

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

ANA CAROLINA PEREIRA ALMEIDA DAMASIO

**REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS
HIV**

**SÃO PAULO
2010**

ANA CAROLINA PEREIRA ALMEIDA DAMASIO

**REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS
HIV**

Trabalho de conclusão de Pós-Graduação em Direito
do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo.

São Paulo
2010

Aos meus pais, os quais me despertaram o interesse pelo Direito.

À minha irmã, à minha amiga Monaliza e ao meu marido, pelo constante incentivo.

Aos meus sobrinhos, que me encorajam, todos os dias, a desafiar os meus limites.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao escritório TozziniFreire Advogados Associados, por ter custeado parte do curso.

Agradeço à minha coordenadora e amiga, Meire Chrystian Linhares Neto, pelos ensinamentos, pela paciência e pela confiança depositada em mim.

Agradeço à minha Professora, Especialista e Mestre em Direito do Trabalho, Cristina Paranhos Olmos, por ter contribuído com este trabalho, proporcionando-me, além de ensinamento, material de estudo.

Quando eu pensei que tudo tinha acabado, eu me descobri por inteiro. Pode parecer uma afirmativa irônica, mas é real. Quando mais nada se tem a perder, quando as perspectivas são poucas e pensa-se não ter mais futuro, nos despimos da demagogia, da hipocrisia, das aparências e de todas as “máscaras” que a vida nos impôs. Estamos sós. Nós conosco próprias... E agora? De dentro de nós, numa fúria avassaladora, emerge o nosso “EU” real... EU QUERO VIVER!!! E, - incrível – só então, perdemos o medo da sociedade, dos preconceitos, da discriminação...Nada mais temos a perder, ou a temer! Assumimos integralmente a nossa identidade e vamos, de corpo e alma, à luta, da nossa real necessidade: A VIDA! Querer viver nos faz sermos inteiras. Honestas conosco próprias. Não mais aceitamos as imposições da vida sem contestação. Só neste momento – e isto é surpreendente –nos sentimos FORTES! Quando o corpo fragilizou, quando recebemos a notícia terrível da moléstia avassaladora em nosso organismo, encontramos a verdadeira força que comanda a humanidade. A força interior. QUERO VIVER! E, a partir desta constatação, superamos barreiras inimagináveis! Simples mulheres, mães, avós, do lar ou não, nos transformamos em guerreiras, corajosas, com falas próprias e buscando o bem maior: a vida. Nada nos silencia...Ninguém nos silencia... QUEREMOS VIVER!!! E é esta necessidade de vida, que nos faz vivas. É esta necessidade de demonstrarmos aos quatro ventos que não somos um vírus, não somos uma doença, não somos uma epidemia, MAS SOMOS MULHERES, é que nos transforma em verdadeiros gigantes na luta pela cidadania. Continuo a mesma? Não...Estou muito melhor! Agora não tenho máscaras moldadas pela sociedade... Agora, sou EU. INTEIRA, com a minha vontade de viver...Sou menos digna do que as que não estão doentes??? NUNCA! Sou igual! Ou melhor?! Quem sabe...Eu já transcendi a dificuldade de não me saber finita. Vou morrer um dia...quem não vai?! Portanto, eu tenho plena consciência do valor da minha vida e cultivo cada minuto em que estou aqui. Se estes minutos, horas, dias, meses ou anos que me restam, são única e exclusivamente MEUS, porque vou me preocupar com o que os outros acham de mim? EU SEI QUEM EU SOU, E ISTO ME BASTA! Compreenderam? Agora, SOU INTEGRALMENTE EU, DONA DA MINHA VIDA...

Beatriz Pacheco, advogada, integrante do Grupo Cidadã PositHIVa

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a gravidade do problema ante a propagação da AIDS, principalmente em pessoas em idade de capacidade laboral e, nesse sentido, tornar explícitos os direitos que são garantidos pela Constituição Federal e legislações infraconstitucionais, no que tange àquele empregado que contraiu o vírus HIV. Nesse aspecto, o foco precípua do presente trabalho é a garantia de emprego ao empregado portador do vírus da AIDS. Para tanto, analisou-se o princípio constitucional da dignidade humana e o da não discriminação, as formas de rescisão do contrato de trabalho, o conceito e formas de garantia de emprego e estabilidade para chegar-se à possibilidade, de acordo com preceitos constitucionais, da garantia de emprego do portador do vírus HIV, com a devida reintegração em casos de discriminação. Demonstrou-se, ainda, a corrente pretoriana sobre o tema em questão. A conclusão do trabalho aponta que, não obstante a inexistência de legislação específica sobre a questão, a garantia de emprego ao portador do vírus HIV é medida que se impõe em caso de dispensa presumidamente discriminatória.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A AIDS – BREVE HISTÓRICO, INFORMAÇÕES GERAIS E NOMENCLATURA RECEBIDA PELO PACIENTE	11
2.1 BREVE HISTÓRICO.....	11
2.2 INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE A AIDS	11
2.3 DA NOMENCLATURA RECEBIDA PELO PACIENTE	13
3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO	15
3.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO	15
3.2 NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS - PRINCÍPIOS E REGRAS	17
3.3 NATUREZA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	19
3.4 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	19
3.5 PRINCÍPIOS E VALORES	20
3.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	21
3.6.1 Conceito de Dignidade da Pessoa Humana	21
3.6.2 A constitucionalização do princípio da dignidade de pessoa humana	25
3.6.3 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988	26
3.7 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO.....	28
3.7.1 Conceito de discriminação	28
3.7.2 O princípio da não discriminação na Constituição Federal de 1988	30
4 CONTRATO DE TRABALHO	32
4.1 O CONTRATO DE TRABALHO	32
4.2 EFEITOS ESPECÍFICOS DO CONTRATO POR TEMPO INDETERMINADO	33
4.3 FORMAS DE CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	34
4.4 O DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR NA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E O ABUSO DE DIREITO.....	35
4.5 DISPENSA ARBITRÁRIA E OBSTATIVA DE DIREITOS	37
4.6 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	40

5 GARANTIA DE EMPREGO E ESTABILIDADE	43
5.1 CONCEITO E DISTINÇÃO DE GARANTIA DE EMPREGO E ESTABILIDADE	43
5.2 HIPÓTESES DE ESTABILIDADE.....	43
5.3 DOS EFEITOS DA ESTABILIDADE	45
6 O EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV, A ESTABILIDADE E A REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO	47
7 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA.....	52
7.1 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2 ^A REGIÃO - SÃO PAULO	52
7.2 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9 ^A REGIÃO – PARANÁ.....	56
7.3 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12 ^A REGIÃO - SANTA CATARINA	64
7.4 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15 ^A REGIÃO – CAMPINAS	68
7.5 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	71
8 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

1 INTRODUÇÃO

A AIDS ou, traduzindo-se para a língua pátria, SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), descoberta na década de 80, é uma doença que se manifesta após a infecção do organismo humano pelo Vírus da Imunodeficiência Humana, mais conhecido como HIV. Esta sigla é proveniente do inglês - *Human Immunodeficiency Virus*. Referido vírus destrói os linfócitos - células responsáveis pela defesa do nosso organismo -, tornando a pessoa vulnerável a outras infecções e doenças oportunistas, chamadas assim por surgirem nos momentos em que o sistema imunológico do indivíduo está enfraquecido.¹

Quando da descoberta da doença em questão, os portadores do vírus HIV não possuíam uma presunção de continuação de vida, acreditando-se que essa era pouquíssima.

Entretanto, diante dos avanços tecnológicos e progressos da medicina, a AIDS pode ser considerada uma doença crônica, ou seja, uma pessoa infectada pelo vírus HIV pode viver com o vírus, por um longo período, sem apresentar qualquer sintoma.²

Assim, os portadores do vírus HIV passaram a possuir uma sobrevida maior de melhor qualidade e, portanto, passou-se a procurar a persecução dos direitos destes doentes, em todos os campos do Direito e da sociedade em si, vinculando todos os aspectos à vedação das práticas discriminatórias e preconceituosas.

Desta forma, os reflexos da AIDS, no campo do Direito do Trabalho, inclusive pelo fato de que grande número de portadores do vírus HIV encontra-se em idade ativa, tem se tornado assunto que merece atenção especial do profissional do Direito.

Com efeito, o Direito possui papel relevante neste contexto, sendo certo, ainda, que o profissional do Direito possui a missão de auxiliar a encontrar formas e garantias de agir em defesa dos portadores do vírus HIV.

Nesse aspecto, o profissional em questão tem a função de utilizar os princípios gerais do Direito, a analogia e os costumes, no preenchimento de lacunas do falível legislador, para assegurar ao portador do vírus HIV a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana nas relações sociais e de trabalho.

¹<http://www.aids.gov.br>

² Ibidem.

O portador do vírus HIV, salvo em situações onde a doença pode ser considerada como terminal, é capaz de realizar funções como qualquer outra pessoa, não podendo lhe ser tirado o direito de viver de forma ampla e digna.

Assim é que, o empregado portador do vírus não pode e não deve ser afastado de suas funções normais, inclusive do trabalho, visto que no trabalho encontra estímulo para lutar contra a doença, bem como meios de subsistência para adquirir medicamentos e tratamentos médicos.

Entretanto, em diversas ocasiões, a descoberta da doença pelo empregador enseja a prática de atos discriminatórios e a despedida arbitrária e obstativa de direitos.

Desta forma, o presente trabalho tem o intuito de demonstrar a gravidade do problema ante a propagação da AIDS, principalmente, em pessoas em idade de capacidade laboral, e, nesse sentido, tornar explícitos os direitos básicos que são garantidos pela Constituição Federal e legislações infraconstitucionais, no que tange àquele empregado que contraiu o vírus HIV e a manutenção de seu emprego.

2 A AIDS – BREVE HISTÓRICO, INFORMAÇÕES GERAIS E NOMENCLATURA RECEBIDA PELO PACIENTE

2.1 BREVE HISTÓRICO

A AIDS foi descoberta em 1981 nos Estados Unidos e concomitantemente em uma população haitiana que apresenta elevado índice de prostituição.

A partir de tal marco temporal, houve um crescimento avassalador de pessoas infectadas com o vírus da AIDS nas mais diversas partes do mundo.

No Brasil, teve-se conhecimento da AIDS pela primeira vez em 1983, quando se registrou o primeiro caso em São Paulo.

Segundo o Boletim Epidemiológico publicado pelo sítio www.aids.gov.br, verifica-se que os dados revelam que a epidemia de AIDS no Brasil está em um processo de estabilização, embora em patamares elevados, tendo sido diagnosticado, em 2007 um total de 33.689 casos novos diagnosticados no território nacional, com uma taxa de 17,8 casos por 100 mil habitantes.

Urge ressaltar que, muito embora a AIDS tenha se verificado inicialmente entre homossexuais, usuários de drogas injetáveis e pacientes submetidos a múltiplas transfusões de sangue, detecta-se atualmente que a síndrome pode alcançar qualquer pessoa, independentemente de idade, raça, nacionalidade, sexo, estado clínico e hábitos sexuais.

Até o presente momento, os avanços da medicina ainda não encontraram um tratamento eficaz para esse letal colapso do sistema imunológico, consignando-se apenas alguns raros casos de portadores do HIV que tem longa sobrevivida, denominados *Long Term Survivers*.

2.2 INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE A AIDS

A AIDS é uma infecção viral que reprime, e, no estágio mais avançado, destrói o sistema imunológico do organismo.

O vírus, conhecido por HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), que na língua portuguesa se denomina VIH (Vírus da Imunodeficiência Humana), age invadindo e matando os glóbulos brancos, chamados T lymphocytes (T-cells) ou linfócitos do tipo T, presentes na corrente sanguínea.

Por conseqüência, doenças que raramente afetariam pessoas com o sistema imunológico perfeito, podem debilitar e ser fatais às pessoas infectadas com o HIV. Trata-se das infecções oportunistas, que podem ser de vários tipos.

Existem três estágios de progressão após a contaminação pelo vírus HIV, a saber:

- 1) *seropositiv* ou soropositivo.
- 2) *AIDS related complex (ARC)* ou complexo relacionado ao AIDS ou pré-AIDS.
- 3) *full-blown AIDS*.

No estágio soropositivo a pessoa foi contaminada com o vírus HIV, o qual permanece em estado dormente em algumas células T. Enquanto a mera infecção com o HIV pode não trazer algum ou pequenos impactos adversos na saúde da pessoa, a longo tempo o vírus pode causar demência ou outra perturbação mental. Ainda assim, essa pessoa pode não apresentar os sintomas dos dois últimos estágios. A pessoa soropositiva pode transmitir o vírus.

No estágio ARC evidencia-se a ativação do vírus na célula T infectada, causando pequenos e médios danos no sistema imunológico do organismo. Os pacientes de ARC apresentam alguns sintomas sugestivos da síndrome, mas não manifestam complicações secundárias, inclusive infecções de doenças oportunistas. Os sintomas incluem excessiva perda de peso, transpiração noturna etc. Para alguns, esses sintomas são apenas incômodos e irritantes, enquanto que para outros podem ser seriamente debilitantes.

A AIDS é o último estágio de progressão, o mais sério e fatal, na maioria e talvez em todos os casos. O sistema imunológico sofre um grande colapso e o organismo é invadido por um exército de infecções e malignicências.

A transmissão do vírus HIV requer uma mistura de fluidos corpóreos. Embora já se tenha verificado a presença do vírus HIV em fluidos como a saliva, a lágrima, a urina, as evidências epidêmicas demonstram a transmissão apenas através de sangue e sêmen infectados.

De fato, as três formas mais comuns de transmissão do vírus são o contato sexual, a transfusão de sangue e o contágio por seringas infectadas. Contudo, pode ocorrer também a transmissão vertical, de mãe para filho, durante a gestação ou por ocasião da amamentação, sendo de 33% a probabilidade de transmissão do HIV por essa forma.

Não se detectou nenhum caso de contágio em pessoas que convivem com portadores do HIV, compartilhando toalhas, escovas de dente, camas, banheiros, utensílios de cozinha e mesmo através de contatos mais íntimos como beijo. Em síntese, não existe contágio mediante contato social.

2.3 DA NOMENCLATURA RECEBIDA PELO PACIENTE

Segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1665/2003, o paciente acometido do mal em tela recebe a nomenclatura de “*portador do vírus da SIDA (AIDS)*” ou “*soropositivo*”.³

A jurisprudência e doutrina também tem permitido a utilização da expressão “*portador do vírus HIV*”.

Importante se faz destacar que a expressão ‘aidético’ não é a mais apropriada, caracterizando, inclusive, ato de discriminação a utilização da expressão em questão.

Veja-se, nesse sentido, o quanto ensina Wagner Gusmão Reis Junior:

*Concordamos com a opinião de que não é adequado o neologismo “aidético”, eis que o termo é cunhado à base de execrável preconceito, equiparando-se a outras construções idiomáticas carregadas de conotações pejorativas, como é o caso de “leproso”, termo popularmente utilizado para se referir aos portadores de hanseníase. Cremos que a carga pejorativa da doença já é absolutamente danosa, sob o prisma psicológico, àqueles que do mal sofrem, razão pela qual devem ser evitadas quaisquer formas de tratamento inadequado, medida que, no mínimo, demonstra sensibilidade.*⁴

Nesse aspecto, a expressão “aidético” é incorreta, sendo certo, inclusive, que as ONGs AIDS e a CNDST/AIDS combatem o referido termo, por ser pejorativo e discriminatório,

³ <http://www.portalmedico.org.br>

⁴ REIS, Wagner Gusmão Junior. *Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p. 8

indicando que podem ser utilizadas as expressões “soropositivo” ou “pessoa que vive com HIV/AIDS”.⁵

⁵ <http://www.agenciaaids.com.br/dicionario2.asp>

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

3.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO

Segundo ensina Geraldo Ataliba:

(...) princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, da administração e da jurisdição. Por estas, não podem ser contrariados, têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.⁶

A doutrina, até 1950, defendia que os princípios estavam em posição subsidiária, contudo a partir desta segunda metade do século, vários autores passaram a proclamar a normatividade dos princípios.⁷

De acordo com Ruy Samuel Espíndola a idéia de princípio ou a sua conceituação designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas regidos por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa de onde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.⁸

(...) Contudo na ciência jurídica tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes. Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e idéias podem levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.⁹

⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. p. 6/7. *apud.* Rizzato, Nunes. *O princípio da dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 38.

⁷ ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 27.

⁸ *Ibidem.* p. 47

⁹ *Ibidem.* p. 49

Entretanto, Crisafulli, em 1952, acabou por inovar com a sua teoria sobre a normatividade dos princípios, na qual menciona que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.¹⁰

Ainda, importante registrar que Ricardo Guastini menciona seis distintos conceitos de princípios, todos vinculados a disposições normativas:

- o vocábulo princípio se refere a normas (ou disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade;
- para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos completos;
- para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter “programático”;
- para referir-se a normas (ou dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada;
- para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função “importante” e “fundamental” no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações);
- para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.¹¹

Assim, conforme Paulo Bonavides, o traço comum a todas essas formulações, ou seja, vínculo unificador, é a normatividade dos princípios.¹²

¹⁰ Crisafulli. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão, 1952, p. 15 *apud* Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.

¹¹ GUASTINI, Ricardo. *Dalle Fonti alle Norme*. Turim: 1990, p. 112/144/116/118/119/120 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257/258

¹² BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 257.

3.2 NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS - PRINCÍPIOS E REGRAS

Para o doutrinador Robert Alexy os princípios são normas, pois dizem o que deve ser. Nesse sentido, menciona:

O ponto decisivo para distinção entre regras e princípios é que são mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam que algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas.¹³

Robert Alexy ensina que a diferença entre as duas espécies de normas, é qualitativa e não de grau, como sugerem outros doutrinadores, para os quais o princípio teria maior grau de generalidade e as regras menor grau de generalidade. Os princípios, pode-se dizer que são normas utilizadas com maior elasticidade, ao passo que as regras são rígidas, com aplicação estrita. As regras jurídicas são normas passíveis ou não de cumprimento. Ademais, a ordem jurídica não admite que convivam regras contrárias, pois uma delas será considerada inconstitucional ou nula, salvo se a contrariedade seja resultante de uma exceção prevista no sistema jurídico. Assim, se uma regra é válida, há que se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, são razões definitivas, salvo se houver disposição em contrário. Daí resulta que a diferença é qualitativa. Os princípios contêm mandados “*prima facie*”, ordenam que algo *deve ser* realizado.¹⁴

Por sua vez, Norberto Bobbio afirma que:

Os princípios gerais de direito são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas: se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras ... Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. apud SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza. 1999. p. 48.

¹⁴ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1998. p. 45/46.

são extraídos e empregados é a mesma, cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?¹⁵

Pode-se concluir, portanto, que os princípios possuem importância dentro do ordenamento jurídico. Após a análise da diferença entre regras e princípios, ambas espécies do gênero norma, verifica-se a formação dos princípios constitucionais e da teoria contemporânea dos princípios. Como já foi observado, muito já se discutiu sobre a normatividade dos princípios. Contudo, necessário concluir que hoje há a preocupação em demarcar os limites de eficácia das normas constitucionais principais.¹⁶

Ruy Samuel Espíndola, menciona ainda que:

é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios ampliou o seu raio de circunferência científica, ganhando mais vigor, latitude e profundidade para desenvolver-se, pois seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas, é o estalão das normas constitucionais, é o da explicitação conceitual e iluminação das positivamente normativas de realidades jurídicas mais vastas e complexas, reflexos da estatução jurídica do político. Agora ela se ocupa da tarefa de demarcar os limites de eficácia das normas constitucionais principais. (...) no estágio atual do constitucionalismo, a teoria dos princípios ilumina a positivamente e a constitucionalização das normas constitucionais principais. Para essa teoria, tais normas, depois de juridificadas nas constituições, se transformam nos fundamentos da ordem jurídica-constitucional, fundamentando, conseqüentemente, a ordem jurídica global dos estados contemporâneos.¹⁷

Pode-se entender por sistema - todo o direito positivo e subsistema, as suas ramificações. E nestes subsistemas as normas de cada um fazem parte de um sistema onde os princípios jurídicos tanto positivos como gerais de direito estão vinculados. Esta concepção de fundamento no ordenamento jurídico dos princípios é compreendida no direito constitucional, agora chamados de princípios constitucionais e, eles, entendidos como normas, são normas supremas do ordenamento jurídico.¹⁸

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 263/264.

¹⁶ LEDUR, José Felipe. *Op. Cit.* p. 45/46.

¹⁷ ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 72.

¹⁸ *Ibidem*. p. 73/74

3.3 NATUREZA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Segundo Carmem Rocha, a natureza dos princípios constitucionais pode ser entendida:

os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que forma o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimenta-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional. (...) E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles, - ou antes demonstram - a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas. (...) O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal. (...) Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento íntegro. (...) A norma que dita um princípio constitucional (...) põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.¹⁹

Conclui-se, portanto, que os princípios constitucionais estão no ponto mais importante do ordenamento jurídico, sendo as vigas mestras da construção do sistema jurídico.

3.4 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Passa-se a demonstrar as funções dos princípios no ordenamento jurídico.

Na fase pré-jurídica, ou seja, na fase de construção da regra, da elaboração da norma, os princípios tem influência teórica-ideológica e atuam como fontes materiais do direito.

Já na fase do direito posto, os princípios atuam com papel relevante, exercendo as seguintes funções:

- Interpretativa: no processo de compreensão da norma jurídica, auxiliando na interpretação jurídica como critério orientador do Juiz e do intérprete.

¹⁹ ROCHA, Carmem. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p. 25/26. apud ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 76.

- Fontes formais supletivas: tem função subsidiária, de acordo, inclusive, com o artigo 8º da CLT, na lacuna da lei, apresenta-se como recurso necessário à integração jurídica do direito.

- Normatividade: com o reconhecimento de norma jurídica, possibilita a extensão ou restrição de certa norma. Contudo, sendo os princípios e as regras considerados normas, os princípios desempenham papel diverso.

Nesse aspecto, importante registrar que a prevalência dos princípios sobre as regras é relativa, sob pena de criar-se total insegurança jurídica. Não existem, portanto, princípios absolutos. Na solução de conflitos - princípios e regras ou entre princípios - utiliza-se o critério de peso, analisando-se as duas dimensões: Se entre regras: resolve pela aplicação da validade; se entre princípios: pela aplicação de valores, sendo a hierarquia estabelecida diante da valorização de cada caso.

Os princípios vinculam tanto o entendimento como a aplicação das normas jurídicas, influenciando até nas próprias normas da constituição. Nesse aspecto, se uma regra constitucional tiver vários sentidos, a interpretação deve ser no sentido de proporcionar uma sintonia com o princípio que lhe rege. Assim, havendo antinomia entre normas aplicar-se-á o princípio mais relevante no contexto.²⁰

Ademais, pode-se afirmar que nenhuma interpretação será jurídica se conflitar com um princípio constitucional.

3.5 PRINCÍPIOS E VALORES

Importante se faz diferenciar princípios de valores.

Os Direitos Fundamentais se alicerçam em um sistema objetivo de valores.

Como já foi dito anteriormente, os princípios dizem respeito a conceitos deontológicos, ou seja, mandados e proibições - deve ser- são dirigidos ao aplicador do Direito.

Já os valores são conceitos axiológicos, ou seja, são critérios ou referências que servem como norte, orientação, guia para a interpretação e a aplicação do Direito.

²⁰ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. atualizada. São Paulo: LTr. 2002.

Nesse aspecto, pode-se concluir que a diferença está no fato de que os princípios são devidos e os valores são referências. Deste modo, pode-se dizer que os princípios prevalecem sobre os valores.

Após a breve explanação acerca dos princípios, passa-se a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.6.1 Conceito de Dignidade da Pessoa Humana

Nas civilizações antigas a pessoa era tida como um animal político ou social, somente com o surgimento do Cristianismo passa a pessoa a ter um valor e possuir dignidade.

Nesse aspecto, com o Cristianismo surge a filosofia patrística, posteriormente desenvolvida pelos escolásticos da pessoa como categoria espiritual, com subjetividade, que possui valor em si mesma, como ser de fins absolutos e, que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais, possuindo dignidade.²¹

Segundo leciona Ingo Wolfoang Sarlet:

(...) a idéia do valor da pessoa humana encontra suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no antigo como o Novo Testamento, podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínscico, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.²²

O referido doutrinador menciona, ainda, que Tomás de Aquino, na Idade Média, foi quem passou a usar o termo *dignitas humana*, precedido pelo italiano Pico de Mirandola, na Idade Moderna em plena Renascença, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar

²¹ SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza. 1999. p. 19

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 101

inerente ao ser humano, sustentou ser esta que lhe possibilitava construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.²³

O espanhol Francisco de Vitória também contribuiu para a afirmação da ideia de dignidade humana, quando, no século XVI e no início da expansão colonial espanhola, sustentou, no que se refere ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios e baseado no pensamento estóico e cristão que, estes, em função do direito natural e de sua natureza humana - e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes, eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direito, proprietários e na condição de signatários de contratos firmados com a coroa.²⁴

Nos séculos XVII e XVIII, no âmbito do pensamento jusnaturalista a concepção de dignidade da pessoa humana, assim, como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos em dignidade e liberdade.²⁵

Para José Afonso Silva:

O valor da dignidade da pessoa humana - resultante do traço distintivo do ser humano, dato de razão e consciência - embora tenha suas raízes no pensamento clássico, vincula-se à tradição bimilinar do pensamento cristão, quando enfatiza que cada Homem se relaciona com um Deus que também é pessoa. Dessa verdade teológica, que identifica o homem à imagem e semelhança do Criador, derivam sua eminente dignidade e grandeza, bem como seu lugar na história e na sociedade. Por isso, a dignidade humana não é - nem nunca foi - uma criação constitucional, mas um dado que preexiste a toda experiência especulativa, razão por que, no âmbito do Direito, só o ser humano é o centro de imputação jurídica, valor supremo da ordem jurídica.²⁶

Já Miguel Reale, citado por Lucia Barros Freitas de Alvarenga, ensina que:

O homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica; ele representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua capacidade de síntese, tanto no ato instaurador de novos objetos de conhecimento, como no ato constitutivo de novas formas de vida. O homem é e deve ser, e tem consciência dessa dignidade. Dessa

²³ K. Stern, Staatsrecht. p. 212 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 102

²⁴ cf. M. Kriele. Einführung in die Staatshlehre. p. 212 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 102

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 102

²⁶ SILVA, José Afonso. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, abril/junho, 1998. p. 89 *apud* GOMES, Dinaura Godinho Pimentel, Revista LTr, 68-02/292, Vol. 68, nº 3, Março 2004

autoconsciência nasce a idéia de “pessoa”, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.²⁷

Nesse aspecto, verifica-se que cada pessoa deve ser considerada como um ser único e fonte de valores.

Verifica-se, pois, que a “dignidade da pessoa humana” é um princípio de valor supremo, englobando os direitos fundamentais do homem desde o seu direito à vida até a sua morte.

Immanuel Kant entendia que ao invés do homem girar em torno dos objetos, estes é que giram em seu redor.

Dáí conclui Fernando Ferreira dos Santos que o conhecimento do homem não deve se amoldar aos objetos, mas os objetos devem ajustar-se ao conhecimento humano – idealismo gnoseológico – ou seja, é ainda um idealismo transcendental, na medida em que se ocupa não dos objetos, mas da maneira de conhecê-los como construtor ativo do ato de conhecimento.²⁸

Para a real compreensão do conceito de dignidade da pessoa humana, conforme ensina Miguel Reale, faz-se necessário o estudo das três concepções da existência, quais sejam, individualismo, personalismo e transpersonalismo. Passa-se a explicação desta três concepções:

O individualismo social é sustentado pelos doutrinadores que entendem que a ordem social justa é o resultado da satisfação do bem do indivíduo como indivíduo, sendo que neste pensamento existe a tese essencial de que, se cada homem cuidar de seu interesse e de seu bem, cuidaria, *ipso facto*, do interesse e do bem coletivo e social.

Contrariamente à tese dos teóricos do individualismo, há o transpersonalismo, onde sustenta-se que o bem de todos é condição *sine qua non* da felicidade individual, e que, na realidade, devem preponderar sempre os valores coletivos. Nesse aspecto, desdobram-se as perspectivas jurídico-políticas de uma concepção socialista ou coletivista do justo, reputando-se equívocas todas as teorias que apresentam a “pessoa humana” como bem supremo. Desta forma, não se poderia falar em moral individual, senão como aspecto ou momento da “moral

²⁷ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. Ed. Saraiva. 211. Apud. ALVARENGA, Lucia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.p. 131.

²⁸ SANTOS, Fernando Ferreira. *Op. cit.* p. 21.

social”. Nessa concepção, nega-se, portanto, a pessoa humana como valor supremo, pois este realiza-se no coletivo.

Já na teoria do personalismo, que procura superar as outras duas, é sustentado que “há uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, donde a necessidade permanente de composição entre esses grupos de fatores, de maneira que venha a ser reconhecido o que toca ao todo e o que cabe ao indivíduo em uma ordenação progressiva capaz de harmonizar as duas forças”. Essa teoria adere à realidade histórica para saber, em cada circunstância, o que deve ser posto e resolvido em harmonia com a ordem social e o bem de cada indivíduo. Essa corrente é acorde em reconhecer que no trabalho de composição entre os valores do todo e os dos indivíduos, brilha um valor dominante, uma constante axiológica do justo, que é o valor da pessoa humana. O indivíduo deve ceder ao todo, até que não seja ferido no valor da pessoa, ou seja, a plenitude do homem.²⁹

Rizzato Nunes, em entrevista concedida para o sítio www.saraivajur.com.br ao ser questionado em que consiste o princípio da dignidade da pessoa humana, leciona:

Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, como, efetivamente, ela é importante. Contudo, no vigente diploma constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. Coloque-se, então, desde já que após a soberania, aparece no texto constitucional a dignidade como fundamento da República brasileira.

A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha - isto é, tem o direito de ganhar - um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento - sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência - religiosa, científica, espiritual - etc., tudo compõe sua dignidade.

Ou, como diz Chaves Camargo, toda "pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa".

Claro que se, de um lado, a qualidade da dignidade cresce, se amplia, se enriquece, de outro, novos problemas em termos de guarda surgem. Afinal, à medida que o ser

²⁹ REALE, Miguel. *Op. cit.* p. 277/279

humano age socialmente, poderá ele próprio - tão dignamente protegido - violar a dignidade de outrem.

Ter-se-á, então, de incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como um limite à possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra.³⁰

3.6.2 A constitucionalização do princípio da dignidade de pessoa humana

A valorização da noção da dignidade da pessoa humana está intimamente ligada, no plano jurídico, aos movimentos constitucionalistas modernos, em especial o constitucionalismo francês e americano.

O valor moral da dignidade da pessoa humana foi consagrado como valor constitucional na *Declaração de Direitos de Virgínia*, que precedeu a Constituição americana de 1787, e na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, que resultou da Revolução Francesa.

Com o passar do tempo, a figura da Constituição, nas suas principais aparições, preservou o provimento à dignidade humana e englobou gradativamente outros valores e outros desideratos mais amplos do que aqueles iniciais, assumindo a função de garantia dos interesses sociais e de limitação do poder econômico até adquirir, nos tempos atuais, um caráter programático e democrático voltado para a concretização dos valores por ela enunciados.

Apesar de ser possível sua dedução dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, a *expressa* positivação do ideal da dignidade da pessoa humana é bastante recente. Com algumas exceções, somente após sua consagração na *Declaração Universal* da ONU de 1948 é que o princípio foi *expressamente* reconhecido na maioria das Constituições.

No Brasil, o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana somente foi reconhecido formalmente na ordem positiva com a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou, de maneira incontestada, à uma categoria superlativa no ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.

³⁰ <http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaEntrevistasDetalhe.cfm?Cod=81> acesso em 26/07/2006

Destaque-se, que a coercitividade e imperatividade das normas jurídicas em âmbito constitucional se expressam em um grau mais contundente do que nas outras normas jurídicas, visto que as regras e princípios constitucionais, como já visto, são normas jurídicas de hierarquia superlativa, submetendo, pois, todo o conjunto normativo inferior às suas disposições expressas e aos desígnios dos valores consagrados em seu bojo, mesmo que implícitos.

Assim, uma das conseqüências práticas do reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana é que diretrizes como, *v.g.*, a proteção da dignidade humana, deixam de ser meras sugestões filosófico-axiológicas para se tornarem imperativos fáticos em toda amplitude do Direito projetado na sociedade.

3.6.3 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988

Conforme preceitua o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é um dos direitos fundamentais do Estado de Direito Democrático.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a tratar, em título próprio, dos Princípios Fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.³¹

Segundo o disposto no artigo 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 99.

Assim, sendo Ingo Wolfgang Sarlet, entende-se que a dignidade da pessoa humana além de ser um valor de conteúdo ético-moral, passou a ser uma norma jurídica-positiva constitucional, dotada de eficácia jurídica. No mesmo sentido, preceitua:

Neste contexto, não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, nesse sentido, um dever de respeito e proteção que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência. Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. Sustenta-se, nesta linha de pensamento, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo ao legislador encarregado de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio. De outra banda, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna. Esta eficácia de natureza jurídica-objetiva não se restringe a estes aspectos, assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é acima de tudo a Constituição da pessoa humana por excelência.³²

Deste modo, os princípios são elementos referenciais para aplicação e interpretação das normas jurídicas, sendo que o trabalhador deve ser tratado como fim em si mesmo, digno de sua condição de ser humano, respeitado e valorizado na condição de pessoa e trabalhador, e não como peça a serviço da economia.

Para efetividade do respeito à dignidade da pessoa humana é essencial a garantia de igualdade de todos os cidadãos perante a lei, pois não podem sofrer tratamentos arbitrários e discriminatórios, ou mesmo, serem submetidos à escravidão ou afronta ao livre desenvolvimento de sua personalidade na esfera individual e pessoal.

Veja-se a seguinte lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem assegurados, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 110.

houve limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana.³³

3.7 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

3.7.1 Conceito de discriminação

Segundo a obra *Brasil, Gênero e raça*, editada pelo Ministério do Trabalho, em parceria com o Ministério da Justiça e por meio do Programa Nacional de Direitos Humanos e da OIT, discriminação é “o nome que se dá para a conduta (ação ou omissão) que viola direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros”.³⁴

Maurício Godinho Delgado, citado por Regiane Margonar ensina que:

Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.) Mas pode, é óbvio, também derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.³⁵

Flávia Piovesam, citada por Francisco das C. Lima Filho, conceitua discriminação como sendo:

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objetivo prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 108.

³⁴ *Brasil, Gênero e Raça*. Ministério do Trabalho. In: <http://www.mp.os.gov.br>

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Proteções contra discriminação na relação de emprego*. In: *Discriminação*. Luiz Otávio Linhares e Márcio Túlio Viana (coords.). São Paulo: LTr, 2000, p. 97 *apud* MARGONAR, Regiane. *O empregado portador do vírus HIV/AIDS*. São Paulo: LTr. 2006. p. 166/167.

direitos humanos e das liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural ou civil em qualquer outro campo.³⁶

A Organização Internacional do Trabalho, através do artigo primeiro de sua Convenção número 111³⁷, considera discriminação toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por fim alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. Exclui aquelas diferenças ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego.

A conduta discriminatória, segundo Regina Maria Vasconcelos Dubugras, pode ser classificada em individual, sistemática e reflexiva.³⁸

A discriminação individual ocorre quando a conduta atinge diretamente um ou mais empregados ou trabalhadores, individualmente considerados, em razão da raça, cor, religião, gênero, idade, nacionalidade etc.³⁹

Já a discriminação sistemática é aquela onde as políticas empresariais ou decorrentes de normas coletivas discriminam grupos de pessoas em razão da raça, cor, religião, gênero, idade, nacionalidade etc.⁴⁰

Por fim, a discriminação reflexiva ocorre quando a política do empregador, independentemente de intenção, afeta negativamente um grupo, mais do que outro, sem justificativa.⁴¹

³⁶ PIOVESAM, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Brasília Jurídica, 2000, p. 132-133 *apud* LIMA FILHO, Francisco das C. *A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade*. In Revista LTr. Vol. 65, nº 10, outubro de 2001, p. 1199.

³⁷ Artigo 1º

1. Para os fins desta Convenção, o termo "discriminação" compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins desta Convenção, as palavras "emprego" e "profissão" compreendem o acesso à formação profissional, acesso a emprego e a profissões, e termos e condições de emprego.

³⁸ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Discriminação no emprego – formas, defesas e remédios jurídicos*. In Revista LTr. Vol. 66, nº 11, novembro de 2002, p. 1334.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

Após ter-se conceituado discriminação, passa-se a elucidar o princípio da não discriminação na Constituição Federal de 1988.

3.7.2 O princípio da não discriminação na Constituição Federal de 1988

O princípio da não discriminação encontra-se previsto na Constituição Federal em seus artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso XLI, *in verbis*:

Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(omissis)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

Art. 5º – (omissis)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Ainda, a Constituição Federal define o direito ao trabalho como um direito social e, em seu artigo 7º, proíbe qualquer tipo de discriminação que tenha por objetivo reduzir ou limitar as oportunidades de acesso e manutenção do emprego:

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

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

(...)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

⁴¹ Ibidem.

Através de leis infraconstitucionais, o legislador pátrio considera como crime o ato discriminatório, conforme se verifica pela disposição das Leis números 7.853/89 (pessoas portadoras de deficiências), 9.029/99 (origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade e sexo) e 7.716/89 (raça ou cor).

Entende J. J. Calmon de Passos que o princípio de não discriminação nada mais é que um desdobramento do próprio princípio da igualdade.

Nas palavras do citado autor:

Em verdade, o princípio de não discriminação é insuscetível de ser construído a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da igualdade, como seja entendido e positivado, ao qual se prende umbilicalmente.

Poderíamos dizer que, cuidando do princípio da igualdade, é sempre possível, em que pesem as dificuldades reconhecidas, identificar o seu conteúdo, construir sua fundamentação e delimitar seu alcance. Partindo-se do homem e de sua necessária sociabilidade temos condições de definir o que os faz iguais ou reclama que como iguais sejam tratados. Já no particular da não discriminação, comportamento idêntico é impensável, porque esse princípio não tem consistência própria, mas é uma aparente derrogação do princípio da igualdade, em face da inelutável necessidade prática de termos que tratar diferentemente os homens para igualá-los. Delimitar a diferenciação aceitável, porque compensadora, da que não comporta acolhida no sistema jurídico constitucional, é o que denominamos, com certa improbidade, de princípio de não discriminação, quando se trata não de um princípio, mas de um desdobramento do princípio da igualdade, em face da essencial desigualdade dos homens da necessidade politicamente essencial, em termos de modernidade, de dar-lhes um tratamento igualitário.⁴²

Nesse aspecto, conclui-se que o princípio da não discriminação está inteiramente ligado à concepção de igualdade e conforme ensina Regiane Margonar *a idéia contida no ato de discriminar cria ou, então, mantém uma situação de desigualdade injusta*.⁴³

⁴² PASSOS, J. J. Calmon de. *O princípio de não discriminação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em: 01 set. 2006.

⁴³ MARGONAR, Regiane. *Op. cit.* p. 109.

4 CONTRATO DE TRABALHO

4.1 A CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

Tendo-se em vista que o presente trabalho aborda os aspectos da rescisão contratual do empregado portador do vírus HIV, passa-se a conceituar contrato de trabalho *stricto sensu*, ou seja, o contrato de trabalho subordinado.

Segundo o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁴, contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Sérgio Pinto Martins conceitua o contrato de trabalho como sendo “o negócio jurídico entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa física ou jurídica (empregador) sobre condições de trabalho”.⁴⁵

Continua o citado professor ensinando que:

Representa o contrato de trabalho um pacto de atividade, pois não se contrata um resultado. Deve haver continuidade na prestação de serviços, que deverão ser remunerados e dirigidos por aquele que obtém a referida prestação. Tais características evidenciam a existência de um acordo de vontades, caracterizando a autonomia privada das partes.⁴⁶

Conforme o citado artigo 442 da CLT, o contrato de trabalho pode ser por prazo determinado ou indeterminado. Tendo-se em vista que a discussão do presente trabalho, necessário se faz conceituar contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Contrato de trabalho por prazo indeterminado é aquele quando as partes nada mencionam quanto ao prazo. Segundo Sérgio Pinto Martins “O contrato de trabalho por prazo indeterminado não é, porém, um contrato eterno, mas apenas que dura no tempo”.⁴⁷

⁴⁴ Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

⁴⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S/A. 2002. p.94.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 112.

Já Maurício Godinho Delgado ensina que *Contratos indeterminados são aqueles cuja duração temporal não tenha prefixado termo extintivo, mantendo duração indefinida ao longo do tempo.*⁴⁸

4.2 EFEITOS ESPECÍFICOS DO CONTRATO POR TEMPO INDETERMINADO

Segundo Maurício Godinho Delgado:

*O contrato por termo indeterminado tem efeitos próprios e específicos, se contraposto aos contratos a termo. Esses efeitos jurídicos tendem, de maneira geral, a ser francamente mais favoráveis ao empregado, elevando o nível de pactuação da força de trabalho no mercado.*⁴⁹

Os efeitos específicos do contrato de trabalho por tempo indeterminado são três, a saber: as repercussões da interrupção e suspensão do contrato; as repercussões das garantias especiais de emprego e estabilidade empregatícia e os rescisórios.⁵⁰

Tendo-se em vista o tema do presente trabalho, abranger-se-á apenas as repercussões das garantias especiais de emprego e estabilidades.

Com efeito, a indeterminação do prazo do contrato assegura a plena repercussão sobre o pacto das garantias de emprego e estabilidade, caso existente. Nesse aspecto, as garantias especiais inviabilizam, juridicamente, a ruptura arbitrária do pacto empregatício, mantendo hígido o contrato até o fim da correspondente garantia.

Sinaliza Maurício Godinho Delgado que:

*Ainda que a jurisprudência venha compreendendo que algumas dessas garantias não ensejam necessariamente a reintegração ao serviço em casos de dispensa arbitrária (garantias estritamente normativas, por exemplo), é inquestionável que todas elas garantem, pelo menos, a indenização relativa ao período de garantia desrespeitado pela atitude rescisória do empregador.*⁵¹

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2004. p. 519/520.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 520/521.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 521.

⁵¹ *Ibidem*. p. 521.

4.3 FORMAS DE CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Tendo-se em vista que a doutrina não é unânime no uso dos termos qualificadores do término do contrato de trabalho, visto que há doutrinadores que utilizam-se do termo *resolução*, enquanto outros utilizam-se da expressão *resilição* ou ainda, de *rescisão*, no presente trabalho utilizar-se-á apenas a expressão *cessação*, inclusive, para não gerar dúvidas e contradições.

Veja-se, por oportuno, que Sérgio Pinto Martins informa que tanto Evaristo de Moraes Filho, quanto Octavio Bueno Magano, adotam o termo *cessação do contrato de trabalho* em qualquer caso.⁵²

Nesse aspecto e segundo o citado professor Sérgio Pinto Martins, *a cessação do contrato de trabalho é a terminação do vínculo de emprego, com a extinção das obrigações para os contratantes.*⁵³

A cessação do contrato de trabalho por prazo indeterminado pode ocorrer pela decisão do empregador, por decisão do empregado, pelo desaparecimento de uma das partes, por mútuo acordo das partes ou por força maior.

A cessação do contrato de trabalho pela decisão do empregador pode ser por justa causa, quando ocorre um procedimento incorreto do empregado, tipificado em lei, ou sem justa causa.

Pela vontade do empregado, a cessação do contrato de trabalho pode ocorrer em decorrência de pedido de demissão, rescisão indireta, ou seja, quando a falta grave é praticada pelo empregador, tipificada em lei, e por aposentadoria.

Já a cessação do contrato de trabalho por causa do desaparecimento de uma das partes ocorre quando há o falecimento do empregado ou do empregador pessoa física ou pela extinção da empresa ou de uma de suas filiais.

Ainda, empregado e empregador poderão pactuar, de comum acordo, a cessação do contrato de trabalho, onde serão estabelecidos quais as formas e conseqüências do rompimento do vínculo de emprego.⁵⁴

⁵² MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p.325.

⁵³ *Ibidem.* p. 326.

Por fim, a cessação do contrato de trabalho por prazo indeterminado pode ocorrer em virtude de força maior, que, segundo Sérgio Pinto Martins é *o acontecimento inevitável e imprevisível, em relação à vontade do empregador, e para realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (art. 501 da CLT).*⁵⁵

4.4 O DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR NA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E O ABUSO DE DIREITO.

O entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que o empregador possui o direito potestativo de cessação o contrato de trabalho.⁵⁶

Arnaldo Sussekind defende que, de maneira geral, não há óbice para o empregador rescindir o contrato de trabalho:

Quando o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal diz que a relação de emprego será protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, traz, como consequência dessa proteção, indenização compensatória (mediante lei complementar – incisão do art. 10, I, ADCT, enquanto ausente a confecção de lei complementar) e não a reintegração. Daí ser possível ao empregador resiliir o contrato de trabalho com seu empregado, desde que efetue o pagamento desta indenização.⁵⁷

Os óbices para a cessação do contrato de trabalho por prazo indeterminado por vontade do empregador, quando existentes, dizem respeito a circunstância específica, como por exemplo, do empregado que sofre acidente do trabalho ou da empregada grávida.

Nesses casos, o empregador tem restringido o seu poder potestativo de cessação do contrato de trabalho. Ou, como leciona Regiane Margonar: “em outras palavras, isto quer dizer que, durante certo lapso temporal, o empregador terá cerceada a sua liberdade de influir na esfera jurídica de seu empregado, não podendo dispensá-lo do trabalho”.⁵⁸

Ressalte-se, contudo, o entendimento minoritário da doutrina sobre o direito potestativo do empregador na cessação do contrato de trabalho.

⁵⁴ Ibidem. p. 356.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ MARGONAR, Regiane. *O empregado portador do vírus HIV/AIDS*. São Paulo: LTr. 2006. p. 54.

⁵⁷ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 689, 1 vol.

⁵⁸ MARGONAR, Regiane. *Op. cit.* p. 53.

Com efeito, Edilton Meireles, citado por Regiane Margonar, defende que:

Talvez por vício da tradição, mas de qualquer modo questionável à luz da legislação anterior, as doutrina e jurisprudência brasileiras têm entendido que o empregador possui o direito potestativo de despedir imotivadamente o empregado, já que a lei prevê essa faculdade, não impedindo o rompimento contratual por denúncia vazia. Podemos admitir até que esse seria o nosso panorama jurídico até a promulgação da atual Carta da República, de 1988. Contudo, a partir de então, não se pode fazer essa mesma afirmação se se leva em conta o disposto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal. Estabelece esse preceito que é direito dos trabalhadores, 'além de outros que visem à melhoria de sua condição social', a 'relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos'. Desse preceito, a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação.⁵⁹

Tendo-se em vista que o entendimento majoritário é no sentido de que o empregador possui o direito potestativo de cessação o contrato de trabalho, continua-se a analisar o referido direito potestativo sob tal ótica.

Com efeito, e não obstante o entendimento de possuir o empregador o direito potestativo de cessação do contrato de trabalho, certo é que, referido poder potestativo, em face dos princípios e direitos constitucionais, encontra limites, não podendo ser abusivo.

O abuso de direito ocorre quando o direito é exercido de maneira que contraria a finalidade social para a qual foi criado.

O Código Civil vigente traz hipótese de abuso de direito, em seu artigo 187, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ocorrendo o abuso de direito, portanto, haverá a configuração de ato ilícito, sendo certo, ainda, que o responsável pela ação (ou omissão) será responsável pelo ressarcimento do prejudicado.

⁵⁹ MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004, p. 198 *apud* MARGONAR, Regiane. *Op. cit.* p. 54.

Assim, pode-se concluir que as ofensas aos direitos fundamentais da pessoa humana revelam o não cumprimento da função social do direito, gerando, portanto, o exercício abusivo deste.⁶⁰

Nesse aspecto, a cessação do contrato de trabalho em virtude de motivos discriminatórios constitui hipótese de abuso de direito.

E diante de tal regra, o exercício do direito potestativo do empregador na cessação do contrato de trabalho, quando praticado por ato discriminatório ao empregado portador do vírus HIV, deve ser considerado como abusivo, por não cumprir a sua função social, qual seja, não observação do dever genérico em não discriminar, segundo o artigo 3º, IV da Constituição Federal e não observância do direito à igualdade, artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.⁶¹

4.5 DISPENSA ARBITRÁRIA E OBSTATIVA DE DIREITOS

O artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, assegura, na categoria dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a proteção “contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar (...)”⁶²

A referida lei complementar, como é cediço, até o presente momento não foi editada, sendo certo que a inércia do legislador acarreta amplas discussões acerca de normas que logrem êxito em preencher tal lacuna.

Não obstante a inexistência de lei complementar, importante se faz elucidar que existe no ordenamento jurídico lei ordinária disciplinando forma de proteção contra a despedida arbitrária e fornecendo os parâmetros de enquadramento na aludida forma de resolução contratual.

Nesse sentido, a Lei 9.029 de 13/04/1995, para efeitos de restrição à despedida imotivada, definiu ato discriminatório em seu artigo 1º, *in verbis*:

⁶⁰ MARGONAR, Regiane. *Op. cit.* p. 57.

⁶¹ *Ibidem.* p. 62.

⁶² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Art. 1º 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, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Em decorrência da previsão legal de proibição de discriminação, em 26/05/1999 foi inserido na Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 373-A, onde o inciso II veda a motivação da dispensa do trabalho *em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível*.⁶³

Muito embora o referido dispositivo consolidado esteja inserido no Capítulo III da CLT, que dispõe sobre a proteção do trabalho da mulher, não há fator determinante que impeça a sua aplicação, de forma analógica, para toda e qualquer relação de emprego.

Ainda, verifica-se que a própria CLT no artigo 165, em sua redação de 1967, portanto, anterior à Constituição Federal vigente, já definia despedida arbitrária.

Com efeito, a redação do referido artigo consolidado apresenta como definição de despedida arbitrária como sendo a dispensa "que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro".

Nesse sentido, o ensinamento de Sérgio Pinto Martins⁶⁴:

O conceito de dispensa arbitrária é encontrado no art. 165 da CLT, que dispõe que se entende por dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo econômico ou financeiro é o relativo à insolvência da empresa, por questões, v.g. relativas a receitas e despesas. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa (art. 482 da CLT).

Veja-se, ainda, o entendimento de Jorge Luiz Souto Maior⁶⁵:

⁶³ Art. 373-A (...) II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 328.

⁶⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. *Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: 30 ago. 2006.

O modelo jurídico nacional já traz, há muito, definição neste sentido, entendendo-se como arbitrária a dispensa que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT.

O artigo 165 da CLT refere-se ao empregado titular de representação nas CIPAs, entretanto, não se pode olvidar que a CLT trouxe a definição de despedida arbitrária, que deve ser aplicada a todo e qualquer empregado, não somente o Cipeiro.

Há doutrinadores, ainda, que entendem que o artigo 7º, I da Constituição Federal é auto-aplicável. É o caso do citado professor Jorge Luiz Souto Maior que ensina que o artigo em questão é uma norma de eficácia plena⁶⁶:

(...) da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.

(...)

A norma constitucional que proíbe a dispensa arbitrária, portanto, tem eficácia plena e sua aplicação não pode e não deve ser evitada.

Em que pese a Convenção número 158 da OIT não mais vigor em nosso ordenamento jurídico, importante se faz destacar o quanto determinado por referida Convenção, em especial por já ter tido vigência no ordenamento pátrio, bem como por tratar-se do reconhecimento por parte da OIT à garantia de emprego.

Com efeito, o artigo 4º expressa, de forma adequada, a finalidade da referida Convenção:

Não se dará o término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com a sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

⁶⁶ Ibidem.

Já o artigo 13 possibilita a terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador por motivos “econômicos, tecnológicos estruturais ou análogos”.

Nesse aspecto, mesmo que a Convenção em questão não se encontra em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, certo é que não se pode deixar de considerar que as normas expressas da referida Convenção número 158 oferecem parâmetro para delimitar, com precisão, em que se constitui uma dispensa arbitrária e quais os seus efeitos jurídicos, estando, inclusive, em consonância com o quanto previsto no ordenamento jurídico interno.

Assim sendo, conclui-se que, independentemente de não existir lei complementar a regulamentar o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, o ordenamento jurídico já definiu o que é dispensa arbitrária.

Nesse aspecto, verifica-se que havendo previsão constitucional garantindo relação de emprego protegida contra despedida arbitrária, não pode o aplicador do Direito evitar a aplicação da norma constitucional em questão.

Já a dispensa obstativa, segundo a definição dada por Sérgio Pinto Martins *é a que pretende fraudar os direitos dos trabalhadores*.⁶⁷

Assim, tem-se que a dispensa obstativa ocorre quando o empregador dissolve o contrato de trabalho com a intenção de prejudicar o empregado na aquisição de direitos.⁶⁸

4.6 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Existem duas principais teorias que conceituam o interesse social: a contratualista, onde o interesse social coincide com o interesse dos sócios que compõem a empresa e a institucionalista onde o interesse social não pode ser reduzido ao mero interesse dos sócios; há

⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 328.

⁶⁸ JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2003. p.689.

várias outras espécies de interesses envolvidos no âmbito do interesse social. Esta última teoria corresponde diretamente aos preceitos da função social da empresa.⁶⁹

Muito embora a função primordial da empresa seja a busca do atendimento dos interesses de seus sócios, ou seja, gerar lucros e promover a distribuição dos dividendos entre os seus sócios, a concepção de lucro deve atender a uma hierarquia de valores.

Pelo fato de existir um número grande de pessoas diretamente atingidas pela atividade econômica, a empresa não é uma mera produtora de bens, mas sim um poder, representando uma força socioeconômica que pode influenciar o local em que se encontra instalada.

Nesse aspecto, o interesse da empresa deve ultrapassar os limites da teoria contratualista e abarcar os interesses do bem público.

Partindo-se de tal premissa, qual seja, a existência de diversos interesses envolvidos na atividade da empresa, chega-se a função social da empresa, que pode ser compreendida como sendo o conjunto de deveres e obrigações da empresa para com seus sócios, empregados, fornecedores, consumidores, Estados e, de um modo geral, toda a comunidade que é atingida pela atividade econômica desenvolvida pela empresa.⁷⁰

A função social da empresa é alcançada quando há geração de empregos, sustento da economia com o recolhimento de tributos, movimentação da economia com a compra e venda de bens e prestação de serviços, bem como quando a empresa observa a solidariedade, de acordo com o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, promove a justiça social, em prestígio ao artigo 170, *caput* da Carta Magna, promove a livre iniciativa – artigo 170, *caput* e artigo 1º, inciso IV da Constituição, promove a redução das desigualdades, atendendo ao disposto no artigo 170, inciso VII, promove o valor social do trabalho, em atenção ao artigo 1º, inciso IV da Constituição, assegura a observância da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, observa os valores ambientais, de acordo com o artigo 51, inciso XIV do Código de Defesa do Consumidor, assegura a aplicação de outros princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Passa-se a demonstrar os deveres impostos à empresa com relação a seus empregados, em vista do exercício de sua função social.

⁶⁹ DAVIES, Christian Galvão e SCALZO, Juliana Canarim. *Função Social da Empresa e do Contrato*. Revista de Direito Internacional e Econômico. Ano III nº 14, Jan/Fev/Mar/2006. Porto Alegre. Síntese/INCE, p. 13.

⁷⁰ DAVIES, Christian Galvão e SCALZO, Juliana Canarim. *Op. Cit.* p. 14.

A atividade empresarial é de extrema importância para a criação de empregos e desenvolvimento do trabalho humano, como instrumento de inserção do homem no meio social.

Para cumprir sua função social, em relação aos empregados, a empresa não deve somente gerar empregos, mas também tem obrigação de seguir estritamente a legislação, fazer cumprir as regras de proteção ao trabalhador, oferecendo, nesse aspecto, condições dignas aos empregados, bem como estimular a realização da própria humanidade que se dignifica pela atividade laboral e se insere na comunidade.

Em resumo, a empresa deve trabalhar com a finalidade de assegurar a sua função social e não apenas utilizar a força humana uma como uma força de produção tão-somente.

Nesse aspecto, a obrigação principal da empresa com relação aos seus empregados é assegurar a dignidade na relação de emprego.

Luiz Salvador, citado por Hádassa Dolores Bonilha Ferreira, comenta que:

A Constituição Federal não privilegia o “deus mercado”, o descompromisso social, com a vida humana, devendo o empregador respeitar os direitos do trabalhador, que, com sua força de trabalho, aliada à inteligência do administrador competente, alavanca o crescimento responsável e solidário da empresa.

O Constituinte de 1988, ao escrever a nossa Lex Legum, teve em vista o homem, o desenvolvimento da pessoa humana na integralidade, daí a proteção total (...) à própria dignidade humana, dando, inclusive, prevalência ao social em detrimento do mero interesse particular do lucro (...)⁷¹

No mesmo sentido, José Felipe Ledur afirma que a atividade econômica deve primar pela dignidade humana:

A prevalência da dignidade da pessoa humana como princípio supremo da ordem constitucional e também como fim último da ordem econômica exige que a atividade econômica contribua para a sua efetivação. Se a atividade econômica gera a indignidade, estará em desacordo com a Constituição, impondo-se a ação restauradora do Estado e da Sociedade.⁷²

⁷¹ SALVADOR, Luiz; CURY, Luciana. *Síndrome de Burnout*. In *Júris Síntese Millenium*. CD nº 40, março-abril 2003. Apud. FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio Moral ns Relações de Trabalho*. Campinas/SP. 2004. Russel. P. 95

⁷² LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1998. p. 99.

5 GARANTIA DE EMPREGO E ESTABILIDADE

5.1 CONCEITO E DISTINÇÃO DE GARANTIA DE EMPREGO E ESTABILIDADE

A estabilidade é considerada como espécie do gênero garantia de emprego.

Pode-se conceituar garantia de emprego como sendo uma política Estatal que consiste na utilização de inúmeros mecanismos que proporcionem a criação de empregos, bem como a manutenção daquele já conseguido.⁷³

Esse, inclusive, é o ensinamento do professor Sergio Pinto Martins:

Há que se distinguir a estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego é o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço. Está, portanto, a garantia de emprego ligada à política de emprego.⁷⁴

Já a estabilidade, pelo fato de ser o fator impeditivo ou obstativo da dispensa, se destina a uma das finalidades da garantia de emprego, qual seja, a manutenção do emprego conseguido.⁷⁵

Segundo o citado Sérgio Pinto Martins

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo à revelia do empregador, desde que inexistam causas objetivas para determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário.

5.2 HIPÓTESES DE ESTABILIDADE

⁷³ REIS, Wagner Gusmão Junior. *Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p. 14

⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* 372

⁷⁵ REIS, Wagner Gusmão Junior. *Op. cit.* p. 14

São hipóteses de estabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação ordinária:

- aos empregados, urbanos e rurais, salvo os domésticos, não optantes do FGTS, que completaram dez anos de serviço na mesma empresa ou grupo de empresas, até 05 de outubro de 1998, é a estabilidade decenal (artigo 492 da CLT, tacitamente revogado pela Constituição Federal de 1988);

- aos empregados eleitos para órgãos de administração das entidades sindicais (sindicatos, federações) e correspondentes suplentes, desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato (artigo 8º, VIII, da Constituição Federal e parágrafo 3º do artigo 543 da CLT), inclusive os que atuam na atividade rural (parágrafo único do artigo 1º da Lei 5.889/73);

- aos empregados eleitos por entidade sindical para representantes, e respectivo suplente da categoria, grupo ou ramo profissional em tribunal do trabalho, conselho de previdência social ou colegiado de outros órgãos públicos (artigos acima citados);

- aos os empregados eleitos para o cargo de direção e representação (artigo 511 da CLT), a partir do registro da candidatura até um ano após o final do mandato (parágrafo 3º do artigo 543 da CLT);

- aos empregados eleitos diretores de cooperativas por ele criadas nas empresas em que trabalham (Lei 5.764/71);

- aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autarquias e fundações de direito público, admitidos sob o regime trabalhista (CLT – FGTS) e em exercício na data da promulgação da Carta Magna de 1988 há, pelo menos, cinco anos contínuos, ressalvada a hipótese de cargo, função ou emprego de confiança ou em comissão (artigo 19 do ADCT);

- aos titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social, até um ano após o término do mandato (artigo 3º, parágrafo 7º da Lei 8.213/91);

- aos titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Curado do FGTS, até um ano após o término do mandato (artigo 3º, parágrafo 9º da Lei 8.036/90);
- aos titulares e suplentes de representação da CIPA, até um ano após o término do mandato (artigo 10, II, a, do ADCT e 165 da CLT);
- à empregada, desde a confirmação da sua gravidez até cinco meses após o parto (artigo 10, II, "b" do ADCT);
- ao empregado que sofreu acidente do trabalho pelo prazo de doze meses, após a cessação do auxílio-doença acidentária da Previdência Social, independentemente da percepção de auxílio-acidente (artigo 118 da Lei 8.213/91);
- aos empregados abrangidos por estabilidade prevista em Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho;
- aos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei (artigo 625-B, parágrafo primeiro, da CLT).

5.3 DOS EFEITOS DA ESTABILIDADE

Os efeitos da estabilidade, vivenciados tanto pelo empregador quanto pelo empregado podem ser divididos em (i) econômicos, (ii) jurídicos e (iii) sociais.

Os efeitos econômicos vivenciados pelo empregador são os aparentes impeditivos à dispensa ao primeiro sinal de desequilíbrio financeiro. Com relação ao empregado, a estabilidade gera, como efeito econômico, o equilíbrio do orçamento doméstico.⁷⁶

Juridicamente, os efeitos sobre o empregado fomentam a segurança jurídica e buscam equalizar as desequilibradas relações entre o capital e o trabalho. Já sobre o empregador, os

⁷⁶ Ibidem. p. 39.

efeitos jurídicos manifestam-se através da ingerência estatal na relação de emprego e a mitigação do exercício indiscriminado do *jus variandi*.⁷⁷

Por fim, os reflexos sociais são os mais relevantes. Conforme ensina Wagner Gusmão Reis Junior⁷⁸:

Tais medidas geram ou, ao menos buscam, a máxima aproximação com a paz social, uma vez que empregado com relação de emprego, protegido produz mais e melhor, pois labora imbuído de tranqüilidade e estabilidade emocional. Além do que, o empregado estável tende a ser um consumidor mais freqüente, daí porque, aquecendo a economia, passa a gerar mais postos de trabalho e o desenvolvimento social.

Neste particular aspecto, constata-se que, o aumento da produtividade – traduzida como a equação quantidade x qualidade do produto ou do serviço – traz benefícios ao empresariado e contribui para a evolução da sociedade na medida em que aprimora a qualidade de vida.

⁷⁷ Ibidem. p. 39/40.

⁷⁸ Ibidem. p. 40.

6 O EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV, A ESTABILIDADE E A REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO

Não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro de estabilidade para o empregado portador do vírus HIV.

Assim, por se tratar de questão não disciplinada pelas normas legais, o aplicador do Direito tem que se valer da hermenêutica, autorizado, inclusive, pelo artigo 8º da CLT⁷⁹ e artigo 4º da LICC⁸⁰.

O Estado não pode deixar de acolher um pedido judicialmente deduzido por simples ausência de norma substantiva a regular a situação jurídica.

E diante do quanto permitem os artigos 8º da CLT e 4º da LICC, não obstante a ausência de previsão legal, a jurisprudência tem-se posicionado no sentido de assegurar ao empregado portador do vírus HIV a manutenção do emprego, através da reintegração, quando a dispensa ocorreu por ato discriminatório.

Do atual posicionamento jurisprudencial surge a seguinte questão: a jurisprudência acabou por criar um tipo de estabilidade?⁸¹

Regiane Margonar responde o questionamento acima da seguinte forma:

Não acreditamos ser o empregado portador do vírus HIV detentor de algum tipo de estabilidade, seja ela absoluta ou relativa. Não há que se falar em criação de estabilidade, pela jurisprudência, em benefício do empregado portador do vírus HIV. A origem da reintegração, muitas vezes concedida ao empregado, não está calcada no instituto da estabilidade, muito embora a reintegração seja um efeito comum a distintas situações.

Queremos com isso dizer que um dos possíveis efeitos da estabilidade (reintegração do empregado) é, na maioria das vezes, o mesmo que o da dispensa abusiva por ato discriminatório (reintegração do empregado).⁸²

⁷⁹ Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse da classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁸⁰ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁸¹ MARGONAR, Regiane. *Op. cit.* p. 158.

⁸² *Ibidem.* p. 158.

Assim sendo, conclui-se que a origem da reintegração do empregado portador do vírus HIV está em dois princípios constitucionais, a saber: o princípio de não discriminação, previsto no artigo 3º, IV, da Constituição Federal e o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

De acordo com o princípio da não discriminação o empregador não pode rescindir o contrato de trabalho de um empregado portador do vírus HIV pelo simples fato de esta pessoa ser portadora do referido vírus e a exclusão do trabalho do portador do vírus HIV fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, a citada Regiane Margonar conclui que *a reintegração, portanto, é o remédio que se encontrou para fazer valer estes princípios constitucionais fundamentais.*⁸³

Ressalte-se, ainda, que com a extinção do contrato de trabalho, o empregado portador do vírus HIV acaba por não poder usufruir dos benefícios previdenciários a que faria jus caso estivesse trabalhando, o que implica dizer que a dispensa acaba por obstar o exercício desse direito.

Quando se trata de garantia de emprego ao empregado portador do vírus HIV, se está a tratar do meio de subsistência, assegurando a sobrevivência digna de uma pessoa socialmente marginalizada pela discriminação.⁸⁴

E, nesse aspecto, negar-se a garantia de emprego ao portador do vírus HIV, é violar o direito mais basilar, sem o qual o próprio Direito perde o seu sentido, qual seja, o direito à vida.

Veja-se, por oportuno, a seguinte lição de Wagner Gusmão Reis Junior:

Com efeito, o direito à vida – foco principal da proteção do emprego do portador do vírus da AIDS – revela-se superior mesmo às demais garantias constitucionais, confrontantes ou não, entre si. Em verdade, como todas aquelas dependem da essência vital sem a qual nenhum direito atenderá sua finalidade, há que se atribuir a ela a máxima supremacia.

É atribuída ao Estado a obrigação de proteger a relação de trabalho como meio de fomento à preservação da própria vida. Neste diapasão, muito mais o é em relação ao empregado portador do vírus da AIDS, face à incidência de todas as demais garantias constitucionais já tratadas alhures.⁸⁵

⁸³ Ibidem. p. 161.

⁸⁴ REIS, Wagner Gusmão Junior. *Op. cit.* p. 55

⁸⁵ Ibidem. p. 62.

Destaque-se, também, que o constituinte originário ao determinar que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁸⁶, acabou por institucionalizar a proteção ao portador do vírus HIV.

Diante de tal disposição constitucional, a dispensa do empregado portador do vírus HIV torna-se presumidamente discriminatória, conforme entendimento majoritário da jurisprudência.

Neste sentido, ensina Cristina Paranhos Olmos⁸⁷ que:

A presunção no Direito do Trabalho é bastante corriqueira, pois há clara desvantagem econômica do empregado em relação ao empregador. A fim de dirimir tais desvantagens, são estabelecidas vantagens jurídicas, como ocorre com a *presunção*.

A dificuldade da prova é o que motiva os julgadores a admitirem a presunção de dispensa discriminatória: “em se tratando de dispensa de empregado soropositivo, a presunção se justifica em virtude da quase impossibilidade de se comprovar, em Juízo, o ato discriminatório perpetrado”.

Ainda a respeito da prova, *Wagner Gusmão Reis Jr.* ressalta que mesmo a prova testemunhal, que seria a mais provável para a hipótese, não se apresentaria com frequência e seria pouco eficaz, pois os atos discriminatórios são tão arbitrários e socialmente repugnantes que normalmente são praticados às escondidas, de forma dissimulada, velada, e raramente na frente de terceiros.

A presunção em questão se justifica pelo fato de ser quase impossível a comprovação do ato discriminatório. Entretanto, tal presunção é sempre *juris tantum*, isto é, admite prova em contrário, cujo ônus será do empregador.⁸⁸

Assim sendo e de acordo com os métodos de hermenêutica jurídica, nos casos de empregados portadores do vírus HIV dispensados arbitrariamente, resolve-se com a aplicação do artigo 4º da Lei 9.029/95⁸⁹, que atinge primeiramente a gestante.

⁸⁶ Artigo 3º, IV, da Constituição Federal.

⁸⁷ Olmos, Cristina Paranhos, *Discriminação na Relação de Emprego e Proteção Contra a Dispensa Discriminatória*. São Paulo: Editora LTR Ltda., 2008, p. 94

⁸⁸ REIS, Wagner Gusmão Junior. *Op. cit.* p. 59

⁸⁹ Art. 4º - O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregador optar entre:

I - a readmissão, ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Fica sendo aplicável, portanto, ao empregado portador do vírus HIV, o tema que versa o artigo 4º da referida Lei, ou seja, a opção entre a readmissão, com o ressarcimento de todo o período de afastamento, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais.

Conclui-se, portanto, que sendo a dispensa do empregado portador do vírus HIV presumidamente discriminatória, sem comprovação do contrário pela empresa, cabível se verifica a manutenção no emprego, através da reintegração.

Não obstante o entendimento acima esposado ser majoritário na doutrina e jurisprudência, não se pode desprezar a opinião contrária.

Assim, destaca-se o entendimento divergente acerca da possibilidade de extensão ao empregado portador do vírus HIV da estabilidade e reintegração ao emprego esposado por Sérgio Pinto Martins.

Com efeito, Sérgio Pinto Martins entende que “não faz jus o soropositivo à estabilidade no emprego e a retornar a exercer o seu mister na empresa, com exceção da hipótese de estar suspenso o contrato de trabalho, em que se poderia falar em reintegração”.⁹⁰

O citado doutrinador fundamenta seu entendimento no fato de que há necessidade de se evitar qualquer posição emocional sobre a questão, devendo ser dirimida em consonância com o disposto na lei.

E, nesse sentido, entende que não há lei no ordenamento pátrio que determine a reintegração do empregado portador do vírus HIV no emprego.

Relativamente ao artigo 5º, XLI da Constituição Federal, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, entende o citado doutrinador que o dispositivo constitucional em questão não é auto-aplicável, não podendo, portanto, servir de embasamento legal para a reintegração do portador do vírus HIV enquanto não houver norma disciplinadora dos atos atentatórios dos direitos e das liberdades fundamentais.

Já com relação ao artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, Sérgio Pinto Martins defende que até o presente momento não existe lei complementar a regular a matéria, sendo

⁹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 389

certo, ainda que a única sanção imposta para o despedimento do empregado é o aumento da indenização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Nesse sentido, entende que⁹¹:

Caso a empresa cumpra a lei, pagando a indenização de 40% sobre os depósitos fundiários, por ocasião da dispensa, não haverá nenhum óbice para o desligamento do soropositivo de Aids do emprego. O empregador, assim procedendo, estará exercitando livremente o poder potestativo de dispensar o empregado, sem a consequência de ser condenado a reintegrá-lo no emprego, devendo, apenas, pagar as verbas rescisórias correspondentes.

Relativamente à Lei 9029/95 entende o professor em questão que as suas disposições não podem ser aplicadas por analogia para a reintegração do empregado portador do vírus HIV, visto que “refere-se apenas a exames relativos à esterilização (art. 2º, I e II, a), a estado de gravidez (art. 2º, I) ou a controle de natalidade (art. 2º, II, b), preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença; ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º)”.⁹²

Ainda, o citado doutrinador entende que somente não poderá haver a rescisão do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV quando o mesmo estiver percebendo auxílio-doença ou outro benefício previdenciário, visto que, nestes casos, o contrato de trabalho encontra-se suspenso.

Concluindo, Sérgio Pinto Martins defende que somente há direito à estabilidade nas hipóteses contempladas pela lei e, especificamente no caso de empregado portador do vírus HIV, não há comando legal a prever a garantia de emprego.

⁹¹ Ibidem. p. 387.

⁹² Ibidem. p. 388.

7 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Passa-se a demonstrar o entendimento jurisprudencial atual sobre o tema ora discutido, no âmbito de quatro Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

7.1 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2A REGIÃO - SÃO PAULO

As ementas que abaixo se transcreve demonstram que tendo ocorrido a dispensa do empregado portador do vírus HIV por discriminação, se faz devida a reintegração:

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 01/09/2009, RELATOR(A): VALDIR FLORINDO, REVISOR(A): IVETE RIBEIRO, ACÓRDÃO Nº: [20090725454](#), PROCESSO Nº: 01303-2008-019-02-00-9, ANO: 2009, TURMA: 6ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 11/09/2009, PARTES: RECORRENTE(S): Valdeci Alves, RECORRIDO(S): Serv Nac de Aprendizagem do Cooperativis

EMENTA: AIDS. DISCRIMINAÇÃO SOFRIDA PELO PORTADOR DO VÍRUS HIV – REINTEGRAÇÃO DEVIDA.

Apesar de o governo, bem como a iniciativa privada, contarem com programas de tratamento e prevenção, tais fatores não são suficientes para aplacar a discriminação sofrida pelo aidético, que, na maioria das vezes, é tratado de maneira preconceituosa, ficando em segundo plano sua condição de cidadão. A propósito, não é demais lembrar que o portador do vírus HIV não precisa apenas de medicamentos, como também, e principalmente, de suporte emocional e psicológico, para garantir sua qualidade de vida, bem como de seus familiares, amigos, e colegas de trabalho.

Por outro lado, setores da doutrina e da jurisprudência mais presentemente entendem que, se o empregador tinha conhecimento da condição de soropositivo do empregado, tal fato gera a presunção da arbitrariedade da demissão. Caso contrário, desde que não comprovado qualquer ato ilícito de sua parte, terá exercido de maneira regular seu direito potestativo de dispensar imotivadamente o trabalhador.

(...)

2. Da discriminação noticiada pelo autor:

Em sua prefacial, o autor postula sua imediata reintegração no emprego, com o conseqüente pagamento de salários e demais consectários legais. Aduz que a partir de junho de 2.007 passou a apresentar sérios problemas de saúde, com visível perda de peso e grave pneumonia, ocasião em que foi internado no Hospital Nossa Senhora de Lourdes e submetido a exames, que revelaram ser portador do vírus HIV.

Diante do quadro clínico apresentado, noticia que entrou em estado de depressão, e, por conseguinte, chegou atrasado dez dias no mês de setembro de 2.007, vindo a sofrer advertência formal em 09 de outubro de 2.007. E que não obstante tenha dado ciência dos fatos retro mencionados ao superior hierárquico Sr. Aramis Moutinho Junior, passou a sofrer pressões em seu local de trabalho, razão pela qual contou com apoio da psicóloga Drª Alete Korte Bacurau.

Disse, finalmente, que aos poucos se recuperou e retomou a normalidade, mas foi surpreendido em 22 de janeiro de 2.008 com uma dispensa sem justa causa, dispensa esta que considera de evidente caráter discriminatório.

Contestando o feito, a reclamada negou veementemente os fatos narrados na exordial, asseverando que apenas teve conhecimento da doença do empregado com a distribuição da presente demanda.

Consignou, ainda, que a dispensa ocorreu porque em face da parceria com a OCESP no final de 2007, foram suprimidos e criados vários departamentos, resultando em apenas um departamento de contabilidade e finanças, sendo necessário o desligamento de vários funcionários no ano de 2008, entre eles o recorrente.

Pois bem. Como é sabido, a AIDS (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida), é a doença infecciosa que mais mata no mundo, desde que foi reconhecida, no ano de 1.981, em Atlanta (EUA). E de acordo com dados da OMS (Organização Mundial de Saúde) de 2.007, o Brasil registrou 192.709 óbitos por Aids no interregno compreendido entre os anos de 1.980 e 2.006.

Apesar de o governo, bem como a iniciativa privada, contarem com programas de tratamento e prevenção, tais fatores não são suficientes para aplacar a discriminação sofrida pelo afetado, que, na maioria das vezes, é tratado de maneira preconceituosa, ficando em segundo plano sua condição de cidadão. A propósito, não é demais lembrar que o portador do vírus HIV não precisa apenas de medicamentos, como também, e principalmente, de suporte emocional e psicológico, para garantir sua qualidade de vida, bem como de seus familiares, amigos, e colegas de trabalho.

A priori, seria do empregado o ônus de comprovar que foi discriminado pela empregadora. Contudo, ao alegar em defesa que a dispensa se deu face à reestruturação de cargos e departamentos, a reclamada atraiu para si o ônus probatório, e dele não se desincumbiu de maneira satisfatória.

Ao revés, infere-se dos depoimentos das testemunhas do autor, pois a ré não realizou provas de audiência, que assiste razão ao recorrente ao alegar que sofreu discriminação por parte da recorrida ao ser dispensado. Vejamos.

Sua primeira testemunha consignou de forma categórica que *o reclamante teve uma crise de pneumonia e foi hospitalizado no meio do ano de 2007; que retornou ao trabalho e trabalhou mais cerca de 6 meses e foi dispensado...; que após o retorno da sua internação o reclamante não informou que era portador do vírus HIV, mas em razão do seu estado de saúde havia boatos na reclamada da referida doença do reclamante; que em razão dos problemas psicológicos que o reclamante enfrentava este comunicou ao seu superior imediato, Sr. Aramis Moutinho Junior...; que o depoente orientou o reclamante a informar ao seu superior sobre a sua doença, uma vez que o reclamante estava chegando atrasado e, mesmo dentro do seu horário de trabalho, parecia ausente e distante em alguns momentos, o que poderia gerar a sua dispensa; que o reclamante e o Sr. Flavio Bersani, outro trabalhador que atuava na área de orçamento, foram conversar com o Sr. Aramis e informar a doença do reclamante; que logo após esta conversa o reclamante foi dispensado; ...que o reclamante chegou a ser advertido após saber que estava doente mas o depoente não sabe informar qual a razão da advertência, mas acredita que tenha sido em razão dos seus atrasos; que a reclamada passou por diversas reestruturações mas na área da depoente e reclamante, no período em que o autor foi dispensado, não houve reestruturação; ...que alguns funcionários da reclamada realizavam "chacotas", brincadeiras de mau gosto com o reclamante em razão da sua doença; que os funcionários (as) da reclamada questionavam se o reclamante estaria ou não com AIDS enquanto este estava hospitalizado...; que após o reclamante retornar da sua internação Sr. Aramis passou a procurar de forma intensa pelo reclamante, em razão de seus atrasos...* (fls. 61/62 - destacamos).

Da mesma forma, sua segunda testemunha informou que *o Sr. Aramis alterou o seu comportamento em relação ao reclamante, em razão de seus atrasos e pela sua ausência na sua mesa de trabalho durante o horário de trabalho; que antes da internação não era tão frequente o Sr. Aramis procurar o reclamante em razão das suas ausências ou atrasos; ...* (fl. 62)

Pelo teor supra, verifica-se que restou comprovado que a empresa tinha pleno conhecimento de sua condição de portador do vírus HIV e que ao contrário do aduzido em contestação, seu setor não sofreu qualquer reestruturação à época de sua dispensa.

Comprovado, ainda, que em decorrência de seu estado de saúde, o recorrente tinha que se ausentar por inúmeras vezes do trabalho, em face de consultas a médicos e regulares exames clínicos. Além disso, não há como negar a existência de ausências ao labor, decorrentes de males e indisposições repentinas, em face do comprometimento do sistema imunológico, que torna o infectado cada vez mais susceptível a outros tipos de doenças e infecções.

Mas ainda que assim não fosse, setores da doutrina e da jurisprudência mais presentemente entendem que, se o empregador tinha conhecimento da condição de soropositivo do empregado, tal fato gera a presunção da arbitrariedade da demissão. Caso contrário, desde que não comprovado qualquer ato ilícito de sua parte, terá exercido de maneira regular seu direito potestativo de dispensar imotivadamente o trabalhador.

Ademais, embora a reclamada tivesse conhecimento da enfermidade do reclamante, não providenciou seu afastamento do trabalho por auxílio-doença ou até mesmo sua aposentadoria, nos expressos termos da **Lei nº 7.670, de 08 de setembro de 1.988**, que através de seu artigo 1º, estendeu aos portadores da SIDA, os benefícios de licença para tratamento de saúde, aposentadoria, reforma militar, pensão especial, auxílio-doença, bem como para levantamento dos depósitos fundiários. No mesmo sentido, aliás, o **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1.999**, que juntamente com os fundamentos legais estampados através da **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1.991**, embasam a **Resolução INSS/DC nº 089, de 05 de abril de 2.002**, que *'Aprova a Norma Técnica de Avaliação da Incapacidade Laborativa para Previdenciários em HIV/AIDS.'*

A recorrida preferiu, entretanto, valer-se de atos totalmente arbitrários, deixando de proceder até mesmo a exames periódicos, em detrimento com o disposto no artigo 169 Consolidado, e, por fim, dispensou o empregado gravemente enfermo, lançando-o a sua própria sorte!

Nem se alegue, outrossim, que não há previsão legal para acolher a pretensão inicial, pois ante a ausência de legislação trabalhista à espécie, (que, diga-se de passagem, a meu ver se faz necessária, com extrema urgência, a regulamentação da matéria em apreço), o magistrado vem se valendo dos princípios gerais do direito, dos costumes e da analogia para reconhecer o direito de reintegração no emprego ao portador do vírus HIV.

Vale citar, a propósito, os arestos abaixo:

"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. 4. Embargos de que não se conhece."(TRIBUNAL: TST PROC: ERR nº 439041/98 – SBDI1, DJ em 23.05.03. Relator Ministro João Oreste Dalazen)

"O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração. Referências: Constituição Federal, arts. 2º, IV, e 7º, XXXI"(TRT 3ª Reg. – RO 16.691/94 – julgado em 26.7.95, Ac. 3ª T, Rel. Juiz Levi Fernandes Pinto)

"REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE AIDS. RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA. Como partícipe de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença, a empresa atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convencionou condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego ou na vigência do contrato, e veda a demissão

arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se à responsabilidade social que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (artigo 5º, caput, da Constituição Federal)."(Processo TRT/SP Nº: 20000175697, Acórdão Nº 20000396782, publicado em 29.8.00, 8ª T, Relatora Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, Revisor: José Carlos da Silva Arouca)

Assim, faz jus o empregado à reintegração no emprego, devendo a ré ser apenada com o pagamento de salários e demais consectários legais (férias + 1/3, 13º salários e depósitos fundiários), vencidos desde a ilegal dispensa até a efetiva reintegração, tudo a apurar em regular liquidação.

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, **DATA DE JULGAMENTO:** 22/09/2009, **RELATOR(A):** RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO, **REVISOR(A):** VALDIR FLORINDO, **ACÓRDÃO Nº:** [20090815585](#), **PROCESSO Nº:** 00425-2007-004-02-00-8, **ANO:** 2008, **TURMA:** 6ª, **DATA DE PUBLICAÇÃO:** 02/10/2009, **PARTES:** RECORRENTE(S): Associação Congregação de Santa Catarina, RECORRIDO(S): José Cicero Gomes da Silva

EMENTA: Dispensa discriminatória. HIV. A confirmação laboratorial da doença ocorrida após a dispensa não serve como argumento que afaste, isoladamente, a tese de dispensa discriminatória, quando o contrato ocorre em um ambiente de casa de saúde em que os sintomas do empregado são conhecidos, ou deveriam ser, pelo empregador.

(...)

2. Estabilidade. HIV. Embora o autor tenha confessado (fl. 49) que somente confirmou ser portador de HIV após a sua dispensa, suas testemunhas atestaram (fls. 49/50) que a suspeita da doença era antiga, bem como já havia comentado a respeito de suas suspeitas com a Sra. Nair, que trabalhava no departamento pessoal da ré.

2.1. A dispensa ocorreu em 03.07.2006 (fl. 81); o primeiro diagnóstico laboratorial da doença ocorreu em 24.07.2006 (fl. 18); nesse ambiente é presumível que o autor apresentava fortes sintomas da doença, já que não é do razoável que tenha decidido fazer exame para detectar tão grave doença aleatoriamente; não é crível que, dentro do ambiente de uma casa de saúde, o empregador não tenha notado os sintomas do autor e nem ao menos desconfiado de seu estado de saúde. Esse cenário valida e confirma a prova oral produzida pelo autor.

2.2. Há portanto prova de que o estado de saúde do autor já era presumido, ou deveria ser, pela ré, bem como a doença era preexistente no momento da dispensa. Por outro lado, a correspondência de fl. 14, revela que, mesmo com a confirmação do diagnóstico, posterior à dispensa, a ré não acolheu a súplica do autor quanto à reintegração ao emprego.

2.3. De outro turno, a testemunha da ré (fl. 50) relatou que a dispensa ocorreu segundo critérios técnicos, em razão do "*crescimento do número de hóspedes, a reclamada necessitou contratar um profissional com conhecimentos técnicos de nutrição e o reclamante não atendia a estes requisitos*". Todavia, a mesma testemunha disse que as atividades do autor eram de "*auxiliar a depoente a fazer a escala de folgas, digitação e toda a parte administrativa da cozinha*". Não há a mínima demonstração de que, para funções tais, fosse necessária a formação técnica em nutrição. Também não houve prova efetiva da contratação deste profissional, nem do "*crescimento do número de hóspedes*".

2.4. O ambiente fático autoriza a presunção da dispensa discriminatória. Mantenho a sentença e confirmo a decisão da medida cautelar n.º 00192200700002008.

7.2 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9^A REGIÃO – PARANÁ

A ementa abaixo transcrita revela que a discussão sobre a possibilidade de dispensa de empregado portador do vírus HIV não é recente, visto que o acórdão foi prolatado em 1996, ou seja, há cerca de quatorze anos:

TRT09 - Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Recurso: RO 10.709/95, Acórdão Número: 12.322/96, Turma: 5ª T, Relator: Juiz José Canisso, Data: DJPR 21/06/1996

DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR - DESPEDIDA IMOTIVADA - VÍRUS DA AIDS - INEXISTÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA DOENÇA PELO OBREIRO - Em face do conjunto probatório trazido à colação, conclui-se que a despedida imotivada do obreiro não teve fomento subjetivo por ser o mesmo portador ativo do vírus HIV, posto que não era de conhecimento do empregador tal fato, considerando-se o admitido silêncio do Autor relativamente à sua doença. Nesse diapasão, impõe-se reconhecer que a imotivada ruptura do pacto laboral deuse dentro dos limites do direito potestativo patronal, não se havendo de falar em condenação indenizatória substitutiva da reintegração (decorrente de suposta estabilidade provisória no emprego) e, ainda menos, em indenização por danos morais porventura sofridos. Apelo obreiro a que se nega provimento. (TRT 9ª R. - RO 10.709/95 - 5ª T. - Ac. 12.322/96 - Rel. Juiz José Canisso - DJPR 21.06.1996)

O julgado abaixo transcrito, para embasar a possibilidade de reintegração, é específico ao fundamentar aludida possibilidade no princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho:

TRT-PR-99512-2006-025-09-00-6-ACO-32574-2008 - 2A. TURMA, Relator: MARLENE T. FUVVERKI SUGUIMATSU, Publicado no DJPR em 09-09-2008
DISPENSA. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunicado da rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção de rescindir o contrato cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. O reconhecimento de que a atitude provocou abalo moral é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Recurso provido para reconhecer a ocorrência de dano moral e condenar a ré ao pagamento de indenização.

Segue transcrição de valioso posicionamento jurisprudencial, o qual aborda várias vertentes sobre o tema em testilha, em especial a análise sobre as convenções 111 e 159 da OIT, que discorrem sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e ainda sobre eliminação de desigualdades sofridas por pessoas deficientes. O julgado também traz linhas gerais sobre alguns dos direitos e benefícios conferidos aos portadores do vírus HIV, como, por exemplo, a possibilidade de levantamento de valores contidos em conta vinculada (FGTS):

TRT-PR-00188-2006-025-09-00-7, Acórdão 11621-2008, publicação 15-04-2008, recorrente: Francisco Rodrigues Ornela, Recorrido: Agro Industrial Parati Ltda., Relator Marlene T. Fuverki Suguimatsu

REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT. É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunicado da rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção da dispensa cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. A reintegração no emprego é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Da mesma forma, atende-se à Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, que contém o compromisso de abolir qualquer prática tendente a destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. O empregado portador do vírus HIV enquadra-se, ainda, na definição de pessoa deficiente, para efeito de aplicação da Convenção 159 da OIT, também direcionada à eliminação de desigualdades, no que se refere a emprego. Recurso provido para determinar a reintegração do autor no emprego, com pagamento de salários e vantagens do período de afastamento.

(...)

Despedida discriminatória

O autor alegou, na petição inicial, que em 20 de janeiro de 2006 tomou conhecimento de que é portador do vírus HIV e, em 23 de janeiro de 2006, foi dispensado sem justa causa. Pediu que se reconhecesse como arbitrária e discriminatória a dispensa, com a ordem de reintegração e pagamento de salários até então. Anexou o atestado de fl. 17, datado em 8 de dezembro de 2005, em que o médico infectologista declara que o autor portava as doenças identificadas pelos CID B23-8 e B37(respectivamente, doença pelo vírus da imunodeficiência humana [HIV] e candidíase, cf. <http://www.esquilamedica.hpg.ig.com.br/CID.htm>).

O argumento central da defesa foi a inexistência de vínculo, o que impediria a ré de saber que o autor portava qualquer espécie de doença. A ré alegou, ainda, que o autor e todos os demais trabalhadores contratados por Edivam para trabalhar na ampliação de parte da empresa, tinham plena ciência de que deixariam de trabalhar ao final da obra. Ainda, asseverou que a declaração de fl. 17 foi emitida em 20 de janeiro de 2006, após o término da obra e, inclusive, após o último pagamento feio ao autor, em 6 de janeiro de 2006. Pondera que se nem mesmo o autor sabia da doença, quando o serviço terminou, não faz sentido cogitar de dispensa discriminatória.

O julgador de primeiro grau considerou que, embora a lei assegure direitos aos portadores do vírus HIV e que a jurisprudência entenda presumidamente discriminatória a dispensa de empregados nessa condição, o autor não provou que tenha sido esse o fator determinante de sua dispensa. Observou que o próprio autor admite que teve conhecimento da doença em data posterior àquela em que deixou de trabalhar para a ré, fato que concluiu ter decorrido, simplesmente, do término da obra de ampliação.

A exemplo do que se deu em relação à data em que deixou de trabalhar para a ré, parece-me que o autor incorreu em equívoco ou confusão quanto à data em que teve conhecimento da doença. É que o documento de fl. 17, que a ré diz ter sido datado em 20 de janeiro de 2006, atesta que em 8 de dezembro de 2005 o autor portava as doenças ali discriminadas, o que, com o devido respeito, permite concluir que o trabalhador tinha conhecimento do fato até mesmo antes da emissão da declaração médica. Ainda que assim não fosse, pondero que a alteração empreendida quanto à data de encerramento do contrato (que se reconheceu ter sido 23 de janeiro de 2006), altera, por completo, o cenário em que foi proferida a sentença e, por si só, permitira alterar a conclusão a que chegou o julgador, ao menos no que respeita ao conhecimento dos fatos, por parte da ré.

Vislumbro, nos depoimentos prestados ao juízo, fortes indícios de que a dispensa tenha ocorrido justamente em virtude da doença, que ainda se reveste de forte estigma, e não em decorrência da mera conclusão das obras de ampliação inicialmente contratadas com Edivam Miguel dos Santos, a começar porque restou demonstrado que vários trabalhadores - senão todos - foram mantidos a serviço da ré, quando não contratados, agora como empregados.

O mais importante, porém é que houve confissão da empresa no que respeita ao conhecimento da doença, antes do término do contrato, bem como em relação à contratação dos trabalhadores admitidos junto com o autor, senão, observe-se o depoimento do preposto:

ao que se recorda a obra de ampliação da unidade de Nova Olímpia foi executada de setembro a dezembro de 2005; ao que se recorda a obra encerrou-se antes do Natal de 2005; (...); **em razão de a empresa ter resolvido construir mais um incubatório, no município de Nova Olímpia, decidiu contratar o Sr. Edivan e alguns pedreiros por ele escolhidos, registrando-os em carteira**; ao que sabe o Reclamante trabalhou do início ao final da obra de ampliação anteriormente referida; o Reclamante foi dispensado em razão do término da obra de ampliação; o RH da empresa não recebeu qualquer documento médico do Sr. Francisco, a respeito do diagnóstico de HIV; (...) **soube que o autor era portador de HIV por informação do Sr. Edivan, que achou conveniente comunicar a Reclamada, o que estava acontecendo com seu funcionário**; o Sr. Edivan não tinha obrigação de comunicar a empresa acerca das ocorrências funcionais de seus empregados; **a depoente nega que ela ou o Sr. Valdomiro tenham dado publicidade ao fato de o autor ser soropositivo**; (...); a Reclamada não efetuou nenhum procedimento quando soube do diagnóstico do autor, pois a ela não competia essa atitude.

A primeira testemunha do autor confirmou que, após o término da obra de ampliação, passou a trabalhar em outra obra da ré, a partir do começo do ano de 2006, na qual o autor não trabalhou. Disse também que o autor parou de trabalhar na obra de ampliação do estabelecimento da ré em Nova Olímpia, antes do término dessa obra. Afirmou ter sabido da doença do autor porque "Edivan contou para o depoente e para os outros trabalhadores da obra que a Sra. Kátia e o Sr. Valdomiro pediram para que ele avisasse os trabalhadores da obra acerca do problema de saúde do Reclamante; o Sr. Edivan contou que o autor tinha Aids." Esses fatos teriam ocorrido antes do encerramento da obra de ampliação da filial da ré e, segundo a testemunha, no dia em que Edivam falou da doença do autor, ele ainda estava trabalhando, entretanto, no dia seguinte não mais retornou ao trabalho.

A primeira testemunha da ré também fez prova de que o autor não foi dispensado em razão do término das obras, pois disse que elas duraram cerca de nove meses e o autor trabalhou nas obras por oito meses. Embora tenha tentado retificar a informação, ao dizer que o autor trabalhou durante toda a duração das obras - e considerado, ainda, o fato de que depôs como informante - entendo que a testemunha contribuiu para fortalecer a tese inicial. Ainda, a testemunha admitiu que o autor lhe contou e aos demais trabalhadores sobre o problema de saúde que, ao contrário do que afirmou o preposto, não teria levado ao conhecimento da empresa.

A segunda testemunha da ré, que começou a trabalhar como pedreiro empregado da ré em 1º de fevereiro de 2006, e que antes trabalhou por dois meses e 20 dias sem registro em CTPS, confirmou a alegação dor recorrente, de que os trabalhadores foram contratados e passaram a trabalhar em outras obras, ao passo que o autor foi demitido. Foi contraditório seu depoimento quando declarou, em seguida, que todos os

trabalhadores da obra de ampliação do incubatório foram dispensados (inclusive o depoente e o autor), já que ele próprio, depoente, teve sua CTPS anotada em 1º de fevereiro de 2006. A testemunha relatou que, depois de ter ouvido do próprio autor acerca da doença "o Sr. Edivam orientou o Reclamante a não se utilizar do tambor de água para se lavar, na hipótese de sofrer algum ferimento, indicando-lhe a utilização da torneira para esse fim; tal orientação foi repassada aos demais trabalhadores" (fl. 127). Embora não soubesse se o Sr. Edivam repassou essa orientação aos trabalhadores após ter conversado com o Sr. Valdomiro ou com a Sra. Kátia, a testemunha também não foi capaz de afirmar se o Sr. Valdomiro e a Sra. Kátia tinham conhecimento da doença

Na acareação, a testemunha do autor, Francisco Bento Queiroz Filho, mantém sua versão de que soube do problema de saúde do colega apenas uns dias antes do encerramento da obra, quando ouviu o comentário de que a ré contrataria os trabalhadores, mas não o autor, em razão de seu problema de saúde. Já a testemunha da ré, acareada, corroborou a confissão do preposto, no sentido de que o primeiro comentário acerca do problema de saúde do autor ocorreu cerca de trinta dias antes do encerramento da obra, quando a testemunha Francisco Bento Queiroz Filho ainda não trabalhava no local.

O tratamento especial aos doentes portadores do vírus HIV tem assumido, com o passar do tempo, feição humanitária, calcada no respeito à vida e na necessidade de proporcionar existência digna ao cidadão acometido da doença que, infelizmente, não dispõe de cura conhecida. Na busca desse propósito é que, por exemplo, liberam-se valores existentes na conta vinculada do FGTS, como se observa em decisão da Justiça comum:

FGTS - LEVANTAMENTO - TRATAMENTO DE SAÚDE DE DEPENDENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - 1 - Na contraposição entre a liberação de um saldo de conta vinculada que pertence à impetrante, e que só pode ser movimentado em situações disciplinadas legalmente, e o bem maior a ser preservado que é a vida, sobreleva o segundo. 2 - Dada a pressuposição de verdade e lealdade com que devem atuar os litigantes, tem-se por verdadeira a afirmação de que a doente - Irmã da impetrante - Seja, efetivamente, dependente da impetrante. 3 - É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, tendo em vista o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida, à dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares. Precedentes do stj. 4 - Remessa improvida. ((TRF 1ª R. - REO-MS 2001.38.00.028843-4 - MG - 5ª T. - Relª Desª Fed. Selene Maria de Almeida - J. 14.04.2003))

O direito à aposentadoria por incapacidade definitiva já é reconhecido até mesmo na esfera administrativa, como se observa no seguinte julgado (A Lei n.º 7670/88, em seu art. 1º, inc. I, "c" inclui os militares portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida no elenco dos beneficiados pelo art. 108, inc. V, da Lei n.º 6.880/80, garantindo-lhes direito à reforma. Nesse sentido foi, também, a seguinte decisão: AGRADO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO - LEIS N.º 7.670/88 E N.º 6.880/80 - MILITAR PORTADOR DO VÍRUS HIV - DESLIGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - O militar portador do vírus HIV tem direito à reforma por incapacidade definitiva, motivo pelo qual deve ser determinada sua reintegração imediata ao Exército, sendo-lhe concedida licença para tratamento de saúde, com as vantagens dos militares da ativa. TRF 4ª R. - AI 2003.04.01.045362-4 - RS - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon - DJU 21.01.2004 - p. 623):

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - LEIS N.ºS 8.622/93 E 8.627/93 - 28, 86% - ART. 37, X, CF - REAJUSTE GERAL - EXTENSÃO AOS SERVIDORES CIVIS - ISONOMIA - SAQUE INTEGRAL POR MOTIVO DE SAUDE - VIRUS HIV - 1. Sendo o direito à saúde assegurado pelo art. 6º, da CF/88, e, aplicando-se o disposto no art. 5º, da LICC, onde determina que, na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, não há como denegar-se pedido de liberação total do percentual de 28, 86%, por motivo de saúde (Vírus HIV). 2. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 5ª R. - AMS 75218 - (2000.80.00.003894-0) - AL - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira - DJU 27.10.2003 - p. 556.)

O entendimento de que a tutela jurisdicional deve atender os fins sociais a que se dirige a lei e as exigências do bem comum ensejou decisão para liberar o portador do vírus HIV da obrigação de prestar alimentos, sem que se cogite de previsão legal para tanto, como se observa na seguinte decisão:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE FIXOU ALIMENTOS PROVISÓRIOS - IMPOSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE EM PROVÊ-LOS - COMPROVAÇÃO - ALIMENTANTE QUE DEMONSTRA SER PORTADOR DO VÍRUS HIV/AIDS E ESTÁ DESEMPREGADO - RECURSO PROVIDO - Demonstrada a impossibilidade do alimentante em prover os alimentos provisórios fixados pelo juízo monocrático, em virtude de estar desempregado e ser portador do vírus HIV/AIDS, dá-se provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto em face dessa decisão, a fim de desobrigá-lo de seu cumprimento. (TJMT - AI 36453/2002 - 3ª C.Cív. - Rel. Des. José Ferreira Leite - J. 04.12.2002.)

Há que se observar, ainda, que o autor pede o retorno ao emprego, o que, provavelmente, decorre de seu estado assintomático e da disposição de trabalhar para auferir a renda necessária a seu sustento e da família, assim como ao custeio do tratamento médico de que, sem dúvida, necessita. Não é razoável negar esse direito quando o ordenamento jurídico assegura até mesmo o benefício de renda mensal aos portadores do HIV, quando não tenham condições de trabalhar e prover sua subsistência, assim como o acesso à assistência médica e a medicamentos, como consta nas seguintes decisões:

PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - LEI N.º 8.742/93 - CONCESSÃO A PARTIR DA DATA DO REQUERIMENTO - DEFICIENTE FÍSICO PORTADOR DO VIRUS HIV - REQUISITOS PRESENTES - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS - 1. Surge o direito à percepção do benefício assistencial na data em que é formulado o requerimento na seara administrativa, não antecedendo, no entanto, à vigência da Lei n.º 8.742/93. 2. Destarte, não se pode desconhecer a qualidade de deficiente habilitado a perceber o benefício assistencial, uma pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados frequentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família como é o caso dos autos. 3. Preenchidos os requisitos da incapacidade da demandante para atividades laborativas e para vida independente, e de não poder prover a subsistência própria ou por seus familiares, a mesma faz jus o benefício assistencial, nos termos do art. 203, V, da Lei Maior, que elenca, entre os objetivos da assistência social, "a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a Lei". E para esse fim, foi editada a Lei n.º 8.742/93, regulamentada pelo Decreto n.º 1.744, de 08 de dezembro de 1995. 4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª R. - AC 322336 - (2003.05.00.018666-4) - CE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde - DJU 27.10.2003 - p. 501):

RENDA MENSAL VITALÍCIA - ARTIGO 203, INCISO V, DA CF/88 - LEI N.º 8.742/93 - PORTADOR DO VÍRUS HIV - I- Comprovado nos autos ser o apelado portador do vírus HIV e que não poder exercer qualquer atividade laborativa, não possuindo, portanto, capacidade de prover sua própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família, deve ser reconhecido seu direito ao recebimento do benefício previsto no artigo 20, da Lei n.º 8.742/93; II- A União Federal, conjuntamente com o Estado do Rio de Janeiro, é responsável por prestar a assistência médica e hospitalar e fornecer medicamentos necessários ao tratamento do portador do vírus HIV, não só por força de mandamento constitucional, inserto nos artigos 196 e 198, da Constituição Federal de 1988, como também por força do estatuído na Lei n.º 8.080/90, àqueles que não têm condições de arcar com as despesas do tratamento; III- Apelações Cíveis e remessas necessárias a que se nega provimento. (TRF 2ª R. - AC 98.02.19371-2 - 5ª T. - Rel. Des. Fed. Antonio Ivan Athié - DJU 03.09.2003 - p. 201.)

Seria, portanto, contrário ao princípio da dignidade humana negar ao autor o direito ao trabalho, quando o sistema constitucional assegura até mesmo a renda, independente do trabalho (A Lei n.º 8742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências, estabelece, no art. 20: O

benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família).

Assevere-se que a empresa privada não se encontra em campo neutro, quando se trata de promover meios de sobrevivência digna ao trabalhador, de forma que possa simplesmente relegar ao Poder Público o dever de prestar assistência social. Afinal, a assistência social é fruto da evolução da tradicional assistência pública, como pronuncia José M. Almansa Pastor (PASTOR, José M. Almansa. Derecho de la seguridad social. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 39-40). Nesse sentido, observe-se que a assistência social, espécie do gênero seguridade social, é definida como "um conjunto de atividades *particulares* e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como a amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas" (MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.343, em referência à definição de Wladimir Novaes Martinez). Outro importante aspecto a considerar é que, quando assegura a liberdade de iniciativa, a ordem constitucional mantém firme o vínculo empresarial com outros objetivos - tão ou mais relevantes - gravados na própria Carta, como o respeito à dignidade humana, ao valor social do trabalho e a função social da propriedade - orientada que deve ser, também, à consecução do bem comum. Assim, não há que se vislumbrar na liberdade de iniciativa um aval para dispensar trabalhador que necessita de amparo, em virtude de doença que, muito provavelmente, lhe ceifará a vida. Trata-se, afinal, de dar cumprimento aos compromissos sociais assumidos na Carta, sem permitir que a interpretação da norma programática transforme-a em promessa constitucional inconseqüente, como já advertiu o Min. Celso Mello, em julgamento no STF, a respeito da distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Depois de observar que o direito à saúde é conseqüência indissociável do direito constitucional à vida, o Ministro advertiu que o "reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da CF (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade." (STF - AgRg-RE 273.834-4 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 02.02.2001) (ST 144/129). A solidariedade, como valor a ser cultivado em todas as esferas de relações jurídicas pautou também o seguinte julgado:

DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA DO PORTADOR DO VÍRUS HIV - Anulação.
O artigo 5º (caput) da Constituição Federal dispõe sobre a igualdade de todos perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantia à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, apontando em seu inciso XLI que "a Lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". E tal embasa o direito do autor à reintegração, porquanto, a dispensa sem justa causa do portador de vírus HIV importa, em última análise, à negação do direito à vida, representando o desemprego e a conseqüente falta de recursos, na impossibilidade de tratamento eficaz tanto físico, quanto psicológico. Dispensa que se anula, determinando-se a reintegração ao emprego. (TRT 2ª R. - RO 50933 - (20030066845) - 10ª T. - Relª Juíza Sônia Aparecida Gindro - DOESP 11.03.2003.)

Não foi por outra razão que, ao relacionar os fundamentos da República Federativa do Brasil, o legislador constituinte cuidou de enfatizar a dignidade humana e o valor social do trabalho, como se constata da própria redação do art. 1º:

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;

Os moldes propostos no texto constitucional para a ordem econômica nacional pressupõem a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, em empreendimentos voltados ao fim precípuo, que é assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social e dos princípios relacionados no art. 170 da Carta de 1988, que não fazem mais do que asseverar o que já ficara estatuído no preâmbulo da Carta, no art. 1º, IV e no art. 3º, I, III, IV, bem como em outros pontos do texto.

Incontroverso que no ato da dispensa do autor a ré tinha conhecimento da doença, há que se perquirir da existência de discriminação, o que, a meu ver, restou cabalmente demonstrado pela prova oral. Concluo que, ao tomar conhecimento da doença do empregado, a empregadora ainda poderia rever a decisão de dispensá-lo e permitir que trabalhasse até ser afastado pela Previdência Social, como consta no seguinte julgado: TRT - 15ª Região - RO 2597/2000. No mesmo sentido foi a decisão do TST: RECURSO DE REVISTA - PORTADOR DO VÍRUS HIV - CONHECIMENTO DO EMPREGADOR - LEI Nº 7670, DE 08-09-88 - ART. 476/CLT - DESPEDIDA OBSTATIVA - Ao dispensar o empregado, sem justa causa, portador da síndrome à época (com doença já manifestada) a Recorrida impediu a obtenção do benefício previdenciário, quando usufruiria de licença não remunerada. Princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Art. 1º/III/IV/CF. Recurso do Reclamante provido. - RR 439041 - 3ª T. - Rel. Min. Conv. Carlos Francisco Berardo - DJU 10.08.2001 - p. 664.

Alice Monteiro de Barros comenta os posicionamentos jurisprudenciais e legais adotados em diversos países quanto à exigência de exames para detecção do vírus HIV na admissão e demissão de empregados, assim como no curso do contrato de trabalho. Noticia a formulação de comandos administrativos, no Brasil, em atendimento às instruções gerais contidas na Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho, formulada pela Organização Mundial de Saúde e a Organização Internacional do Trabalho. Assim, malgrado a omissão legislativa a respeito da questão, já existem resoluções como a de n.º 1.359/92, do Conselho Federal de Medicina, que proíbem os médicos responsáveis por exames periódicos de divulgar resultado positivo do HIV ao empregador. Registra, ainda, pronunciamentos de autoridades internacionais no sentido de que o empregado não deve ser obrigado a informar ao empregador acerca de sua situação relacionada com o HIV/AIDS (Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTr, 1997, p. 89). Os esforços da OIT e da OMS já fazem com que, no Brasil, os instrumentos coletivos, inclusive os da categoria dos bancários, passassem, já há algum tempo, a tratar de políticas relacionadas à AIDS no ambiente de trabalho. Em geral, os empregadores assumem compromisso com a assistência financeira ao empregado portador do vírus, estabelecem regras quanto aos exames admissionais e periódicos, além de iniciativas para combater a discriminação do empregado. As negociações entre as categorias levam, via de regra, ao estabelecimento de cláusula que desobriga o empregado de informar ao empregador sua situação em relação à AIDS, como recomendam os organismos internacionais. E nem poderia ser de outra forma, pois seria desumano exigir que o trabalhador se expusesse, no ambiente de trabalho, a toda sorte de sofrimentos, pela discriminação, que só viriam se somar àqueles inerentes à moléstia. Quando se comprometem a educar seus empregados contra a discriminação, os empregadores não fazem mais do que acatar os termos da Convenção nº 111 da OIT, aprovada em 1960 e ratificada pelo Brasil em 1965, que estabelece o que deve ser considerado discriminação, para efeitos do que é convencionado (SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 245-247):

Art. 1 - 1. Para os fins da presente convenção o termo "discriminação" compreende: toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

O item 3 do dispositivo esclarece que, para os fins da Convenção 159 as palavras 'emprego' e 'profissão' incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

As decisões judiciais têm adotado como fundamento, também, o teor da Convenção n.º 159 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1990, que trata da reabilitação profissional como forma de proporcionar igualdade de tratamento e oportunidade a pessoas com deficiência. Aplica-se aos portadores de HIV a definição de pessoa deficiente, constante do artigo 1º da Convenção (SUSSEKIND, Arnaldo. Op. cit. p. 399-401):

Art. 1 - 1. Para efeitos desta Convenção, entende-se por 'pessoa deficiente' todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

Interpretação como a que se vê no julgado a seguir transcrito utiliza a ponderação de valores para deferir a reintegração no emprego a portador de HIV, enquadrado na categoria de pessoa deficiente:

DISPENSA - PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - PORTADOR DE VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO - CONVENÇÃO OIT 159 - READAPTAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAIS - 1. A proteção contra discriminação cobra do intérprete exegese pró-ativa que efetivamente implique o operador do direito na viabilização concreta do bem jurídico perseguido. Na hipótese do portador do vírus HIV, a tutela contra discriminação desse trabalhador, tanto no âmbito da empresa, como no do estabelecimento, pode ser alcançada a partir da presunção da existência de dispensa discriminatória, quando não exista motivação de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira, para a despedida, salvo robusta prova em contrário. Inteligência dos artigos 1º E 4º Inciso I, da Lei n.º 9.029/95. 2. A discriminação velada, inconsciente e até involuntária um fenômeno que deve ser combatido, mas uma realidade que não pode ser simplesmente ignorada pelo judiciário. A releitura do instituto da readaptação profissional, principalmente à luz da perspectiva aberta pelo artigo 1º da convenção OIT 159, uma das formas de ponderação dos bens jurídicos postos em confrontação, na difícil e delicada questão que envolve a integração do portador de vírus HIV na vida social da empresa. (TRT 3ª R. - RO 9067/02 - 3ª T. - Rel. Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior - DJMG 05.10.2002 - p. 06.)

A finalidade da reabilitação profissional, tratada na Convenção 159, é, nos expressos termos do art. 1º, item 2, permitir que a pessoa deficiente consiga e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim, a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade. O item 4 do mesmo artigo assevera que as disposições da Convenção se aplicam a todas as categorias de pessoas deficientes (SUSSEKIND, Arnaldo. Op. cit., p. 400).

Por fim, assevero que não se deve sequer cogitar de que não exista previsão legal de estabilidade ao portador do vírus HIV e que a condenação afronta o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, II da Constituição Federal. Essa espécie de raciocínio despreza os pilares na própria ordem constitucional, que elegeu como base do estado Democrático de Direito, ao lado da legalidade, princípios como o da dignidade humana, assim como o repúdio à discriminação, como se observa no recente julgado do TST:

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. 4. Embargos de que não se conhece. (TST - ERR 439041 - SBDI I - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 23.05.2003.)

Reformo para reconhecer a dispensa discriminatória e determinar a reintegração do autor no emprego, com o pagamento de salários e vantagens do período de afastamento, devidamente corrigidos.

7.3 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12^A REGIÃO - SANTA CATARINA

O julgado a seguir transcrito, por sua vez, entende que a alegada prática de ato discriminatório por parte do empregador não dispensa prova por parte do autor.

Também, há relevante posicionamento sobre a impossibilidade de transferência, ao empregador, da obrigatoriedade do sistema de Seguridade Social, de prover apoio e conforto aos doentes, principalmente quando a empresa não contribuiu para que o empregado adquirisse o mal que lhe acomete.

Outra questão que merece destaque diz respeito à ausência de amparo legal que obste a dispensa injustificada do portador do vírus HIV:

Processo 03178.2008.054.12.00-4, 2ª Turma, Recorrente: Lojas Americanas S/A, Recorrido: Rodrigo Guimarães, Relator Juiz Alexandre Luiz Ramos, publicação 05.06.2009

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DISCRIMINAÇÃO NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EM REGRA LEGAL OU CONVENCIONAL. Comprovada a dispensa pelo fato puro e objetivo da confirmação do diagnóstico da doença AIDS, pode-se obstar a dispensa do empregado pela via da hermenêutica constitucional-principiológica, incluindo-se o comportamento do empregador numa acepção ampla de "discriminação". Na falta de prova da dispensa discriminatória, fundada apenas e exclusivamente no fato mesmo da doença, não há regra infra-constitucional que suprima do empregador o direito potestativo de dar cabo à relação de emprego mantida com o doente, sendo válida a dispensa eventualmente procedida.

(...)

M É R I T O

DISCRIMINAÇÃO NÃO COMPROVADA. VALIDADE DA DISPENSA.

Pretende a recorrente a reforma da sentença de 1º grau, para se declarar a validade da dispensa e a improcedência da ação. Argumenta que a doença do autor (HIV/AIDS) era de conhecimento da gerência há mais de um ano e que sempre houve acordo para que as folgas do recorrido fossem às terças-feiras, para permitir seus exames e consultas. Aduz, ainda, que a lei não veda a dispensa de portador de HIV, sendo que a despedida decorreu de reestruturação no quadro de pessoal.

Tem razão a recorrente.

Na petição inicial o autor informou que: (1) foi admitido pela ré em 1º-12-2006, no cargo de operador comercial (setor de eletrônicos); (2) em 09-07-2007, por meio de exame clínico, descobriu que estava infectado pelo vírus HIV, fato confirmado pelo exame de contraprova de 19-09-2007 e (3) foi dispensado, sem justa causa, em 16-07-2008, com aviso-prévio indenizado. Por tais fatos, postulou sua reintegração, alegando a nulidade da despedida, porque discriminatória.

Em contestação, a empresa contrapôs-se à pretensão do recorrido com os seguintes argumentos: 1) entre o conhecimento da patologia do autor pela empresa e a data da sua dispensa, transcorreu pelo menos um ano de contrato de trabalho; 2) sempre houve acordo para liberação do autor para realização de tratamento médico; 3) por possuir o autor perfeitas condições físicas, não poderia ser dado a ele tratamento muito diferenciado a ponto de prejudicar o ambiente de trabalho e seus colegas; 4) a legislação não veda a dispensa do empregado portador do vírus HIV; 5) a dispensa do autor, assim como de mais 5 empregados seus, decorreu de reestruturação do seu quadro de pessoal.

Destaco, em primeiro lugar, as considerações do Excelentíssimo Juiz Relator, sobre a relação ré-empregado, no ano que transcorreu entre o diagnóstico da doença e a dispensa:

[...] há de louvar-se a conduta ética da empresa-recorrente de, ao saber da doença do autor, não proceder à sua despedida, como infelizmente ocorre em tantos outros casos, e ainda facilitar seu tratamento, com ajuste de suas folgas para os dias de consultas e exames. Isso revela um comportamento empresarial maduro e profissional [...]

O parágrafo evidencia a ausência de qualquer tratamento discriminatório dado ao autor, pela ré, em decorrência da doença.

Além disso, e focando o momento da dispensa, cuja declaração de nulidade é buscada, destaca-se trecho do mesmo voto:

Não se discute, também, que a empresa passou por um processo de reestruturação – corte de pessoal, no período da despedida do recorrido – julho de 2008-, pois no mesmo período foram dispensados os empregados Jean C. Pereira (fl. 106 – 04.08.2008), Suellen O. Almeida (fl. 108 – 20.08.2008), Ricardo de Souza (fl. 110 – 20.08.2008), Clayton S. Arellano (fl. 112 – 11.08.2008) e Pamela N. dos Santos (fl. 114 – 21.08.2008).

Não há evidência fática, portanto, de tratamento diferenciado dado ao autor no momento da dispensa, também.

Com a devida vênia, portanto, discordo da seqüência de argumentação do nobre relator, segundo o qual, pelo fato mesmo da doença e de sua gravidade, o autor deveria ter sido excluído do grupo de empregados que a ré despediu ao promover o ajuste de seu quadro de pessoal.

A doença em questão suscita, em qualquer um, sentimentos de solidariedade humana. Da mesma forma que acontece com os portadores de outras enfermidades cuja gravidade está expressamente reconhecida em lei e para as quais estão estabelecidos os mecanismos legais de amparo e proteção. Cabe à sociedade, como um todo, pela via do seu sistema de Seguridade Social, prover esse apoio e conforto a tais doentes.

Submeter o empregador ao ônus de incumbir-se, só ele, dos cuidados de quem, por atos livres e exclusivamente seus, sem conexão com a atividade empresarial, viu-se envolvido nas vicissitudes de um diagnóstico de HIV, fere basilares noções de justiça.

A relação empregatícia é uma relação contratual cujos contornos só podem ser alcançados, em detrimento de qualquer das partes, por disposição expressa de lei ou negociação coletiva, feita igualmente na forma da lei.

A natureza jurídica do liame entre ré e empregado não pode transmudar-se, em prejuízo dos poderes dos envolvidos na relação, pelo fato do adoecimento do autor, para o qual não contribuiu a ré.

Além disso, não há suporte legal para excluir da dispensa o portador do vírus HIV. E veja-se que o legislador já se debruçou sobre a questão de portadores de doenças graves, conforme acima mencionado. A lei 7.713/98, no seu artigo 6º, inciso XIV, menciona as doenças às quais concede tratamento tributário diferenciado: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida.

Vê-se, aí, incluída a AIDS.

Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.409/2005, cujo objetivo é ampliar o rol acima para incluir mais as seguintes doenças: fibrose cística (mucoviscidose), distrofia lateral amiotrófica, polipose familiar, retocolite ulcerativa e doença de Crohn; pneumonia intersticial fibrosante, as doenças cerebrovasculares decorrentes de AVC, diabetes insulino-dependente e aneurisma da veia de galeno.

Considerando-se esse amplo rol de enfermidades cuja gravidade está cientificamente posta fora de discussão, o tratamento pretendido pelo recorrido, fundado no acometimento pela AIDS, constituiria, ele sim, ato discriminatório vedado pelo princípio do tratamento igual insculpido no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Os esforços de adequação da norma geral para o caso particular, deixados ao encargo do juiz, embora demandem a consideração das circunstâncias relevantes da situação fática em julgamento, não podem ser feitos com o desprezo da perspectiva ampla do ordenamento jurídico que, na sua inteireza, reclama integridade como condição de justiça e imparcialidade.

Aliás, como bem destacado no voto do nobre relator, há posicionamento desta E. Corte no sentido e estabelecer a presunção juris tantum de ocorrência de discriminação na dispensa de empregado portador do vírus HIV1. Ainda que se adotasse tal entendimento, a presunção, por óbvio, foi afastada, neste caso, pelos fatos amplamente comprovados de que (1) a ré manteve o empregado nos seus quadros, ao longo de todo um ano, após o diagnóstico da doença, com tratamento especial facilitador do tratamento e (2) a dispensa deu-se num momento de rearranjo do quadro, com redução de pessoal, com a dispensa de um grupo de 5 empregados, 4 dos quais, ao que consta, saudáveis.

Apenas o fato de a ré basear-se num teste de produtividade para selecionar quem iria dispensar não configura ato discriminatório, pois nem tinha a obrigação de realizar nenhum tipo de teste objetivo, podendo fundar-se apenas nas suas apreciações subjetivas atinentes à qualificação de seus empregados. Poderia até mesmo optar pela despedida dos de maior salário, para equilíbrio financeiro da empresa sem que se configurasse discriminação aos atingidos.

Diante disso, tem-se que a dispensa do recorrido não significou, da parte da ré, nenhum atentado ao objetivo republicano disposto no art. 3º, inc. IV, da Constituição (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” e nem ao princípio basilar de respeito à dignidade da pessoa humana, não se justificando o acolhimento do pedido pela via da hermenêutica principiológica.

Não houve, igualmente, ofensa a regra de lei infraconstitucional ou de instrumento coletivo.

Dessa forma, dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença recorrida no particular e, por conseguinte, declarar válida a dispensa e improcedente o pedido de reintegração.

Por oportuno, de suma importância a análise de outro interessante julgado, o qual, muito embora seja atinente a pedido de dano moral, guarda íntima relação com a matéria em debate. E o entendimento é de que a parte autora deveria provar o alegado ato discriminatório:

Processo 02221.2008.032.12.00-7, Recorrente: Le Buffet Cozinha Industrial Ltda. ME, Recorrido: Angela Maria Rodrigues, Relator Juiz Edson Mendes de Oliveira, publicação 05.06.2009

EMPREGADO PORTADOR DA DOENÇA DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA NÃO CONFIGURADA. Sem a necessária prova da alegada discriminação por ser o empregado portador do vírus HIV, não há como presumir que seu contrato de experiência não tenha sido renovado ou continuado até o seu término por esse motivo

(...)

1 - Indenização por Danos Morais

O juízo de primeiro grau condenou a ré a pagar indenização por danos morais, entendendo que a rescisão contratual constituiu discriminação pelo fato de ser a autora portadora do vírus HIV, nos seguintes termos:

Considero discriminatório o ato de dispensa praticado pela ré dois dias depois de a requerente relatar na empresa (à colega Luciana da Luz - fls.96) que estava doente em decorrência das complicações produzidas pela AIDS, adotando aqui o mesmo entendimento expressado pelo TST nos autos TS-AIRR-206/2001-261-02-40.9, em Acórdão de 11.065.07).

A requerida desconsiderou a dignidade da requerente e o valor social do trabalho, valores protegidos pela Constituição da República.

Frente ao conteúdo didático das decisões judiciais, da tentativa da primeira ré de levar a efeito o ato fraudulento (fazer crer existente ruptura de contrato por iniciativa da requerente, inclusive após ser chamada a juízo), bem assim frente ao constrangimento a que foi submetida a obreira, à sensação de impotência a que ficou sujeita diante do ato arbitrário e discriminatório patronal, fixo o importe dos danos morais em cem vezes o valor do salário da requerente.

A ré pretende eximir-se dessa condenação, sustentando que a ruptura do contrato de trabalho aconteceu por iniciativa da autora, dois dias antes do termo final do contrato de experiência celebrado entre as duas partes. Aduz que não houve qualquer ato discriminatório por ocasião da rescisão, que reputa lícita, bem como que a autora não demonstrou o fato constitutivo do direito pretendido. Sucessivamente, pugna pela redução do valor arbitrado a título de danos morais, ressaltando sua condição de empresa estabelecida há menos de um ano.

A insurgência procede.

A reclamante foi contratada pelo réu em 5-6-2008, pelo período de experiência de trinta dias, para exercer a função de auxiliar de cozinha, conforme se verifica nos documentos das fls. 13-4.

Do depoimento pessoal do preposto da recorrente (fls. 95-6) não se pode concluir que a autora tenha sido discriminada ou perseguida pelo empregador pelo fato de ser portadora da mencionada doença.

A única testemunha (fl. 96) depôs a convite da reclamante e declarou que sabia que a recorrida estava infectada com o vírus HIV, mas o ex-empregador não questionou nada a respeito disso. Não há prova da ciência prévia da ré no tocante a esse fato, não se podendo concluir, pelo contexto probatório, pela existência de indícios de que seu contrato de experiência deixou de ser renovado ou prorrogado em face de ser portadora da doença em questão.

Do mesmo depoimento não se colhe que os demais empregados a tenham desrespeitado ou a discriminado em decorrência da doença.

Enfim, para a caracterização do dano moral, ensejador da responsabilidade civil da reclamada, necessária se faz a presença dos seguintes elementos: a) ofensa a uma norma preexistente; b) dano; e c) nexa causal. Elementos que entendo não estarem materializados nos autos.

Não existe nos autos indícios de que tenha havido a discriminação alegada.

O simples fato de seu contrato de experiência não ter sido renovado ou prorrogado na data do término não configura a discriminação alegada. A antecipação do seu termo final (fl. 54) não modifica essa conclusão, porque os valores pagos contemplam o contrato de experiência.

Ademais, entendo que os sucessivos afastamentos da autora - sete dias a partir de 25-6-08 e oito dias a partir de 2-7-2008, no reduzido período de um mês - justificavam a não prorrogação do contrato de experiência.

Importante destacar que sendo incontroverso que a autora é portadora do HIV, o dano resultante do sofrimento que esta doença apresenta é presumível, independe de prova, ante o estigma que representa, ainda hoje, em nossa sociedade. Entretanto não é essa a discussão. O que se discute é se esse dano foi majorado por ato discriminatório praticado pela empresa.

Por todo o exposto não é o que se depreende destes autos, não fazendo jus a autora a perceber indenização pleiteada.

Dou provimento no particular para excluir da condenação a indenização por danos morais.

7.4 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15^A REGIÃO - CAMPINAS

A ementa abaixo transcrita demonstra o entendimento do Tribunal da 15^a Região no sentido de presumir-se que a dispensa de empregado portador do vírus HIV é discriminatória, ensejando a reintegração:

PROCESSO Nº 01338-2007-137-15-00-6 RO, 2ª CÂMARA / 1ª TURMA, RECURSO ORDINÁRIO, 3ª VARA DO TRABALHO DE PIRACICABA, Recorrente: José Célio Toledo. Recorrido: Wahler Metalúrgica Ltda, Juiz sentenciante: Juliana Benatti, Decisão 070436/2009 – PATR, publicação: 06.11.2009

DISPENSA IMOTIVADA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. Sendo incontroversa a ciência da reclamada acerca da doença que acometeu o obreiro, atraiu para si o ônus de comprovar que a dispensa não se deu por motivo discriminatório, encargo do qual não se desincumbiu, não tendo produzido qualquer prova nos autos nesse sentido. Assim, deve o trabalhador ser reintegrado, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e com arrimo no artigo 4º, inciso I, da Lei 9.029/95.

(...)

Da nulidade da dispensa

Sustenta o ora recorrente que após detectada a contaminação pelo vírus HIV foi acometido de doenças oportunistas, o que ocasionou o afastamento de suas atividades laborais pelo Órgão Previdenciário. Retornando ao trabalho em junho de 2005, foi dispensado em ato discriminatório, em 26/9/2005. Invoca a função social do contrato, insculpida no artigo 421 do Código Civil, e os artigos 1º, incisos III e IV, 3º, inciso IV, 5º, caput e inciso XLI, 170, inciso III, e 193 da Constituição Federal. Assevera ser vedada a dispensa arbitrária, a qual, no caso dos autos, obsteu o gozo do auxílio-doença previsto no artigo 476 da CLT.

Com fundamento na função social da propriedade, no princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, a Suprema Corte Trabalhista vem presumindo tratar-se de ato discriminatório a dispensa imotivada do trabalhador soropositivo.

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de revista conhecido e provido, no tópico.

(...)

(Processo: RR - 943/2006-005-24-00.7 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 27/03/2009.)

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DEMISSÃO FOI ORIENTADA POR MOTIVO DIVERSO. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador sabe que o empregado é portador do HIV, e não tenha demonstrado que o ato foi orientado por motivo diverso. No caso em tela, porém, o Tribunal Regional foi incisivo em afirmar que o reclamado demonstrou, primeiramente, a demissão de todos os empregados e não apenas do reclamante, e, em segundo plano, que tal demissão ocorrera por força da terceirização dos serviços de manutenção e portaria, circunstâncias que configuraram a ausência de ânimo discriminatório. Recurso de revista não conhecido.

(Processo: RR - 2323/2001-029-02-00.8 Data de Julgamento: 15/10/2008, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 17/10/2008.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. I- Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório o exercício do direito potestativo de dispensa. Ademais, ainda que inexistia norma legal específica que determine a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. II - Agravo a que se nega provimento. (Processo: AIRR - 206/2001-261-02-40.9 Data de Julgamento: 25/04/2007, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/05/2007.)

Nesse contexto, sendo incontroversa a ciência da reclamada acerca da doença que acometeu o obreiro, atraiu para si o ônus de comprovar que a dispensa não se deu por motivo discriminatório, encargo do qual não se desincumbiu, não tendo produzido qualquer prova nos autos nesse sentido.

Assim, nos moldes do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95, condeno a demandada a reintegrar o reclamante ao trabalho, ressarcindo integralmente o período de afastamento com o pagamento das remunerações, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Reformo.

A decisão abaixo transcrita, muito embora referente ao pedido de dano moral e material, guarda profunda relação com a matéria ora discutida. E, o entendimento do E. Tribunal da 15ª Região é no sentido de a dispensa de empregado portador do vírus HIV, por presunção, é discriminatória, cabendo ao empregador o ônus de comprovar que a dispensa não foi discriminatória:

PROCESSO TRT/15ª. N. 00381-2006-099-15-00-1 RO, RECURSO ORDINÁRIO, RECORRENTE: PH FIT FITAS E INOVAÇÕES TÊXTEIS LTDA., RECORRIDA: ALESSANDRA DOS REIS CUNHA MIGLIOSI, ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE AMERICANA, Juiz Relator JORGE LUIZ SOUTO MAIOR, Decisão 012348/2009-PATR, publicação em 13.03.2009

(...)

Sustenta a recorrente ser inconcebível que o exercício direito potestativo do empregador resilir o contrato de trabalho possa ferir o direito fundamental à dignidade humana. Aduz, que as provas dos autos afastam a tese de que o desligamento da recorrida se deu de forma arbitrária e discriminatória, pois que, na verdade, os motivos foram de ordem econômico-financeira e técnica. Aduz que não tinha conhecimento, quando da demissão da reclamante, do fato de que esta era portadora do vírus HIV, pugnando pela reforma integral da r. sentença.

Sem razão a recorrente.

Em primeiro lugar, é evidente que o exercício de um direito, ainda que de natureza potestativa, pode ferir direito alheio, pois todo o direito não pode ser exercido de forma apenas a gerar um mal a outra pessoa, sendo este, ademais, o conteúdo jurídico do princípio da boa-fé. Em situações em que potencialmente o dado da discriminação possa ser invocado, diante da observação da cultura social, o exercício do direito, mesmo potestativo, deve ser justificado, para que não se entenda ter sido discriminatório. Pende, pois, sob a vítima potencial de uma discriminação a presunção, fincada em indícios, para que a discriminação não se perfaça impunemente.

A reclamada nega o fato de que tenha dispensado a reclamante por discriminação, atraindo, portanto, para si o ônus de provar que, conforme suas alegações, a dispensa se deu por questões econômico-financeiras e técnicas.

Não o fez, no entanto.

Os depoimentos colhidos nos autos, pelo contrário, reforçam a tese da reclamante de que fora dispensada de forma discriminatória, em razão da grave doença de que é portadora.

Com efeito, a primeira testemunha, Sra. Maria Aurenny, confirma que conhecia o fato de que a reclamante era portadora do vírus HIV. Afirma, ainda, em seu depoimento, “que é encarregada há cerca de sete anos” e que, em casos de contingência “é a depoente quem indica os nomes de pessoas para serem dispensadas, porém essa indicação depende do aval do gerente que à época era o sr. Edson Sousa”. A segunda testemunha, Sra. Edina Moreira, que também era “encarregada de turno” e “que foi encarregada da autora”, confirma o conhecimento acerca da doença da reclamante.

Tais alegações, por si sós, já são suficientes para que se conclua que a reclamada tinha conhecimento da doença da recorrida. Se duas encarregadas que possuíam o poder de indicar nomes para corte de pessoal tinham conhecimento da situação de saúde da reclamante, por óbvio que a reclamada, quando da dispensa, também tinha conhecimento.

E pior, foram justamente as Sras. Maria Alrenny e Edna Moreira que fizeram a indicação da autora para dispensa. A Sra. Maria Alrenny alega em seu depoimento “que a encarregada Edna cogitou o nome da autora; que além da autora foram dispensadas as sras. Josiane, Elaine, Fabiana e Keline, todas pelo mesmo motivo, qual seja, queda de produção”. Já a Sra. Edina afirma que “as demais funcionárias dispensadas no mesmo setor o foram pelo mesmo motivo; (...) que não participou da conversa em que Maria Alrenny indicou os nomes dos dispensados ao gerente Edson, não sabendo o que Maria Alrenny conversou com o mesmo; que a condição da autora de HIV positivo ao que sabe a depoente não pesou na decisão que levou a sua dispensa.”.

Ademais, fácil notar que nenhuma das duas testemunhas soube especificar, com exatidão, o motivo real da dispensa, o que faz cair por terra a alegação da reclamada de que o motivo foi financeiro, econômico ou técnico. Aliás, os depoimentos são contraditórios e apenas ratificam a defesa da reclamada de forma vaga e genérica. Não há concretude nas afirmações das testemunhas, notadamente no que tange ao motivo da dispensa.

Outrossim, bem observado pela D. Juíza de primeiro grau que “o alegado desempenho insuficiente não coaduna com a promoção com que foi contemplada a obreira pouco antes de sua dispensa; segundo a testemunha Edina, a alteração de função a que se sujeitou a autora significa “*promoção funcional*”, sendo critério para tanto que “*o empregado tenha experiência e esteja desempenhando bem suas funções originais*”; destarte, ainda que o alegado “desempenho insuficiente” tenha consistido critério paralelo para corte de pessoal em face da contingência econômica suportada pela empresa, tal justificativa não se sustenta relativamente à autora.” (grifos no original).

Some-se a isso, que a contratação, praticamente imediata, de novos empregados após a dispensa da reclamante afasta a suposta necessidade de redução do quadro de funcionários por razões econômicas. É incompreensível que, em fevereiro de 2006 a empresa estivesse passando por dificuldades financeiras, o que a levou a dispensar funcionários, e já em março do mesmo ano sua produtividade tivesse que ser majorada de tal forma que se fez necessária a contratação de mais 10 (dez) empregados, fora outros 10 (dez) temporários.

E também, como é cediço, a contratação com a empresa Natura, mormente devido ao grande volume contratado, que, inclusive, fez com que a reclamada contratasse mais empregados, não pode ter sido tão rápida como sustentado pelas testemunhas. Tais negociações duram até meses, não sendo crível que, quando da dispensa da reclamante, já não houvesse ao menos a previsão de novas contratações para suprir a demanda do novo cliente.

A análise detida dos autos leva à conclusão inafastável de que a dispensa da reclamante foi puramente discriminatória. A prova do real motivo da dispensa, que era da reclamada, deveria ter sido robusta, consistente, mas não há elementos nos autos capazes de elidir a responsabilidade da reclamada pelos prejuízos materiais e morais causados à reclamante.

O valor da indenização por danos morais foi corretamente aplicado. Não bastasse o imensurável sofrimento pela doença de que foi acometida, a reclamante ainda perdeu a fonte de seu sustento. E não é só, o trabalho pode ser visto até mesmo como uma terapia para que a reclamante não se prostre diante do mal que a acompanha, mas nem isso a obreira tem mais. Nem se mencionem as dificuldades para encontrar novo trabalho, que em condições normais já são enormes, e com a doença que mais causa discriminação em nosso país serão ainda maiores.

Também não se cogite da necessidade de prova do dano moral, já que este se desenvolve no âmago do espírito e da mente do ser humano. Não há prova concreta de dano moral. Este se presume em situações fáticas que, na experiência do Juiz, revelam, de forma inquestionável, dor, angústia, mágoa, tristeza etc., exatamente o que se dá nos presentes autos.

A reparação pelos danos materiais decorre dos lucros cessantes e deve ser mantida integralmente. Razoável a consideração da D. Magistrada no que concerne ao parâmetro de que o pacto laboral subsistiria por pelo menos 12 meses.

Nada a reformar na r. sentença.

7.5 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Veja-se, de início, o entendimento da SDI-2 do C. Tribunal Superior do Trabalho, através da edição da Orientação Jurisprudencial número 142, que assegura a reintegração liminarmente concedida ao empregado portador do vírus HIV:

142. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA. DJ 04.05.2004

Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/1994, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.

Legislação:

CLT, artigo 659, inciso X

Verifica-se, com a transcrição das seguintes ementas, que o entendimento do C. TST é no sentido de que a dispensa de forma arbitrária e discriminatória de empregado portador do vírus HIV enseja a reintegração ao emprego, pelo reconhecimento da aplicação analógica da Lei 9.029/1995:

Processo: AIRR - 35040-51.2004.5.03.0048 Data de Julgamento: 09/12/2009, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 11/12/2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. REINTEGRAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. O egrégio Tribunal Regional decidiu pela reintegração do reclamante, ao constatar que a dispensa teria sido motivada por ato discriminatório, razão pela qual aplicou preceito inserto na Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. 2. Decisão em conformidade com a jurisprudência desta Corte Uniformizadora. Precedentes. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Processo: AIRR - 17340-80.2003.5.01.0039 **Data de Julgamento:** 26/08/2009, **Relator Ministro:** Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 04/09/2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. REINTEGRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO PROVIMENTO. 1. Inviável o destrancamento do recurso de revista quanto à denunciada ofensa ao artigo 7º, I, da Constituição Federal, uma vez que o Tribunal Regional decidiu pela reintegração do reclamante, ao constatar que a dispensa teria sido motivada por ato discriminatório, razão pela qual aplicou preceito inserto na Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Desse modo, a aferição da afronta ao supracitado dispositivo constitucional demandaria a prévia interpretação de lei infraconstitucional, de modo que a violação somente ocorreria reflexa ou indiretamente. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Outro entendimento bastante considerado sobre o tema em tela, refere-se à necessidade de ciência, pela empresa, sobre a doença porventura apresentada pelo empregado, para análise de eventual ato discriminatório:

Processo: RR - 20600-27.2007.5.08.0009 **Data de Julgamento:** 16/12/2009, **Relator Ministro:** Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 19/02/2010. **RECURSO DE REVISTA. RELAÇÃO DE TRABALHO. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. TRABALHADOR SOROPOSITIVO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.** O Tribunal Regional ratificou a improcedência da pretensão indenizatória. Consignou que a despedida do Reclamante não foi discriminatória, porque nem ele, nem a Reclamada, tinham ciência da enfermidade à época da rescisão contratual. Por não ter sido comprovado o cometimento de ato ilícito por parte da Reclamada, a Corte Regional rejeitou a alegação de dano moral. Em seu recurso de revista, o Reclamante indica ofensa a dispositivos constitucionais cuja matéria não foi prequestionada e fundamenta a insurgência em premissa fática diversa da consignada pela Corte de origem, insistindo na tese de que a Reclamada tinha ciência de sua condição de saúde ao dispensá-lo. Recurso de revista de que não se conhece, ante o óbice das Súmulas n^{os} 126 e 297 desta Corte.

Por fim, de se atentar à tendência majoritária de permissão da inversão do ônus da prova e da já analisada presunção de discriminação:

Processo: RR - 166100-11.2007.5.02.0036 **Data de Julgamento:** 02/09/2009, **Relator Ministro:** Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 18/09/2009. **RECURSO DE REVISTA. 1. JULGAMENTO -EXTRA PETITA-. INOCORRÊNCIA.** Respeitados os limites da lide, não há que se cogitar de julgamento -extra petita-. Recurso de revista não conhecido. **2. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. ATO DISCRIMINATÓRIO.** Quando da dispensa imotivada do portador do vírus HIV, ciente a reclamada da doença, presume-se a ocorrência de discriminação, operando-se a inversão do ônus da prova. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. **3. DEDUÇÃO DE VALORES PAGOS.** Aspecto não prequestionado escapa à jurisdição extraordinária (Súmula 297/TST). Recurso de revista não conhecido.

8 CONCLUSÃO

A legislação pátria vem evoluindo no sentido de dispensar ao portador do vírus HIV um tratamento diferenciado em função de sua circunstância diferenciada de vida.

Atualmente, há normas Federais, Estaduais ou Municipais, dispendo sobre a AIDS e as doenças sexualmente transmissíveis em todos os segmentos da ciência jurídica, inclusive no campo do Direito do Trabalho, objeto do estudo em questão.

Não obstante o avanço da legislação, certo é que, até o presente momento não existe no ordenamento jurídico pátrio uma norma específica aplicável aos empregados que assegure a estabilidade como forma de garantia de emprego aos portadores do vírus HIV.

A doutrina e jurisprudência norteiam-se pelos princípios gerais de direito, valendo-se das regras de hermenêutica ditadas pelo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

À luz da dominante jurisprudência, a garantia de emprego do portador do vírus HIV é decorrência do combate à prática discriminatória. Nesse aspecto, o entendimento jurisprudencial tem se firmado no sentido de a dispensa ser, presumidamente, discriminatória.

Assim, tem-se que, não obstante a inexistência de legislação específica sobre o tema, a garantia de emprego, através da estabilidade, aos portadores do vírus HIV tem sido assegurada através de determinação judicial, o que demonstra que o Poder Judiciário tem contribuído para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, cumprindo, portanto, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que a dispensa de empregado portador do vírus HIV, quando não fundada em nenhuma das hipóteses do artigo 482 da CLT, é presumidamente discriminatória, sendo imperiosa a manutenção no emprego, inclusive com a possibilidade de reintegração, até o gozo do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez.

O reconhecimento da estabilidade e possibilidade de reintegração do portador do vírus HIV é a aplicação, no caso concreto, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, bem como a concretização da função social da empresa.

Além da questão da garantia de emprego, através do instituto da estabilidade, verifica-se, também, que o Poder Judiciário tem assegurado ao empregado portador do vírus HIV o direito à inviolabilidade de sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

Nesse sentido, a conclusão que se chega é a de que a construção jurisprudencial e doutrinária sobre o empregado portador do vírus HIV contribuirá para que o Poder Legislativo, cumprindo a sua obrigação constitucional, edite leis assecuratórias da garantia de emprego ao referido portador.

Para concluir o presente trabalho, pede-se vênua para transcrever as seguintes palavras do professor Jorge Luiz Souto Maior⁹³:

O grande desafio da construção jurisprudencial de um direito do trabalho na ótica dos direitos humanos não é, portanto, o de seguir, disciplinadamente, como em uma ordem de quartel, Enunciados e Ojs ou posições doutrinárias majoritárias, que, eventualmente, não se inspiram nos mesmos ideais, e sim o de fazer do Judiciário “alguma coisa que ri, alguma coisa que chora, alguma coisa que sente saudade”. É preciso trazer para o momento crucial da vida do direito, que é o da sua transposição para a realidade, os sentimentos mais profundos do ser humano: a busca da justiça e o amor ao próximo.

⁹³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Pai, afasta de mim esse cálice!*. Laboratório de Políticas Públicas. Rio de Janeiro. Disponível em http://www.lpp-uerj.net/outrobrasil/Dossies_Destaque.asp?Id_Sub_Dossie=20 acesso em 30.ago.2006

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Lucia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.

DAVIES, Christian Galvão e SCALZO, Juliana Canarim. *Função Social da Empresa e do Contrato*. Revista de Direito Internacional e Econômico. Ano III n^o 14, Jan/Fev/Mar/2006. Porto Alegre. Síntese/INCE.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3^a ed. São Paulo: LTR, 2004.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Discriminação no emprego – formas, defesas e remédios jurídicos*. In Revista LTr. Vol. 66, n^o11, novembro de 2002.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio Moral ns Relações de Trabalho*. Campinas/SP. 2004. Russel.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2003.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1998.

LIMA FILHO, Francisco das C. *A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade*. In Revista LTr. Vol. 65, n^o 10, outubro de 2001.

LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil*. Revista de Direito Administrativo. Out/Dez. 2004. Rio de Janeiro, 238. Ed. Renovar.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. *Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: 30 ago. 2006.

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

MARQUES, Christiani. *Discriminação no Emprego. In: Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. Coordenador: Luiz Alberto David Araújo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16^a Edição. São Paulo: Editora Atlas S/A. 2002.

NOBRE, Edílson Pereira Junior. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Público. 33/01. São Paulo. Malheiros Editores.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio da dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na Relação de Emprego e Proteção Contra a Dispensa Discriminatória*, São Paulo, LTR, 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. *O princípio de não discriminação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em: 01 set. 2006.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3^a ed. atualizada. São Paulo: LTr. 2002.

REIS, Wagner Gusmão Junior. *Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Celso Bastos. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 19^a ed. São Paulo: LTr, 2000, 1 vol.

<http://www.agenciaaids.com.br>

<http://www.aids.gov.br>

<http://www.ilo.org>

<http://www.lpp-uerj.net>

<http://www.mp.os.gov.br>

<http://www.portalmedico.org.br>

<http://www.saraivajur.com.br>

<http://www.tst.gov.br>

<http://www.trtspjus.br>

<http://www.trt9.jus.br>

<http://www.trt12.jus.br>

<http://www.trt15.jus.br>