* de seu art. 5º, abomina qualquer forma de tratamento

³⁴ Disponível em www.trt02.gov.br – serviço de jurisprudência – acesso em 30/08/13 às 10:18 hs

discriminatório, sendo nulos de pleno direito quaisquer atos jurídicos realizados com base em premissa discriminatória. A jurisprudência desta Corte Superior **tem decidido no sentido de se presumir discriminatória a dispensa de empregado portador de alguma doença grave, impondo ao empregador o ônus da prova de que não tinha ciência da doença ou da existência de outros motivos lícitos para a prática de rescisão unilateral do contrato (Súmula 443/TST). Dessa maneira, regra geral, o trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado do serviço (art. 471 da CLT)**, uma vez que a manutenção da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. **Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado - dispensa - em face de sua circunstancial debilidade física causada por grave doença .** *In casu*, o Tribunal Regional, com base nas provas colhidas nos autos e na pena de confissão imposta à Reclamada, consignou que a parte Reclamante sofria de Lupus e que, ante a referida doença a sua dispensa se deu por motivos discriminatórios, declarando a nulidade da medida. Esse acervo probatório não pode ser revolido nesta instância extraordinária de jurisdição, em face do óbice imposto pela Súmula 126/TST. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista, uma vez que o agravo de instrumento interposto não desconstituiu os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos.

(TST Recurso de Revista nº TST-AIRR-1253-04.2010.5.01.0007 – Relator MAURICIO GODINHO DELGADO – Turma 03 – Data Julgamento 28/08/13)³⁵ Grifo Nosso

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. 4.1 - O entendimento desta Corte superior é no sentido de que ônus da prova da dispensa não discriminatória cumpre ao empregador. Isso porque **o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho, mediante iniciativa do empregador, como expressão de seu direito potestativo, não é ilimitado**, encontrando fronteira em nosso ordenamento jurídico, notadamente na Constituição Federal, que, além de ter erigido como fundamento de nossa Nação a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV), repele todo tipo de discriminação (art. 3, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7.º, I). 4.2 - **Esta Corte, inclusive, sinaliza que, quando caracterizada a dispensa discriminatória, ainda que presumida, o trabalhador tem direito à reintegração, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego**, consoante a diretriz da Súmula 443 do TST e de precedente jurisprudencial. 4.3 - No presente caso, emerge dos autos a

³⁵ Disponível em www.tst.jus.br – serviço de jurisprudência – acesso em 30/08/13 às 10:35

presunção de que a dispensa do reclamante, portador de glaucoma congênito e em vias de realizar cirurgia, por iniciativa do empregador, foi discriminatória e arbitrária, até porque não houve nenhuma prova de que ela ocorreu por motivo diverso, constituindo, portanto, afronta aos princípios gerais do direito, especialmente os previstos nos arts. 1.º, III, 3.º, IV, 7.º, I, e 170 da Constituição Federal.
(TST Recurso de Revista TST-RR-1996700-79.2006.5.09.0011 – Relato³⁶r Delaíde Miranda Arantes – Turma 07 – Data de Julgamento 13/08/13) Grifo Nosso

Assim, a enfermidade do empregado não pode, absolutamente, ser o motivo para a dispensa do empregado. Ao contrário, a ciência de tal circunstância retira do empregador a ampla liberdade na dispensa.

E mais, no caso de doença grave ou crônica, é irrelevante se o empregador tinha ou não ciência do estado de enfermidade do empregado. A jurisprudência, inclusive aquela emanada da mais alta corte trabalhista, tem se posicionado no sentido de que nesses casos a rescisão é discriminatória e, portando, violadora dos princípios da *dignidade humana* incluído na Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

O presente trabalho colocou em questão a possibilidade de dispensa do empregado doente, mesmo que não tenha sido afastado para gozo de benefício previdenciário.

Inicialmente averiguou-se a natureza da relação de emprego e do poder organizacional/diretivo na condução de seu negócio. Em seguida analisou-se o poder do empregador na dispensa do empregado, sob a ótica de direito potestativo de empregador.

A partir daí colocou-se em estudo paralelo às restrições legais à dispensa consubstanciadas nas garantias ao emprego/estabilidades fixadas legalmente ou por negociadas em Acordo Coletivos.

Para análise da hipótese o estudo foi direcionado para a situação da estabilidade provisória concedida pela Lei Previdenciária ao trabalhador afastado por acidente, quando do seu retorno ao trabalho (art. 118 da Lei 8.213). Observou-se que o empregado doente não está

³⁶ Disponível em www.tst.jus.br – serviço de jurisprudência – acesso em 30/08/13 às 11:13

abrangido por essa garantia ou qualquer outra garantia estabilitária quer tenha ou não se afastado pela Previdência Social.

Através do estudo dos Direitos Fundamentais contidos na Constituição Federal, a pesquisa constatou que o *valor social do trabalho* e a dignidade humana foram erigidos como princípios fundantes da República e o *direito ao trabalho* expressamente incluído no rol dos direitos sociais.

A partir da investigação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, constatou-se que inobstante a rescisão contratual constituir do direito potestativo do empregador, a dispensa do empregado sabidamente enfermo viola a dignidade humana e o direito fundamental ao trabalho e constitui abuso desse direito.

Por fim, mediante a pesquisa constatou-se que a jurisprudência inclusive aquela emanada pela mais alta Corte Trabalhista, tem entendido que a rescisão contratual do empregado grave ou cronicamente enfermo é presumida como discriminatória, constituindo-se pois como ofensa ao princípio da dignidade humana insculpido na Carta Magna.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXI, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**, São Paulo : Malheiros, 2012

BRASIL, **Decreto – Lei 5.452, de 1º/05/1943** : Consolidação das Leis do Trabalho DF:Presidência da República 1943. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 30/08/2013 às 13:46

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** . Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30/08/13 às 13:53

BRASIL, **Lei 8.213, de 24/07/91** : Plano de Custeio da Previdência Social. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm .Acesso em 30/08/13 às 13:58

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. **Direitos Humanos e o direito do trabalho**, São Paulo : LTr, 2013

Constituição da República Federativa do Brasil
www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do Trabalho**, 12. ed., São Paulo : LTR., 2013

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS , Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo : Ed. RT, 2008. p.18

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Direitos Fundamentais e sua Aplicação no Mundo do Trabalho : Questões Controversas**, São Paulo: LTr, 2010

HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006

KELLER, Werner **O direito ao trabalho como direito fundamental : instrumentos de efetividade**. São Paulo:LTR, 2011

MAGANO, Octávio Bueno. **Do Poder Diretivo na Empresa**. São Paulo ; Saraiva, 1982

MARINRICH Nelson. *Reconstrução do Direito do Trabalho*, GANDRA Ives Gandra et al (coord.) **Os Pilares do Direito do Trabalho**, São Paulo : Lex Editora

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo : Atlas, 2010

_____ **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 200.

_____ **Direito da Seguridade Social Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo : Atlas, 2010

MEZARROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra, Direitos humanos e a empresa privada no Brasil, In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord); MAILLART, Adriana Silva et al (org). **Justiça empresa e sustentabilidade** (v.2), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011 , capítulo 16, pp. 294/307.

PIOVESAN, Flávia, in **Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Saraiva, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre;Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas** 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.