

REVISTA ELETRÔNICA

Trabalho e HIV

Os Direitos do Trabalhador Portador do HIV

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

AIDS e Ética no Meio Ambiente de Trabalho: O Direito e a Cidadania Empresarial na Tutela das Minorias

Viviane Coêlho Séllos Knoerr
Mara Darcanchy

O Desconhecimento do Empregador e a Presunção de Dispensa Discriminatória do Obreiro Portador do Vírus HIV

Aline Carbeiro Magalhães
Cybele Rennó Leite

Trabalhador Soropositivo e Presunção - de Dispensa Discriminatória: A Súmula Nº 443 do TST

Luiz Eduardo Gunther
Eduardo Milléo Baracat

Direito a Continuidade do Contrato de Trabalho -Empregado Portador do Vírus HIV

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli
Chayene Tayze Maculía Oliveira,
Silvana Souza Netto Mandalozzo

HIV e AIDS no Ambiente Laboral: Visibilidade, Discriminação e Tutela Jurídica de Direitos Humanos

Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Expediente

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

CURITIBA - PARANÁ

ESCOLA JUDICIAL

PRESIDENTE

Desembargador ALTINO PEDROZO DOS SANTOS

VICE-PRESIDENTE

Desembargadora ANA CAROLINA ZAINA

CORREGEDOR REGIONAL

Desembargadora FÁTIMA TERESINHA LORO LEDRA
MACHADO

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2014/2015

Desembargador Célio Horst Waldraff (Diretor)

Desembargador Cássio Colombo Filho (Vice-Diretor)

Juiz Lourival Barão Marques Filho (Coordenador)

Juiz Titular Fernando Hoffmann (Vice-Cordenador)

Desembargador Arion Mazurkevic

Desembargador Francisco Roberto Ermel

Juíza Titular Suely Filippetto

Juiz Titular Paulo Henrique Kretschmar e Conti

Juíza Substituta Fernanda Hilzendegeer Marcon

Juíza Substituta Camila Gabriela Greber Caldas

COMISSÃO DE PUBLICAÇÕES

Desembargora Marlene T. F. Suguimatsu-Diretora

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Desembargador Cássio Colombo Filho

GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Angélica Maria Juste Camargo

Eloina Ferreira Baltazar

Joanna Vitória Crippa

Juliana Cristina Busnardo de Araújo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima

Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio

Willians Franklin Lira dos Santos

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência

Serviço de Biblioteca e Jurisprudência

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

Assessoria de Uniformização de Jurisprudência

FOTOGRAFIA

Assessoria de Comunicação

Acervos online (Creative Commons)

APOIO À PESQUISA E REVISÃO

Maria Ângela de Novaes Marques

Márcia Bryzynski

DIAGRAMAÇÃO E CAPA

Patrícia Eliza Dvorak

Editorial

Até 2004, estimava-se que mais de 38 milhões de pessoas viviam com o HIV em todo o mundo, a maioria delas entre 15 e 49 anos, e que, do início da epidemia até 2005, 28 milhões de trabalhadores em todo o mundo tenham perdido suas vidas em consequência da Aids. Segundo projeções da OIT, o número total de pessoas com idade para trabalhar falecidas por causa do HIV/Aids alcançará 48 milhões em 2010 e 74 milhões em 2015, se não tiverem acesso a tratamento adequado. Ainda segundo a OIT, 2 milhões de integrantes da força de trabalho mundial ficarão impossibilitados de trabalhar por causa do HIV/Aids, número que até 2015 ultrapassará com folga os 4 milhões.¹

No Brasil, desde o início da epidemia, em 1980, até junho de 2012, haviam sido registrados 656.701 casos de Aids, sendo que a taxa de incidência oscila em torno de 20 casos por 100 mil habitantes. Apenas em 2011, foram notificados 38.776 casos da doença e a **taxa de incidência** de aids no Brasil foi de 20,2 casos por 100 mil habitantes. A doença aumentou progressivamente no Brasil até 2002, depois chegou a apresentar uma redução gradual até 2007, mas nos últimos anos voltou a crescer.

Outro dado relevante, é que ainda a faixa etária em que a Aids é mais incidente, em ambos os sexos, é a de 25 a 49 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado de trabalho.² O universo dos portadores do HIV, todavia, provavelmente seja maior, visto que muitos tomam conhecimento da doença apenas quando os principais sintomas se manifestam.

Também é importante observar o desenvolvimento da epidemia por região no período de 2001 a 2011. A taxa de incidência caiu no Sudeste de 22,9 para 21,0 casos por 100 mil habitantes. Nas outras regiões, no entanto, cresceu: 27,1 para 30,9 no Sul; 9,1 para 20,8 no Norte; 14,3 para 17,5 no Centro-Oeste; e 7,5 para 13,9 no Nordeste. Saliente-se que o maior número de casos acumulados ainda está concentrado na região Sudeste (56%).³

1 *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: estimaciones a nivel mundial, impacto y medidas adoptadas* (www.ilo.org, acesso em 12/12/2010).

2 www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil, acesso em 23/02/2014.

3 www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil, acesso em 23/02/2014.

Em relação ao gênero, ainda há mais casos da doença entre os homens do que entre as mulheres, mas essa diferença vem diminuindo ao longo dos anos. Com efeito, em 1989, para cada 6 casos de Aids entre homens havia 1 caso de mulher. Em 2011, último dado disponível, chegou-se a 1,7 caso em homens para cada 1 em mulheres.⁴

Sem um tratamento adequado, os trabalhadores soropositivos economicamente ativos, cedo ou tarde, desenvolverão a Aids, ficando impossibilitados de trabalhar e de, precocemente, auferir os meios necessários à subsistência própria e de seus dependentes. Observe-se, ainda, que a duração da doença aumenta a carga econômica que pesa sobre o resto da força de trabalho e impõe um ônus social adicional, através da assistência e apoio aos doentes por parte de suas famílias. A OIT estima que em 2015 e a escala mundial, o efeito combinado das mortes e doenças atribuídas ao HIV/Aids, implicará acréscimo de 1% da carga econômica e de mais de 1% da carga social. As mortes atribuídas ao HIV/Aids se traduzem também na perda de investimentos em qualificações e experiências adquiridas, sendo que esta perda de capital humano é uma das ameaças concernentes ao objetivo de erradicar a pobreza e alcançar um desenvolvimento sustentável.⁵

A discriminação dificulta a prevenção, como também o diagnóstico precoce, e uma maior sobrevivência dos trabalhadores soropositivos.

Os portadores do vírus HIV e da Aids sofrem importante discriminação, sobretudo no mundo do trabalho, tanto na contratação, quanto na manutenção do contrato de trabalho, sendo extremamente danoso quando são despedidos pelo empregador.

O argumento do empregador, via de regra, é o do prejuízo à atividade econômica que o empregado portador do vírus HIV ou da Aids pode acarretar, por meio de indisposição junto aos colegas de trabalho, ou do afastamento dos clientes. Existe, muitas vezes, o preconceito do próprio empresário, decorrente da ignorância e desinformação do meio social onde vive..

A 99ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 2010, em Genebra, adotou a Recomendação nº 200, relativa ao vírus HIV, a Aids e o mundo do trabalho.

De acordo com esta Recomendação, a OIT visa a intensificar sua ação em favor do respeito aos compromissos assumidos, nacional e internacionalmente, com vistas a proteger os direitos e a dignidade dos trabalhadores e de todas as pessoas direta ou indiretamente atingidas pelo vírus HIV e pela Aids.⁶

4 www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil, acesso em 23/02/2014.

5 *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: estimaciones a nivel mundial, impacto y medidas adoptadas* (www.ilo.org, acesso em 12/12/2010).

6 www.ilo.org/aids, acesso em 12/12/2010.

A Recomendação, em foco, parte do pressuposto da existência de uma pandemia em escala global que, ao atingir milhões de pessoas, é capaz de apagar décadas de desenvolvimento, destruir economias e desestabilizar sociedades.

A Recomendação nº 200 da OIT, destarte, propugna pela ideia de que a inexistência de prevenção, tratamento adequado e proteção dos trabalhadores enfermos acarretará retrocessos econômico e social.

Considerando o grande estigma social existente sobre o HIV/Aids, como também a grande e desconhecida quantidade de trabalhadores afetados por esta doença, torna-se imprescindível enfrentar o problema.

Congratulo-me com o Conselho Editorial da Revista Eletrônica do TRT do Paraná, capitaneada pelo Desembargador Luiz Eduardo Gunther, pela excelente iniciativa de submeter ao debate a problemática da discriminação do trabalhador portador do HIV/Aids, em busca das respostas necessárias.

Eduardo Milléo Baracat

Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba

Doutor em Direito pela UFPR/2003

Professor do Programa de Mestrado do UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba

Índice

ARTIGOS

- Os Direitos do Trabalhador Portador do HIV - Rúbia Zanotelli de Alvarenga9
- Direito a Continuidade do Contrato de Trabalho - Empregado Portador do Vírus HIV - Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli, Chayene Tayze Maculia Oliveira, Silvana Souza Netto Mandalozzo24
- Trabalhador Soropositivo e Presunção - de Dispensa Discriminatória: A Súmula N° 443 do TST - Luiz Eduardo Gunther e Eduardo Milléo Baracat42
- O Desconhecimento do Empregador e a Presunção de Dispensa Discriminatória do Obreiro Portador do Vírus HIV - Aline Carbeiro Magalhães e Cybele Rennó Leite61
- HIV e AIDS no Ambiente Laboral: Visibilidade, Discriminação e Tutela Jurídica de Direitos Humanos - Marlene T. Fuverki Suguimatsu75
- AIDS e Ética no Meio Ambiente de Trabalho: O Direito e a Cidadania Empresarial na Tutela das Minorias - Viviane Coêlho Séllos Knoerr e Mara Darcanchy 104

ACÓRDÃOS

- Acórdão da 1ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2010-029-09-00-6 publicado no DEJT em 18/09/2012, Relator Desembargador Cassio Colombo Filho. 115
- Acórdão da 1ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2004-008-09-00-3-ACO-xxxxx-2006, publicado no DEJT em 06/10/2006, Relator Desembargador Benedito Xavier da Silva 128
- Acórdão da 3ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2012-028-09-00-8, publicado no DEJT em 23/08/2013, Relator Desembargador Marco Antônio Vianna Mansur 136

Acórdão da 5ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2010-002-09-00-1, publicado no DEJT em 13/03/2013, Relator Desembargadora Patrícia de Matos Lemos 143

Acórdão da 1ª Turma do STF, publicado no DEJT em 10/11/2011, Relator Ministro Dias Toffoli 149

Acórdão da 4ª Turma do TST, publicado no DEJT em 09/11/2012, Relator Ministro Vieira de Mello Filho 164

EMENTAS 169

SENTENÇAS

Sentença nº xxxxx-2012-663-09-00-0 da 4ª Vara do Trabalho de Londrina/PR, Publicada em 23/07/2012, Juiz do Trabalho Substituto Roberto Joaquim de Souza. 177

Sentença nº xxxxx-2010-303-09-00-0 da 3ª Vara do Trabalho de Foz do Iguaçu/PR, Publicada em 21/10/2011, Juíza do Trabalho Angélica Candido Nogara Slomp 180

Sentença nº xxxxx-2013-084-09-00-1 da 22ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, Publicada em 18/11/2013, Juiz do Trabalho José Alexandre Barra Valente 186

Sentença nº XXXXX-2012-009-09-00-0 da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, Publicada em 08/11/2013, Juíza do Trabalho Fernanda Hilzendeger Marcon 189

Sentença nº xxxxx-2007-003-09-00-0 da 3ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, Publicada em 03/08/2012, Juíza do Trabalho Lisete Valsecchi Fávaro 194

RESENHAS

Filme - Cazuza - O tempo não para 197

AIDS e suas metáforas, SONTAG, Susan 199

SINOPSES

FILME: “Filadélfia” (original inglês: Philadelphia) ANO: 1993	201
O empregado portador do vírus HIV/AIDS - Regiane Margonar	203

SÚMULAS	206
----------------------	-----

NORMAS E OUTROS

Recomendação 200 da OIT	207
LEI Nº 9.029, DE 13 DE ABRIL DE 1995.	222
PORTARIA Nº 1.246, DE 28 DE MAIO DE 2010	224
LEI Nº 9.313, DE 13 DE NOVEMBRO DE 1996.	225
Cartilha - Ministério da Saúde - Direitos Humanos e HIV / AIDS	226
BIBLIOGRAFIA	227

VÍDEOS

Seminário Aids e Trabalho um ano da Recomendação 200 da OIT	229
---	-----

OS DIREITOS DO TRABALHADOR PORTADOR DO HIV

Rúbia Zanutelli de Alvarenga

SUMÁRIO: Introdução 1. Os direitos da personalidade; 2. Os direitos da personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV: a fase pré-contratual; 3. A proteção contra a dispensa discriminatória do trabalhador portador do vírus HIV; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Com a modernidade vem a modernização; com esta, surge a novidade; e, com ela, a inovação. Todavia, nem sempre o novo tem sentido ou valor positivo. Tal processo se verifica nas mais diversas áreas de atuação humana. O Direito do Trabalho precisou inovar para contemplar situações advindas de uma “novidade” na seara laboral: o aparecimento do vírus HIV e, conseqüentemente, da doença AIDS, que vitima milhares de trabalhadores brasileiros. Daí a necessidade de se tratar este tema tão moderno quanto delicado no campo de atuação do Direito do Trabalho.

1 Os direitos da personalidade

A ideia de proteção aos direitos

da personalidade do ser humano representa algo próprio e inerente à sua natureza de que irradiam direitos fundamentais ao seu pleno desenvolvimento e necessários à preservação dos seus aspectos físico, psíquico, moral e intelectual. Violados quaisquer direitos da personalidade do trabalhador, estar-se-á violando a sua dignidade.

Por direitos da personalidade, ou direitos do homem, devem-se entender:

[...] aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São direitos naturais, ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem. Referem-se à própria pessoa, tendo como objeto seus atributos e, como fundamento, a própria essencialidade do ser. (KHAMIS, 2002, p. 30).

Enquanto protetores da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade têm por objeto assegurar os elementos constitutivos da personalidade do ser humano,



.....
Rúbia Zanutelli de Alvarenga

Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Casa do Estudante em Aracruz, ES. Professora de Direito do Trabalho e Previdenciário de cursos de Pós-Graduação em Vitória, ES. Membro Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Advogada.

tomada nos aspectos da integridade física, psíquica, moral e intelectual da pessoa humana. Ademais, são direitos que, em tempo algum, desaparecem e nunca se separam do seu titular.

Assim, prefere-se, nesta oportunidade, classificar os direitos da personalidade entre aqueles que visam a proteger os aspectos físico, psíquico, moral e intelectual do ser humano. O direito à integridade física é aquele, por exemplo, que pretende a tutela do direito à vida, à higidez física, ao alimento, ao próprio corpo e à destinação do cadáver. O direito à integridade psíquica, por sua vez, possui a finalidade de promover a saúde mental do ser humano. O direito à integridade intelectual abrange o direito à liberdade de pensamento e de autoria científica, artística e literária e o direito de invenção. E, por último, o direito à integridade moral almeja proteger a intimidade, a honra, a vida privada, o recato, a liberdade, o nome e o pseudônimo, o segredo profissional e doméstico, a identidade pessoal, familiar e social, a imagem, a moral de autor intelectual e a voz.

De tal modo, eles possuem uma concepção jusnaturalista, pois são pertencentes ao ser humano pela sua simples condição humana. Isso faz com que independam de previsão normativa.

Como bem assinala Khamis (2002, p. 30): *“Diante da complexidade do ser humano, não há como esgotar o elenco ou enumeração dos direitos dessa natureza, pois que inesgotável é o ser humano e os seus atributos”*.

Neste desiderato, destaca Jabur (2000, p. 28): *“Os direitos da personalidade são [...] carentes de taxação exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa”*.

Opta-se, assim, na presente análise, pela concepção jusnaturalista que protege os direitos da personalidade do indivíduo, independentemente de serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, eis que inerentes ao ser humano. A concepção jusnaturalista está ligada à ideia de que os direitos da personalidade transcendem ao direito positivado, porquanto inerentes à condição humana. Por isso, eles não podem ser enumerados de forma taxativa, sendo, portanto, inesgotáveis e ilimitados.

2 Os direitos da personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV: a fase pré-contratual

Na fase pré-contratual, configura hipótese de afronta à intimidade do trabalhador e, por consequência, ao princípio da igualdade, a exigência de teste de HIV para fins de comprovação da AIDS. Tal exigência representa desrespeito à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, aos princípios da igualdade e ao da não discriminação do trabalhador.

De acordo com Lima (2006, p. 135), a discriminação ocorre nas relações de trabalho, quando um ato ou um comportamento do empregador – ocorrido antes, durante ou depois da relação de trabalho –

implica distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e de vantagens trabalhistas asseguradas, bem como de direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.

Assim dispõe o art. 1º da Lei 9.029/95:

Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à 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 previstas no inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

O artigo 1º da Lei 9.029/95 veda a prática de condutas discriminatórias desde o momento da contratação até a extinção do contrato de trabalho. Toda discriminação, seja ela na fase de admissão, de cumprimento do contrato ou na ruptura do contrato de trabalho, praticada em relação ao trabalhador portador do vírus HIV, irá violar a sua integridade moral, em especial: a sua intimidade, a sua vida privada, a sua honra e a sua imagem. Portanto, é inadmissível, na fase pré-contratual, que seja exigida a apresentação do teste de HIV de sorologia negativa do candidato ao emprego

ou que seja imposta ao mesmo a obrigação de informar sua situação em relação ao HIV à empresa que eventualmente o contratar.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

No âmbito do direito internacional do trabalho, a Convenção Fundamental nº 111 da OIT trata da discriminação no emprego e na profissão. Ela fomenta promover a igualdade de oportunidades e de tratamento e formular uma política nacional que elimine toda e qualquer discriminação no emprego por motivos vários que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou de profissão.

A Convenção Fundamental nº 111 da OIT foi adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 42ª sessão, em 25 de junho de 1958, e entrou em vigor em âmbito internacional em 15 de junho de 1960, sendo adotada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, e assim estipula:

Art. 1º.

§ 1º. Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende:

a) 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 oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou o 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.

[...]

§ 3º. Para os fins da presente Convenção, as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

Art. 2º.

Qualquer Membro para o qual a presente Convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e a aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento

em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

A realização, assim, de exames médicos no ato da contratação do trabalhador possui apenas o propósito de fazer com que o empregador tome conhecimento do estado geral de saúde do seu futuro empregado, a fim de verificar se este se encontra apto a desenvolver a função para a qual será contratado.

A CLT, em seu art. 168, § 2º, impõe ao empregador a realização de exame admissional ao empregado “para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer”.

Caso a conduta adotada pelo empregador na fase pré-contratual não esteja em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, o trabalhador fará jus à indenização por danos morais. Nesta fase, então, o empregador deve limitar-se a obter dados somente no que se refere à capacidade profissional do empregado. Quando aquele não se contenta em receber dados profissionais do candidato ao emprego e decide invadir a intimidade e a vida privada deste, por investigar as suas características pessoais ou o seu estado de saúde, sem qualquer relação com a natureza da prestação de serviços ou com a organização do trabalho, restará clara a conduta discriminatória praticada pelo empregador.

Apenas em se tratando de doença infectocontagiosa, capaz de atingir outras

peças no local de trabalho, o candidato ao emprego deve se submeter à realização do exame de identificação do vírus HIV ou congêneres. Isso só irá acontecer, se a atividade a ser exercida por ele colocar em risco de contágio a coletividade. Somente em situações excepcionais é necessária a realização do exame para se constatar se o trabalhador possui capacidade para o exercício da função ou quando é necessário verificar se há ou não há risco à sua saúde ou à de outrem.

A empresa somente pode estabelecer como um dos requisitos ao exercício da função a apresentação do teste de HIV de sorologia negativa, em se tratando das seguintes funções: médicos, enfermeiros, dentistas cirurgiões, laborista que trabalha na coleta de sangue em laboratório e profissionais do sexo que atuam na realização de filmes de pornografia. São, portanto, situações em que trabalhadores poderão expor a comunidade ao risco de contágio de doenças.

Todavia, é preciso ressaltar que, independentemente do resultado do teste de HIV, o exame deve ser apresentado ao médico do trabalho encarregado da averiguação, limitando-se este ao comentário sobre a aptidão positiva ou negativa para o exercício da atividade. Logo, deve ser respeitada a

privacidade e a intimidade do trabalhador, de modo que seja guardado sigilo absoluto acerca do resultado do teste de HIV, bem como dos dados pessoais do trabalhador.

O poder diretivo concedido ao empregador para que este organize a sua atividade econômica de produção não pode violar os direitos da personalidade do trabalhador. Entretanto, em alguns casos, é possível se verificar a “ofensa” em razão da especificidade do serviço prestado. Assim, se a atividade desenvolvida apresenta risco de contágio à coletividade, como é o caso, por exemplo, do trabalhador que irá laborar no banco de sangue de um hospital manuseando diretamente os instrumentos e o sangue colhido, torna-se autorizativa a exigência de exame de sangue prévio por não poder este ser portador do vírus HIV.

De acordo com Simón (2000, p. 82), questões relacionadas à saúde pública funcionam como fator limitador à intimidade e à vida privada, pois a pessoa que sofre de doença grave e contagiosa tem esses direitos relativizados em decorrência do interesse coletivo de não ser alastrada tal doença.

Imperioso apontar, ainda, que não caracteriza abuso de direito a exigência

[...] não havendo o risco à coletividade, torna-se abusiva a realização do exame para a verificação de AIDS ou mesmo qualquer outro questionamento relativo a tal doença.[...]

emitida pelo empregador para que esta categoria de trabalhadores efetue o exame de HIV trimestralmente em mais de um laboratório no decorrer da sua prestação de serviços. Trata-se de uma medida acertada, plenamente compatível com o princípio da proporcionalidade. Contudo, não havendo o risco à coletividade, torna-se abusiva a realização do exame para a verificação de AIDS ou mesmo qualquer outro questionamento relativo a tal doença.

Segue-se, portanto, aqui, a visão de Margonar (2006, p. 196), ao defender a possibilidade de as convenções e de os acordos coletivos implementarem cláusulas que não somente proíbam a exigência de testes para o HIV, mas que também prevejam a proibição da dispensa discriminatória

do empregado soropositivo. Defende-se, nesta oportunidade, ainda, tal qual a autora referenciada, a estipulação de cláusulas que assegurem a contratação de determinado percentual de portadores do vírus HIV, com o objetivo de se concretizar a igualdade material que corresponde à igualdade no plano dos fatos na realidade da vida.

3 A proteção contra a dispensa discriminatória do trabalhador portador do vírus HIV

Apesar de todas as conquistas sociais do último século, alguns direitos básicos dos cidadãos carecem de uma base mais sólida para serem incorporados pela população em geral, pelas várias esferas de governo e pela iniciativa privada. Um desses direitos é a



garantia do acesso livre ao trabalho, além da sua manutenção sem discriminação.

Renault (2000, p. 128), ao tratar sobre a dispensa discriminatória do empregado portador do vírus HIV, assinala:

De todas as discriminações, talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário, não há como enfrentar-se com dignidade a doença terminal. E o círculo vicioso não para aí. Na crise atual, obter novo emprego é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS ou aidético.

A AIDS, nos dizeres de Olmos (2008, p. 92), *“é doença cruel, pois projeta consequências muito além do limite do corpo físico, já que atinge a intimidade e a vida em sociedade”*. Neste sentido, ainda ensina:

Negar ao portador do vírus da AIDS a manutenção do contrato de trabalho por ausência de lei que ampare tal pretensão é negar o direito à vida ao empregado, pois o soropositivo precisa desesperadamente garantir sua subsistência pela manutenção do seu contrato de trabalho. (OLMOS, 2008, p. 94).

No mesmo enleio, defende Teixeira (1998, p. 388) que, ao dispensar o empregado

por motivo discriminatório, o empregador está exercendo o seu direito de despedir de forma não apenas arbitrária (ou seja, sem causa econômica, financeira, disciplinar, técnica ou outra prevista em lei como justificadora), mas também de forma verdadeiramente abusiva. Há um evidente abuso do direito por parte do empregador, que exerce de modo ilegítimo um direito (abstratamente) legítimo. A rescisão contratual se efetiva de modo contrário à sua finalidade, pois não se visa apenas a por fim a uma relação de emprego, mas, sim, a prejudicar um empregado por motivo discriminatório, punindo-o com o desemprego em virtude de visão preconceituosa da entidade patronal. Embora, abstratamente, seja legítimo o direito de despedir, exercido em tais moldes, o direito se revela irregular e anormal em completo desvio de sua função social.

Logo, a dispensa discriminatória apresenta *“feição excessivamente antissocial, contrária não apenas aos princípios do Direito do Trabalho, mas igualmente antagônica aos mais basilares interesses do Estado e de toda a sociedade”*. (TEIXEIRA, 1998, p. 388).

Ademais, a dispensa praticada de forma discriminatória do empregado portador do vírus HIV poderá lesionar não só a sua imagem-atributo, mas também a sua honra objetiva bem como a subjetiva. Destaque-se que a imagem-atributo representa a impressão que os outros têm a respeito de uma determinada pessoa.

De acordo com Romita (2009, p. 167), a imagem-atributo se relaciona com a intimidade, com a vida privada, com a honra

e revela-se no trato das relações sociais mantidas pela pessoa, aproximando-se da reputação. Esta consiste, assim, em um conjunto de atos, gestos e palavras que podem manchar a imagem-atributo da pessoa.

A honra subjetiva, por sua vez, nos dizeres de Bittar (1995, p. 133), alcança o sentimento pessoal de estima ou a consciência da própria dignidade, ao passo que a honra objetiva compreende o bom nome e a fama que a pessoa desfruta no seio da coletividade, ou seja, a estima que a cerca nos seus ambientes familiar, profissional, comercial, entre outros.

Ainda segundo Bittar (1995, p. 134), no que tange ao direito à honra objetiva:

A pessoa é tomada frente à sociedade, no círculo social em que se insere, em função do valor ínsito à consideração social. Daí, a violação produz reflexos na sociedade, acarretando, para o lesado, diminuição social, com consequências pessoais (humilhação, constrangimento, vergonha) e patrimoniais (no campo econômico, como abalo de conceito profissional). Com efeito, sendo a honra, objetivamente, atributo valorativo da pessoa na sociedade (pessoa como ente social), a lesão se reflete, de imediato, na opinião pública, considerando-se perpetrável por qualquer meio possível de comunicação (escrito, verbal, sonoro).

A Constituição Federal de 1988 regula, no âmbito do direito constitucional do trabalho, dispositivos que visam a assegurar a proteção contra qualquer prática discriminatória. O art. 3º, IV, da CF/88 assinala que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. Já o art. 5º da Carta Magna assinala que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações. Há, também, que se destacarem os incisos XXX e XXXI, do art. 7º, da CF/88, ao se estabelecer a proibição quanto à diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, sendo igualmente proibida qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Não obstante haver Lei específica que assegure aos empregados portadores do vírus HIV a manutenção do seu contrato de trabalho, pode-se, por meio de uma interpretação extensiva ou analógica, estabelecer-se a aplicação da Lei 9.029/1995 ao empregado que sofre discriminação por motivo de doença. A propósito, dispõe o art. 8º da CLT:

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 de 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 de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Pode-se afirmar, ainda, que a própria Constituição Federal de 1988, por ser a fonte de todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui o fundamento da ausência de previsão legislativa relativa à manutenção do contrato de trabalho do empregado que sofre discriminação por motivo de doença. Ao lançar, em seu texto, como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, os princípios constitucionais da dignidade humana e do valor social do trabalho, o constituinte quis estabelecê-los como condição suficiente para sanar todas as lacunas ou omissões da Lei acerca da proibição de qualquer conduta discriminatória praticada no âmbito das relações trabalhistas, seja durante a fase pré-contratual, no cumprimento do contrato de trabalho ou durante a demissão ou na fase pós-contratual.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e fim da ordem econômica, foi elevada à categoria de princípio fundamental, assumindo o status de norma estruturante de todo o ordenamento jurídico brasileiro, vinculando as ações da iniciativa privada e do Estado.

Em face disso, atesta Moraes (2003, p. 127): *“Os direitos das pessoas estão, assim, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana”*.

Trata-se, então, de um princípio que tem como consequência direta a valorização dos direitos da personalidade, constituindo-se em *“cláusula geral de proteção da personalidade no Brasil.”* (SZANIAWSKI, 2005, p. 140).

A Lei 9.029/95, em seu art. 1º, estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

Apesar de a Lei 9.029/95 não fazer referência em seu art. 1º à proteção contra a prática de discriminação por motivo de doença, defende-se, aqui, o rol estabelecido em seu art. 1º como meramente exemplificativo. De tal modo, a falta de tratamento da Lei 9.029/95 quanto ao acesso ao emprego ou à estabilidade do portador do vírus HIV e do doente de AIDS não afasta a proteção jurídica e social contra a prática de qualquer conduta discriminatória que possa ser praticada contra este trabalhador, em especial, a sua dispensa discriminatória, mesmo porque esta Lei traz expresso em seu texto: *“[...] fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória [...]”*.

Imperioso registrar que o estudo dos direitos da personalidade tem como base primordial o princípio da dignidade da pessoa humana.

De tal modo, manifesta-se Szaniawski (2005, p. 138):

A Constituição Federal edifica o direito geral da personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz, que consiste no princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como cláusula geral de tutela da personalidade. A pilastra central, a viga mestra sobre a qual se sustenta o direito geral da personalidade, está consagrada no inc. III, do art. 1º, da Constituição, consistindo no princípio da dignidade da pessoa humana. As outras colunas de sustentação do sistema de tutela da personalidade consistem no direito fundamental de toda pessoa possuir um patrimônio mínimo, previsto no Título II, do art. 5º, inciso XXIII, e no Título VII, Capítulos II e III; e os demais princípios, consagrados no Título VIII, garantido, no Capítulo II, a toda pessoa, o exercício do direito à saúde; no Capítulo VI, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de poder exercer seu direito à vida com o máximo de qualidade de vida; e, no Capítulo VII, o

direito de possuir uma família e de planejá-la, de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Todos estes princípios, segundo podemos constatar, asseguram a tutela da personalidade humana segundo a atuação de uma cláusula geral.

Já pelo magistério de Silva Neto (2005, p. 70), o pressuposto teleológico de todo o sistema normativo brasileiro – que é a dignidade da pessoa humana – é suficiente para fazer eclodir uma rede de proteção aos direitos da personalidade no âmbito da relação de emprego, impedindo que sejam perpetradas transgressões contra os empregados destinadas a limitar os direitos à intimidade, à privacidade, à incolumidade física e à imagem, bem como as práticas discriminatórias.

Neste viés, o art. 1º, III, da CF/88, ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, visa a tutelar todas as categorias de direitos da personalidade. A dignidade é inerente à pessoa humana. Sendo assim, a proteção aos direitos da personalidade é cabível com a finalidade de eliminar toda e qualquer conduta que possa afrontar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, uma vez que não há de se admitir trabalho sem respeito à sua dignidade e ao seu valor.

De acordo com Gurgel (2012, p. 50): “O fundamento principal de todo o ordenamento jurídico ocidental é o princípio da dignidade da pessoa humana, agregado ao princípio da igualdade e não discriminação”.

Assim, também conforme Gurgel (2012, p. 51), toda e qualquer forma de discriminação baseada em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contrariará o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha de raciocínio, se o empregado portador do vírus HIV for dispensado por ato discriminatório, ele fará jus à reintegração no emprego. Considera-se, então, a sua despedida arbitrária e sem justa causa como presumidamente discriminatória, devendo ser considerada nula e afastada pela Justiça do Trabalho, em decorrência da dificuldade que este trabalhador possui para ter acesso a um novo emprego. Logo, defende-se, nesta oportunidade, a adoção da presunção em favor do empregado, mesmo que não haja Lei específica disposta sobre a dispensa discriminatória do trabalhador portador do vírus HIV.

Khamis (2002, p. 84-86) assinala que agrava ainda mais a situação, se o trabalhador já desenvolveu a doença com sinais exteriores evidentes. Tem este, assim, o direito de permanecer no emprego, mantendo integralmente o contrato de trabalho; e a despedida, em tal caso, será, além de arbitrária, considerada obstativa à obtenção dos benefícios previdenciários, como a concessão de auxílio doença, ou aos benefícios do convênio de saúde pelo empregador. A despedida, nessa situação,

não surtirá qualquer efeito, por ser nula; e a reintegração também deverá ser aplicada. A reintegração, desse modo, nos dizeres de Khamis:

É medida que desde logo se impõe como forma de assegurar ao trabalhador a manutenção do emprego, a percepção de salários e benefícios, a utilização dos serviços médicos e previdenciários e outros à disposição, além da restauração de sua autoestima e afirmação de sua capacidade intelectual e profissional. (KHAMIS, 2002, p. 86).

Maurício Godinho Delgado, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, em brilhante decisão proferida no TST, já admitiu a presunção discriminatória do empregado portador do vírus HIV na relação de emprego.

Veja-se:

[...] Nesta linha de raciocínio, se o empregado portador do vírus HIV for dispensado por ato discriminatório, ele fará jus à reintegração no emprego. [...]

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se (sic) observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e ao preconceito do portador do vírus

HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV; 3º, IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção nº 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no



qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-317800-64.2008.5.12.0054, Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT - 10 jun. 2011).

Portanto, a dispensa sem justa causa ou arbitrária do empregado portador do vírus HIV gera a presunção da prática de conduta discriminatória pelo empregador. A presunção, contudo, é considerada juris tantum, admitindo prova em contrário, em decorrência de o empregador poder se utilizar, durante a instrução processual, de outros meios de prova para elidir a presunção de discriminação.

Relata Villaça (2002, p. 58) que o fato de uma pessoa ser portadora do vírus HIV ou de ter contraído doença grave e transmissível não acarreta a limitação de suas liberdades públicas e de sua cidadania. A pessoa pode exercer toda e qualquer atividade para o seu desenvolvimento intelectual, profissional e para as suas realizações pessoais, assim como também defender-se de atentados à sua vida, à sua integridade física e à sua intimidade.

Sob tal prisma, na presente análise, segue-se a visão do autor ora referenciado de que, na atualidade, o portador do vírus HIV possui plenas condições de ter uma vida longa, com dignidade e com qualidade. Destaque-se, ainda, que a morte do indivíduo não está ligada apenas ao aspecto físico. Na realidade, a sua morte está relacionada ao

atentado praticado contra a sua vida em razão da conduta discriminatória adotada contra este ser humano, o que consiste na sua morte social ou na sua exclusão do seio da sociedade.

Neste aspecto, atesta Reis Júnior (2005, p. 59) que, 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. Até mesmo a prova testemunhal – que seria a mais racionalmente cogitada na hipótese – tem sua produção pouco provável, na medida em que tais atos, por tão arbitrários e socialmente repugnantes, em geral não se concretizam diante de terceiros.

É neste viés que se considera aqui a dignidade da pessoa como o pressuposto primaz ou o próprio fundamento dos direitos da personalidade, tendo-se em vista que *“promover e proteger a dignidade da pessoa apresenta-se como diretriz calcada na segurança jurídica, elemento introjetado no paradigma do Estado Democrático de Direito”*. (DELGADO, G. N., 2012, p. 62-63).

Imperioso observar que, em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como com o pensamento já devidamente sedimentado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira quanto à presunção discriminatória do empregado portador do vírus HIV – conforme visto no presente texto – alterou inúmeras súmulas e orientações jurisprudenciais (OJs). Dentre as principais mudanças advindas da 2ª semana de alterações e cancelamentos das novas súmulas do TST, destaca-se a Súmula

443, que garante a reintegração ao empregado portador de HIV ou de outra doença grave que tenha sido dispensado sem justa causa, nos seguintes termos:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (TST-DEJT – set. 2012).

CONCLUSÃO

Por derradeiro, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são inatos e inerentes à pessoa humana e a ela estão ligados de maneira perpétua e permanente. São direitos que nascem com a pessoa humana e a acompanham durante toda a sua existência, tendo como finalidade primordial a proteção aos atributos da personalidade e à dignidade da pessoa humana – em todos os aspectos (*físico, psíquico, moral e intelectual*).

Ao cabo das considerações expendidas, resta que só é possível a exigência de testes e de exames médicos na fase pré-contratual com um rigor maior, quando as informações ou os resultados a serem obtidos puderem influenciar o cumprimento do contrato de trabalho a ser executado pelo futuro empregado.

Destarte, é urgente aprofundar uma cultura da justiça social em que a tutela aos direitos da personalidade do trabalhador seja respeitada, pois é para o bem-estar do ser humano que o trabalho se direciona. É para garantir a observância quanto ao direito social ao emprego, sem discriminação, que se deve voltar o Direito do Trabalho. Isso representa sinônimo de justiça social.

Sob tal ótica, em caso de dispensa discriminatória de empregados portadores do vírus HIV, violam-se a dignidade humana assim como os demais princípios constitucionais do Direito do Trabalho, que visam a assegurar ao trabalhador o seu bem-estar desejado por meio da sua manutenção em um posto de trabalho que seja capaz de assegurar-lhe os bens fundamentais e necessários à sua própria sobrevivência como também à de sua família.

Assim sendo, ao empregador, cabe a obrigação de prover o trabalho adequadamente e possibilitar a execução dos serviços de forma harmoniosa, respeitando, sempre, a integridade física, psíquica, moral e intelectual do trabalhador. Esta constitui a razão de destaque, quando se trata da valorização do trabalho e da preservação da dignidade do trabalhador, visto serem eles que revelam os atributos inerentes e indissociáveis da pessoa humana, independentemente de ser esta portadora do vírus HIV ou de qualquer outra doença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder**

empregatício. São Paulo: LTr, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental do trabalho digno. In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos**

humanos, princípio da igualdade e não discriminação. São Paulo: LTr, 2012.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada:** conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KHAMIS, Renato Mehanna. **Dano moral:** dispensa imotivada de portador do vírus HIV. São Paulo: LTr, 2002.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

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

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica e na Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego.** São Paulo: LTr, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado:** o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2008.

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

REIS JR., Wagner Gusmão. **Garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidsético: enfoque trabalhista a um projeto de lei.** In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Tulio. **Discriminação.** São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Proteção à relação de emprego.** São Paulo: LTr, 1998.

VILLAÇA, Marcos de Azevedo. **Aids e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2002.

Publicado originalmente com o título "Os direitos da personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV". *Revista Síntese trabalhista e previdenciária.* [S.l.], v. 24, n. 288, p. 18-33, jun. 2013. Foram inseridas citações.

DIREITO A CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli

Chayene Tayze Maculia Oliveira

Silvana Souza Netto Mandalozzo

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar o direito a reintegração do empregado portador do vírus HIV, quando vítima de despedida arbitrária e discriminatória. Para tanto, far-se-á uma análise do panorama da doença e da discriminação que assola os obreiros portadores da moléstia. Na sequência, busca-se aferir se os mecanismos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, mostram-se suficientes para a concretização da proteção do direito fundamental e social ao trabalho dos empregados soropositivos.

PALAVRAS-CHAVE: Portador de HIV; Despedida arbitrária; Discriminação.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the positive HIV employee's right to reinstatement, when victim of arbitrary and discriminatory dismissal. Therefore, far will an analysis of the landscape of disease and

discrimination plaguing the workers carry the disease. Further, we seek to assess whether the mechanisms present in the Brazilian legal system, especially Precedent 443 of the Superior Labor Court, appear sufficient to achieve protection of the fundamental right and the work of social workers seropositive

KEYWORDS: HIV status; Farewell arbitrary; Discrimination

INTRODUÇÃO

A pandemia do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), em que pese flagele a humanidade há cerca de três décadas, ainda não foi controlada e atinge milhares de pessoas em todo mundo, em especial, os indivíduos com plena capacidade laboral, impactando diretamente na força de trabalho disponível, afetando significativamente o universo laboral.

Silvana Souza Netto Mandalozzo

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Juíza do Trabalho.

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli

Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela UEPG. Professora Assistente da mesma instituição, Doutoranda em Direito pela PUC/PR

Chayene Tayze Maculia Oliveira

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Mesmo com o progresso do conhecimento científico acerca da infecção pelo vírus HIV, disseminado em meios de comunicação que atingem a maior parte da população, o preconceito continua arraigado no seio da sociedade, em especial no ambiente laboral, o que leva a concepções equivocadas sobre as formas de contágio.

Desta forma, torna-se processo recorrente a despedida imotivada de empregados soropositivos pelos empregadores, com fundamento no direito potestativo de resilir imotivadamente o contrato de trabalho a qualquer tempo, desde que arquem com as verbas rescisórias devidas.

Trata-se na realidade de dispensa discriminatória, assunto muito discutido nos Tribunais Trabalhistas. Nesta seara, há necessidade de se considerar previamente que, mesmo a legislação pátria prevendo a possibilidade de dispensa sem justa causa, como direito inconteste do empregador (DELGADO, 2011, p. 1062) proveniente de seu poder disciplinar, esse está limitado pela Constituição Federal (CF), que preconiza em seu artigo 3º como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, desprovida de preconceitos e outras formas de discriminação.

Muito embora a proteção do trabalhador contra dispensa arbitrária encontra-se presente na legislação vigente, o respeito aos dispositivos mencionados não é uníssono, o que de forma reiterada se dá em virtude da complexidade na identificação do motivo que originou tal discriminação e impedindo a aplicação normativa que prevê a

possibilidade de reintegração do trabalhador ou indenização daquele que sofreu tal ato.

E dentre os casos recorrentes em sede de Justiça do Trabalho, de reconhecimento de dispensa discriminatória estão aqueles que envolvem a saúde do trabalhador, em especial, daqueles que são portadores do vírus HIV, objeto do presente estudo.

Assim, a epidemia do vírus HIV atinge frontalmente o universo laboral, fazendo com que se torne imperiosa a discussão acerca dos direitos dos empregados soropositivos, especificamente, a proteção destes em relação às condutas discriminatórias e ao exercício do direito do empregador em resilir o contrato de trabalho injustificadamente.

Desta forma, o presente estudo tem por objetivo analisar os mecanismos jurídicos presentes no ordenamento jurídico vigente, que garantam ao empregado soropositivo a proteção contra a despedida injustificada, portanto, arbitrária e discriminatória, ou a sua reintegração ao antigo posto ocupado, caso a rescisão contratual já se tenha operado, à luz do disposto na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

INFECÇÃO PELO RETROVÍRUS HIV: PANDEMIA QUE PERDURA HÁ 30 ANOS

HIV é a denominação atribuída ao retrovírus causador da doença infectocontagiosa nomeada Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), comumente conhecida no Brasil pela sigla de sua nomenclatura em idioma inglês, *Acquired Immunodeficiency Syndrome* (AIDS).

Em que pese a origem do vírus HIV seja desconhecida pela ciência, estudos apontam que há grande similaridade com o Vírus da Imunodeficiência Símia (SIV), presente em primatas oriundos da África sub saariana. Supõe-se que o SIV possa ter sido transmitido ao homem por meio de rituais religiosos, nos quais os nativos sacrificavam macacos para ingerir seu sangue. Teria então o SIV sofrido mutações e passado a infectar a espécie humana na forma do HIV (SANTOS, ROMANOS, WIGG, 2002, p. 254).

O vírus HIV atua enfraquecendo o sistema imunológico do hospedeiro, ocasionando a queda na produção de anticorpos e, conseqüentemente, possibilitando que o organismo seja acometido por uma pluralidade de doenças oportunistas. (SIMÕES, 2009, p. 23)

Contudo, impende salientar que, portar o vírus do HIV e ser acometido pela AIDS consistem em realidades distintas. Isto porque, a infecção pelo HIV desdobra-se em três diferentes fases clínicas.



A primeira, denominada fase aguda ou primária, ocorre cerca de duas a quatro semanas após a contaminação pelo vírus, e se caracteriza “por manifestações clínicas relacionadas [...] a ativação do sistema imune frente à entrada do HIV no organismo”, estendendo-se por um curto período de tempo, que compreende aproximadamente trinta dias (ORTEGA, 2000, p. 12).

Posteriormente, a infecção progride para a fase de latência, quando o indivíduo contaminado apresenta um quadro clínico assintomático, podendo o mesmo se estender por período indeterminado, não raro por vários anos, a depender da condição geral de sua saúde (ORTEGA, 2000, p. 13).

O terceiro estágio da infecção, denominado fase crônica, inicia-se quando “a produção de anticorpos deixa de ser suficiente, permitindo que a replicação viral se torne mais acentuada e que, com isso, mais células CD4 sejam infectadas e destruídas pelo vírus” (ORTEGA, 2000, p. 13). O sistema imunológico do infectado é completamente comprometido pela ação do vírus HIV e, a partir de então, o indivíduo desenvolve a síndrome da imunodeficiência adquirida, AIDS. Em outras palavras, “a síndrome só ocorre quando o sistema imunológico estiver deficiente a ponto de permitir que doenças oportunistas se instalem.” (SIMÕES, 2009, p. 24)

Tal distinção é de ímpar relevância para o presente estudo, uma vez que a tratativa jurídica a ser destinada aos doentes acometidos pela AIDS engloba, em certos aspectos, uma abordagem diferenciada da que se reserva aos portadores do vírus HIV.

Note-se que os indivíduos já vitimados



PANORAMA DO HIV NO MUNDO

Os primeiros casos de AIDS foram diagnosticados nos Estados Unidos, em meados de 1981, em um grupo de jovens homoafetivos acometidos por um incomum caso de pneumonia (OLIVEIRA, 2005). A respeito do caso, o *Center*

for Diseases Control (CDC) publicou uma nota oficial afirmando que a ocorrência de pneumocitose nesses indivíduos saudáveis se mostrava incomum e que o fato de serem homoafetivos poderia ser o elo de ligação entre estes e a doença (infecção por *P. carinii*).¹

pela síndrome se encontram incapacitados de exercer determinadas atividades laborais, na parcela majoritária dos casos, uma vez que acometidos por inúmeras doenças, razão pela qual o seu afastamento do emprego perpassa análise de elementos específicos, exemplificadamente os de cunho previdenciário, tendo em vista o direito à concessão de benefício de auxílio-doença, ou mesmo aposentadoria por invalidez, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, uma vez observada a existência de incapacidade laboral.

Somente cerca de três anos depois do registro dos primeiros casos é que os cientistas Robert Gallo, do Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos, e Luc Montagnier, do Instituto Pasteur de Paris (França), conseguem isolar o vírus responsável por ocasionar a síndrome: o HIV (ALVES; SILVA).

Contudo, aqueles que são portadores de HIV que ainda não foram acometidos pela AIDS são detentores de capacidade laborativa, não se encontrando incapacitados para o trabalho apenas por serem soropositivos, e a sua despedida se configura como ato discriminatório, atentatório contra a dignidade da pessoa humana, além de violar inúmeros direitos humanos e fundamentais, bem como, descumprimento da função social da empresa.

Com base nos dados coletados a comunidade médica estabeleceu critérios mais precisos para o diagnóstico da doença e, a partir de então, os crescentes números de

1 Nota oficial publicada em 05 de junho de 1981. Texto integral, em inglês, disponível em: http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/june_5.htm. Acesso em: 20/7/2012. Trecho traduzido disponível em: <http://www.mediconeer.com/2011/06/aids-uma-historia-de-30-anos.html>. Acesso em: 20 jul. 2012.

casos registrados comprovaram o receio dos especialistas: o HIV se disseminava com uma velocidade alarmante, tornando-se, em curto espaço de tempo, uma pandemia de âmbito global, levando a óbito mais de trinta milhões pessoas até os dias atuais (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Após trinta anos de pandemia do HIV, embora a descoberta da cura ainda não tenha sido alcançada, os avanços foram consideráveis. Notadamente, a superação das primeiras teses científicas que relacionavam a contaminação por HIV apenas aos homossexuais, bem como da teoria dos grupos de risco, não obstante o estigma social ainda persista; além do imensurável desenvolvimento das ciências biomédicas, com significativo progresso nas áreas da imunologia e virologia, que contribuíram significativamente para a alteração da trajetória da pandemia de HIV em todo o mundo.

Segundo dados epidemiológicos apontados no Relatório Global apresentado pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS em 2010, estima-se que dois milhões e seiscentas mil pessoas tenham se infectado pelo HIV no ano de 2009, o que demonstra que há uma sensível estabilização da disseminação do vírus, já que estes números são aproximadamente 20% (vinte por cento) menores que os registrados em 1999, quando ocorreram cerca de três milhões e cem mil

novas infecções (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Apardestaestabilização na disseminação viral, o relatório da UNAIDS também concluiu que as mortes decorrentes da infecção por HIV vem diminuindo perceptivelmente. No ano de 2009, estima-se que um milhão e oitocentas mil pessoas tenham falecido em virtude de doenças relacionadas à AIDS, uma redução de aproximadamente um quinto, se comparado com os registros do ano de 2004, quando vieram a óbito cerca de dois milhões e cem mil pessoas.

[...] O Relatório Global ainda aponta que o contingente de pessoas vivendo com HIV tem aumentado, em 2008 eram cerca de trinta e dois milhões e oitocentas mil pessoas nestas condições, e no ano seguinte, trinta e três milhões e trezentas mil [...]

O Relatório Global ainda aponta que o contingente de pessoas vivendo com HIV tem aumentado, em 2008 eram cerca de trinta e dois milhões e oitocentas mil pessoas nestas condições, e no ano seguinte, trinta e três milhões e trezentas mil, aproximadamente (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010). Tal fenômeno revela que a evolução das pesquisas científicas de âmbito farmacológico tem contribuindo para a ampliação da sobrevida dos portadores de HIV e redução das taxas de mortalidade decorrentes da síndrome que acomete os soropositivos.²

2 As evidências também mostram que os medicamentos antirretrovirais podem reduzir substancialmente o risco da transmissão vertical, sexual e sanguínea do HIV/VIH [...] Outras intervenções inovadoras incluem os microbicidas, a profilaxia pré e pós-exposição ao HIV/VIH, a prevenção da infecção pelo vírus herpes simplex-2, e a possível descoberta de uma vacina

A maior acessibilidade aos tratamentos antirretrovirais também pode ser elencada como outro fator que influencia o aumento da sobrevida dos indivíduos infectados. Segundo os dados trazidos pela UNAIDS, no ano de 2004, apenas setecentas mil pessoas possuíam acesso aos medicamentos, ao passo que, em 2009 este número subiu para cinco milhões e duzentos mil.

Da análise dos números fornecidos pela UNAIDS é possível concluir também que a disseminação do HIV, embora tenha desacelerado, não se extinguiu. Estimativas apontam que cerca de sete mil pessoas são infectadas pelo vírus a cada dia (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010). Por outro lado, observa-se o aumento da sobrevida dos portadores do HIV. O resultado desta equação é que, indiscutivelmente, o número de soropositivos na sociedade encontra-se em contínua ascendência, não mais podendo ser considerados pela sociedade como uma minoria destituída de direitos.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que cerca de vinte milhões de trabalhadores em todo o mundo estão infectados pelo vírus HIV. É imperativo que se reconheça a este grupo, de forma concreta e eficaz, o mais fundamental dos direitos e do qual derivam todos os demais, posto que é inconcebível continuar a ignorar os clamores de milhões de pessoas pelo direito à uma vida digna.

No Brasil, levando-se em consideração as proporções continentais do território,

a disseminação do retrovírus HIV adquire contornos singulares, de forma que se pode afirmar tratar-se de uma pandemia multifacetada, ou seja, um conjunto de subepidemias regionais motivadas pelas desigualdades econômicas (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

No decorrer destes 30 anos o perfil epidemiológico do HIV no Brasil sofreu significativas transformações. Isto porque no início da epidemia em território nacional, em meados da década de oitenta, os focos de contaminação encontravam-se restritos aos grandes centros metropolitanos, especificamente as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, e atingiam predominantemente segmentos populacionais específicos, como: homens que faziam sexo com outros homens, hemofílicos e usuários de drogas injetáveis, notadamente, todos de classe média à alta (SZWARCOWALD, 2000, p. 7).

No entanto, com base nos dados apontados nas últimas pesquisas acerca do HIV no Brasil, é possível concluir que a epidemia no país segue fortes tendências de feminização, juvenização, interiorização e pauperização (SANTOS, 2007, p. 99).

Hodiernamente, estimativas apontam que cerca de seiscentos e trinta mil brasileiros entre quinze e quarenta e nove anos de idade vivem com o vírus HIV, sendo que desde o ano 2004 a taxa de prevalência da infecção estabilizou-se em aproximadamente 0,61% da população (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT).

Verifica-se que ainda existem mais casos entre os indivíduos do sexo masculino, todavia,

preventiva contra o HIV/VIH. Mesmo uma vacina com eficácia modesta teria efeitos dramáticos sobre a trajetória da epidemia (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010)

vislumbrou-se uma queda na razão de sexos ao longo dos anos, estabilizada desde 2002 em 15 homens para cada 10 mulheres (BRASIL; Ministério da Saúde).

Consoante a distribuição territorial, a região Sudeste é a que possui o maior percentual de notificações, concentrando 38,2% dos casos. O Nordeste concentra 21,9% dos casos, seguido pela região Sul com 21,1%, o Norte detém 11,11% e o Centro-Oeste 7,7% das notificações (BRASIL; Ministério da Saúde).

Quanto à forma de transmissão, em se tratando dos homens predomina a via heterossexual, com 31,2% dos casos, sendo a segunda principal forma de transmissão a homossexual, com 20,6% dos casos, seguida pela via bissexual, com 11,8%, e por meio do uso de drogas injetáveis, com 17,6%. Já entre as mulheres a transmissão ocorre majoritariamente pela relação heterossexual, com 91,2% dos casos. (BRASIL; Ministério da Saúde)

Outra tendência que é observada é a redução na mortalidade decorrente de complicações da infecção por HIV. Entre 1996 e 2005, houve uma diminuição de aproximadamente quarenta por cento (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Isto se deve, em grande parte, à implementação de uma série de políticas públicas pelo governo brasileiro, geridas pela Coordenação Nacional de DST/AIDS da Secretaria do Ministério da Saúde, derivada do antigo Programa Nacional de Prevenção e Controle das DST/AIDS constituído em 1988, que tem desenvolvido importantes estratégias para

o enfrentamento da epidemia, notadamente voltando-se para a disponibilização gratuita e universal dos medicamentos antirretrovirais a todos os portadores de HIV, por meio do Sistema Único de Saúde, regulamentada pela Lei nº 9313 de 1996, fazendo do programa brasileiro uma referência mundial no combate aos malefícios do HIV/AIDS. (PORTELA, LOTROWSKA, 2006, p. 70-79)

Estas medidas revelam sua eficácia, pois quando da análise dos resultados obtidos, observa-se que a acessibilidade aos serviços de saúde influi diretamente na sobrevivência dos portadores de HIV. As pesquisas mostram que 95% (noventa e cinco por cento) dos pacientes maiores de quinze anos, que receberam acompanhamento médico-hospitalar pelo sistema de saúde, entre os anos de 2003 a 2006, estavam vivos após doze meses do início do seguimento clínico. E mesmo após quatro anos de acompanhamento, a redução neste percentual é baixíssima, caindo para 90,7% (noventa e sete centésimos por cento) (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Isto comprova que a expectativa e a qualidade de vida dos soropositivos tem aumentado significativamente em virtude dos tratamentos antirretrovirais. Ademais, se considerarmos que o vírus pode permanecer em estado de latência por um período de sete a dez anos, em média, pode-se concluir que estes sujeitos não constituem uma massa improdutiva, muito pelo contrário, enquanto não desenvolvem quadros graves da síndrome da imunodeficiência, são plenamente capazes de exercer quaisquer atividades laborais tal como qualquer indivíduo que não esteja contaminado pelo HIV.

INFECÇÃO PELO RETROVÍRUS HIV: TRANSMISSÃO, ESTIGMAS, PRECONCEITOS E O MERCADO DE TRABALHO

Em que pese o notório progresso do conhecimento científico acerca da infecção pelo vírus HIV, o preconceito continua arraigado no seio da sociedade, notadamente, no ambiente de trabalho, o que leva a concepções equivocadas sobre as formas de contágio.

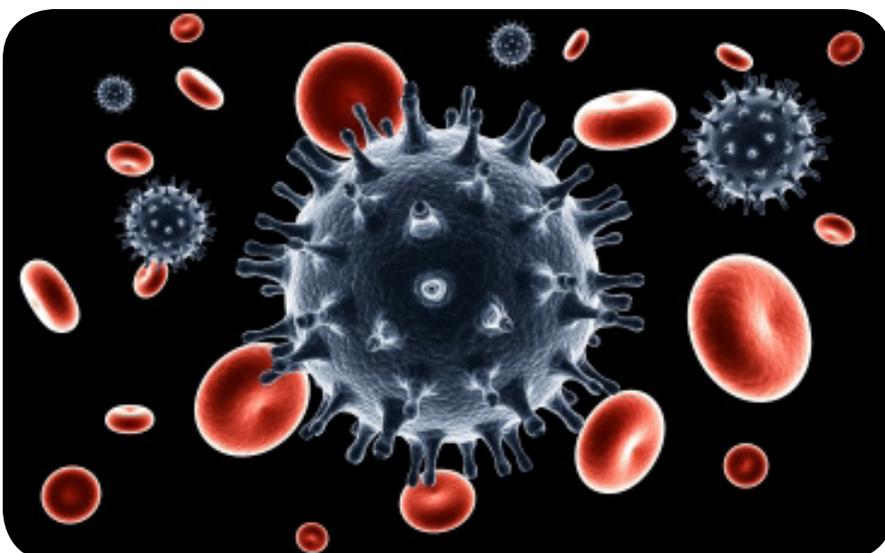
Constitui-se fato cientificamente comprovado que a transmissão do HIV se dá somente por meio do contato sexual com esperma ou secreção vaginal contaminados, bem como, pelo contato com sangue infectado por meio de transfusões, compartilhamento de agulhas, seringas ou outros instrumentos perfuro-cortantes. Também há possibilidade de transmissão do vírus pelo transplante de órgãos, assim como pela transmissão vertical, da mãe infectada para o filho, durante a gestação, parto ou amamentação.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001)

Desta forma, é incontestável que a convivência com um soropositivo no mesmo

ambiente de trabalho não representa risco algum de contágio pelo HIV. Isto porque dado vírus não sobrevive fora do corpo do hospedeiro por tempo prolongado. Além disto, o HIV não é capaz de penetrar no corpo humano através da pele intacta. Razão pela qual, não obstante as pessoas equivocadamente assim considerem, dado vírus não se transmite pelo contato físico simples (abraços, beijos, aperto de mão), pelo ar (tosses, espirros, fala) nem pelo uso comum de talheres e louças, toalhas e assentos sanitários. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001)

Assim, o completo desconhecimento científico acerca do HIV, aliado à sua célere e incontável disseminação por todo o mundo, bem como, ao temor geral provocado em virtude da elevada taxa de letalidade advinda das complicações pelo seu contágio, levaram a sociedade a desenvolver uma representação do HIV como uma verdadeira “peste” deflagrada por homossexuais, dependentes químicos e profissionais do sexo. Estas pessoas são alijadas de sua dignidade, condenadas a viver à margem da sociedade, destituídas de quaisquer direitos. Despidas de sua humanidade, passam a ser consideradas meros “transmissores” de um vírus letal, e que, portanto, devem ser extirpadas do convívio em sociedade.

Não obstante muito se tenha avançado na tratativa do HIV/AIDS, ainda encontra-se arraigado o pensamento de que o soropositivo é uma ameaça a ser erradicada. A sociedade combate o portador,



não o vírus.

Todavia, a disseminação do HIV continua a se expandir, atingindo milhares de pessoas, notadamente, aquelas entre os quinze e quarenta e nove anos, faixa etária esta que consiste na grande força de trabalho legal em todo mundo. Segundo dados apontados nas pesquisas da OIT, 90% (noventa por cento) das trinta e três milhões de pessoas que vivem com HIV atualmente são adultos em plena idade produtiva, tornando-se uma terrível ameaça para o mundo do trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001).

Portanto, a problemática do HIV encontra-se umbilicalmente relacionada ao local de trabalho, posto que, além de ser uma doença que atinge majoritariamente indivíduos em idade produtiva, é imperativo que o empregador concretize sua função social, auxiliando no combate contra os malefícios da epidemia, quer nos aspectos econômicos, garantindo o emprego ao soropositivo enquanto este estiver clinicamente apto ao trabalho, quer nos aspectos sociais, protegendo os trabalhadores da

estigmatização e discriminação em virtude de serem portadores de HIV, ciente de que as práticas vivenciadas no local de trabalho se refletirão na

[...] A discriminação produz efeitos devastadores, que atingem não só os indivíduos que por ela são vitimados, mas se refletem na sociedade como um todo [...]

comunidade em que a empresa está inserida.

MECANISMOS JURÍDICOS PROTETIVOS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV NO EMPREGO

A *priori* impende desvendar no que consiste a discriminação. Conforme alude Delgado, trata-se da conduta por meio da qual se nega ao indivíduo tratamento compatível com o arquétipo jurídico determinado para a situação concreta por ele experimentada, em virtude de critério injustamente desqualificado (2011, p. 745), sendo que mencionada conduta advém, na grande maioria das vezes, do preconceito.

A discriminação produz efeitos devastadores, que atingem não só os indivíduos que por ela são vitimados, mas se refletem na sociedade como um todo.

Visando coibir manifestações de caráter discriminatório, o legislador constituinte erigiu um verdadeiro sistema de proteções jurídicas contra a discriminação (DELGADO, 2011, p. 749), que possuem como fundamento basilar o princípio da igualdade insculpido no *caput* do artigo 5º da CF, ancorado diretamente na dignidade da pessoa humana, fundamento da Lei Maior (artigo 1º, III).

Portanto, o princípio constitucional da não discriminação está amparado no princípio da igualdade, estabelecido no artigo 3º da CF como um dos objetivos

fundamentais da República Federativa do Brasil, que prevê a promoção do bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza (origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas), sendo do flagrante, portanto, a inconstitucionalidade da conduta discriminatória.

O princípio da não discriminação adquire contornos mais definidos quando vislumbrado sob a ótica justabalhista. Isto porque, desde sua gênese, o Direito do Trabalho é caracterizado pelo embate em prol da concretização da igualdade entre os homens e da proteção do trabalhador, haja vista seu *status* de hipossuficiência.

Desta forma, por força do princípio constitucional da não discriminação, deve o Estado proteger o trabalhador soropositivo da despedida arbitrária e desmotivada. E, caso verifique-se a ocorrência desta, deve garantir ao empregado a reintegração ao posto que anteriormente ocupava.

Ressalte-se que na ordem jurídica

internacional a proteção contra a discriminação recebe intensa regulamentação. Em se tratando especificamente da tutela protetiva do trabalhador, impende deter-se na Convenção nº 111 da OIT, da qual é o Brasil signatário.

Prescreve a referida Convenção que, os Estados Membros que a ratificarem, comprometem-se de empreender uma política nacional voltada para a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento, no tocante ao emprego e profissão, objetivando erradicar toda a forma de discriminação.

Dada Convenção foi aprovada no Brasil pelo do Decreto Legislativo nº 104, em 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965, promulgada por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, e vige em nosso ordenamento jurídico desde 26 de novembro de 1966.

Mencionado diploma internacional, ainda traz em seu artigo 1º, alíneas “a” e “b”, a definição de discriminação como toda distinção, exclusão ou preferência fundada em aspectos



como raça, cor, sexo, religião, opinião política e que tenha por efeito alterar a igualdade de oportunidades no trabalho.

Muito embora tenham sido elencadas, no aludido dispositivo legal, diversas formas de distinção, este rol não é taxativo, sendo possível admitir-se outras modalidades de distinção que também configurarão discriminação, desde que atentem contra a igualdade de oportunidade e tratamento em matéria de emprego ou profissão, de forma a conferir ao texto da Convenção maior flexibilidade para abranger todas as situações concretas.

Pertinente ainda elucidar a característica inerente às Convenções da OIT, que uma vez ratificadas pelos Estados Membros adquirem *status* compulsório, obrigando os Estados a concretizar suas prescrições. Isto porque, “as convenções são espécies de tratados. Constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente seus membros.” (DELGADO, 2011, p. 152)

Assim, o Brasil, ao ter ratificado a Convenção nº 111, assumiu o encargo de coibir toda e qualquer forma de discriminação que venha a alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento consoante a emprego ou profissão, razão pela qual não pode omitir-se na tratativa da questão, sob pena de ser submetido ao procedimento de queixa junto à OIT por não ter dado cumprimento ao referido diploma internacional (SOUZA, 2006, p. 425-465).

Outro instrumento internacional de grande relevância foi a Recomendação nº 200,

denominada “Recomendação sobre o HIV e a AIDS”, aprovada em 17 de junho do ano de 2010, em Genebra, durante a realização da Nonagésima Nona Sessão da Conferência Geral da OIT e “consiste em um diploma programático expedido por ente internacional enunciando aperfeiçoamento normativo considerado relevante para ser incorporado pelos Estados” (DELGADO, 2011, p. 152).

Apesar de não serem dotadas de compulsoriedade, haja vista não constituírem direitos e obrigações, as recomendações configuram verdadeiras fontes jurídicas materiais “uma vez que cumprem o relevante papel político e cultural de induzir os Estados a aperfeiçoar sua legislação interna na direção lançada por esses documentos programáticos internacionais” (DELGADO, 2011, p. 153).

Isto posto, incontestemente que a Recomendação nº 200 da OIT é instrumento que merece a atenção do Estado, em todas as três esferas de poder, considerando sua contribuição ímpar para o enfrentamento da discriminação dos soropositivos nas relações laborais.

Entre os princípios gerais a serem observados na resposta nacional ao HIV no âmbito das relações de trabalho, estabelecidos pela aludida Recomendação, destacam-se aqueles que prescrevem que não deve existir qualquer discriminação ou estigmatização de trabalhadores, utilizando-se como pretexto a infecção real ou presumida pelo HIV, tampouco se estes pertencerem a segmentos da população tidos como mais vulneráveis à infecção pelo HIV.³

3 Art 3º, alíneas “a”, “b”, “c”. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT.

Notadamente, dada Recomendação além de proibir a discriminação e estigmatização dos trabalhadores soropositivos, atribui ao Estado a incumbência de garantir que portar HIV não constitua critério discriminatório impeditivo da contratação, da continuidade no emprego⁴, ou ainda, que seja causa ensejadora da rescisão do contrato de trabalho⁵, bem como o dever de assegurar a manutenção do emprego e a contratação de portadores de HIV⁶.

Não obstante trate-se de um documento relativamente recente, sem força normativa, cabe ressaltar que esta Recomendação encontra-se em perfeita consonância com os princípios e direitos prescritos na ordem jurídica pátria, razão pela qual pode, e deve, ser empregada como referência nas práticas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário acerca do assunto.

Isto posto, coaduna-se com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial

4 Art 10. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser motivo de discriminação, impedindo a contratação, a permanência no emprego ou a busca de iguais oportunidades em consonância com os dispositivos da Convenção sobre a Discriminação no Emprego e na Profissão, 1958.

5 Art 11. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser causa de término de relação de trabalho. Ausência temporária ao trabalho pela necessidade de prestar assistência a terceiros ou por motivo de enfermidade, relacionados com o HIV ou a Aids, deve ser tratada da mesma forma que as ausências por outras razões de saúde, levando em conta a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982.

6 Art 12. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Quando as medidas existentes contra a discriminação no local de trabalho forem insuficientes para a proteção efetiva contra a discriminação em face do HIV e da Aids, os Membros devem adaptá-las ou adotar novas medidas, cuidando para que sejam implementadas de modo eficaz e transparente

que considera que, a dispensa imotivada do portador de HIV consiste em uma despedida discriminatória e, portanto, conduta proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual faz jus o empregado soropositivo a reintegração ao emprego.

SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O TST já estava se posicionando pela impossibilidade de rescisão imotivada do contrato de trabalho do trabalhador soropositivo, através de reiterados julgamentos, nos quais determinava a reintegração ao emprego de empregados portadores do vírus HIV, vítimas de despedida arbitrária e discriminatória, fundamentando as decisões na ausência de norma infraconstitucional proibindo a dispensa dos mesmos.⁷

O entendimento foi consolidado, com a edição da Súmula n. 443, em setembro de 2.012, que veda a dispensa discriminatória, nos seguintes termos:

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

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Recurso de revista 2140700-19.2004.5.02.0062. Agravante Viação Santa Brígida Ltda. e Agravado Josué Antonio. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Publ. 19 dez. 2008. Disponível em: < <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica>.

discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (TST, 2012)

Referida súmula veio pacificar a questão até então intensamente debatida, deixando claro que num Estado Democrático de Direito, como o Estado brasileiro, não há lugar para tratamento desigual e discriminação, impondo a observância da necessária estima que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos, garantindo ao empregado portador soropositivo o direito ao trabalho constitucionalmente garantido, impedindo que continue a ser vitimado pela discriminação em função da doença.

Muito embora a casuística parecesse ter sido resolvida com a edição da referida Súmula, o posicionamento do TST já passou a ser alvo de crítica, ante a argumentos de que o empregador detém o direito potestativo de dispensar imotivadamente o empregado soropositivo, contanto que arque com as devidas verbas indenizatórias consequentes do ato de dispensa, cabendo, em caso de comprovação de ato discriminatório, a indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos pelo obreiro (LOPES, 2012).

A crítica aduz que a decisão estaria afrontando o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da CF, segundo o qual

ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, mormente quando deixou de prever a possibilidade indenizatória, em caso de já ter-se operado a despedida (LOPES, 2012).

Todavia, não obstante se verifique a ausência de dispositivo legal específico no ordenamento jurídico que prescreva expressamente a garantia do portador de HIV no emprego e, por conseguinte, que garanta o direito a sua reintegração ao trabalho quando vítima de dispensa sem justa causa, as críticas não merecem prosperar.

Isto porque ao lado do princípio da legalidade, constituem o sustentáculo do ordenamento jurídico os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da justiça social, da não discriminação, da função social da empresa, dentre tantos outros, consubstanciados em premissas básicas, cláusulas pétreas, ponto de partida.

Assim, dada a relevância atribuída aos princípios no ordenamento jurídico, compete ao hermeneuta, quando deparar-se com a colisão entre dois ou mais princípios constitucionais, determinar qual princípio melhor corresponde à concretização dos objetivos erigidos pelo constituinte, aplicando-o ao caso concreto.

Contudo, impende salientar que referida ponderação entre um princípio ou outro, não resulta na exclusão do princípio não aplicado da ordem jurídica, uma vez que os princípios constitucionais não são incompatíveis entre si, dado que a Constituição consiste em um sistema harmônico de normas, razão pela qual impossível admitir-se a existência de antinomia (SANTOS, 2007, p. 123)

No que tange ao caso da reintegração

dos empregados portadores do HIV vítimas da dispensa arbitrária, considerando que o princípio da legalidade encontra-se em rota de colisão com os demais princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, anteriormente nominados, razão assistiu aos ilustres magistrados que entenderam por acertado o afastamento do princípio da legalidade, o que se consubstanciou na edição da Súmula 443 do TST.

Isto porque, o raciocínio contrário desembocaria na conclusão de que todos os direitos e garantias fundamentais dependeriam de normas de caráter infraconstitucional para sua efetivação, esvaziando, desta forma, a sua própria significação de fundamentalidade.

Negar o direito à reintegração no emprego ao soropositivo despedido imotivadamente em virtude de seu estatuto HIV sob a alegação de que não há lei ordinária que tutele tal garantia é violar o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana⁸, bem como desrespeitar os valores sociais do trabalho⁹ e os fundamentos da ordem econômica consistentes na valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que objetivam assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social¹⁰, além de contrariar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, especialmente, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de

discriminação.¹¹

Conclui-se, desta feita, perfeitamente possível afastar a incidência do princípio da legalidade à casuística ora comentada, uma vez que os demais princípios constitucionais adquirem maior relevância na tratativa da matéria, sendo, portanto, desnecessária a existência de norma infraconstitucional específica para a tutela do direito à reintegração do portador de HIV ao emprego caso sofra dispensa de ordem discriminatória.

Há que se considerar, também, que a despedida arbitrária do obreiro soropositivo viola o princípio constitucional da função social da propriedade, pois com a CF condicionou-se a exploração desta ao dever de atender aos interesses da coletividade. E primar pelo cumprimento da função social significa dar continuidade aos vínculos empregatícios existentes, em especial, aqueles firmados com pessoas vulneráveis em razão do preconceito arraigado na sociedade, como os empregados portadores de HIV, posto que tais práticas têm o condão educativo, capazes de promover consideráveis modificações no modo de agir e pensar dos indivíduos e contribuir para a erradicação do preconceito, consolidando-se numa política de inclusão social.

Quanto ao encargo probatório, quem deve se desincumbir do ônus de comprovar que a dispensa imotivada não foi discriminatória é o empregador, haja vista a hipossuficiência do empregado, notadamente do portador do vírus HIV, bem como a dificuldade em se comprovar a discriminação, uma vez que esta, na imensa maioria das vezes, ocorre de forma dissimulada. Nota-se bem menos complexa a tarefa do

8 Art. 1º, III, CF.

9 Art. 1º, IV, CF.

10 Art. 170, CF.

11 Art. 3º CF.

empregador comprovar que dispensou o empregado por razões de ordem técnica, disciplinar ou econômica.

Neste sentido é a posição do TST, ao entender que a dispensa do portador de HIV é presumidamente discriminatória, recaindo, em virtude disso, ao empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita.¹²

Diante do exposto, tem-se que a posição adotada pelo TST anteriormente a edição da Súmula 443 e cristalizada pela mesma, pauta-se na proteção da dignidade da pessoa humana e no valor social atribuído pelo constituinte ao trabalho, considerando que mencionados empregados se encontram em situação de hipossuficiência em relação aos seus empregadores e ao mercado de trabalho como um todo, repudiando condutas de ordem discriminatória e relativizando o direito potestativo do empregador em dispensar o empregado de forma imotivada, por meio da aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia.

Desta forma, conclui-se que, em que pese não exista norma infraconstitucional específica acerca da matéria, a Justiça do Trabalho não se eximiu de solucionar a questão, garantindo aos portadores do vírus HIV proteção jurídica contra as condutas discriminatórias no âmbito laboral, de forma tal que remete às suas origens de justiça voltada para a realização dos direitos sociais, resgatando a dignidade do homem por meio da proteção de seus direitos trabalhistas,

12 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 61600-92.2005.5.04.0201, Relator: Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22/06/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011.

e acima de tudo, na promoção da igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com os avanços da ciência biomédica, notadamente nas áreas da imunologia e virologia, a sobrevivência dos soropositivos prolonga-se muito, não sendo raro que os sujeitos contaminados passem décadas sem desenvolver os sintomas da síndrome da imunodeficiência adquirida.

Assim, é inegável que a epidemia do vírus HIV atinge frontalmente o universo laboral, fazendo com que se torne imperiosa a discussão acerca dos direitos dos empregados soropositivos, especificamente, a proteção destes em relação às condutas discriminatórias e ao exercício do direito do empregador em rescindir o contrato de trabalho injustificadamente.

É a existência do princípio constitucional da proibição da despedida arbitrária que permite rebater o posicionamento que defende que a denúncia vazia do contrato de trabalho, como um direito potestativo do empregador, passível de ser exercido independentemente

[...] Neste sentido é a posição do TST, ao entender que a dispensa do portador de HIV é presumidamente discriminatória, recaindo, em virtude disso, ao empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita [...]

de justificativa, desde que se arque com as indenizações pertinentes ao trabalhador pela extinção do vínculo empregatício de forma imotivada.

Isto porque, coaduna-se com o entendimento de que ao artigo 7º, inciso I, da CF, foi conferida, pelo constituinte, eficácia contida, e não limitada, bem como, aplicabilidade imediata. Neste sentido, até que seja editada lei complementar que delimite sua incidência, mencionado dispositivo vigorará de forma plena no ordenamento jurídico.

Assim, a despedida que se dê de forma injustificada, atenta contra o princípio constitucional prescrito no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, sendo, deste modo, ato inconstitucional, razão pela qual impera que seja o empregado soropositivo reintegrado ao emprego, se vítima de tal conduta por parte do empregador.

Outro aspecto que cumpre ressaltar é que a despedida arbitrária viola, ainda, o princípio constitucional da função social da propriedade. Com o advento da Magna Carta de 1988, a exploração da propriedade ficou condicionada ao dever de atender também aos interesses da coletividade.

Neste contexto, a empresa, incluída no conceito de propriedade, tem que cumprir com sua função social, de sorte que deve primar pela continuidade dos vínculos empregatícios existentes, notadamente, dos firmados com empregados portadores de HIV, uma vez que para estes a reinserção no mercado de trabalho é tarefa praticamente impossível, haja vista o preconceito velado arraigado no seio da sociedade.

Ademais, as práticas vivenciadas

no ambiente de trabalho possuem condão educativo, influenciando na conduta dos sujeitos inseridos em dado meio, capazes, portanto, de promover consideráveis modificações no senso comum, contribuindo para a erradicação do preconceito e estigmatização que envolvem os soropositivos, convergindo em uma verdadeira política de inclusão social.

No que concerne à proteção contra a discriminação, o ordenamento jurídico pátrio prevê uma série de institutos hábeis a permitir a reintegração do portador do vírus HIV ao emprego se despedido sem justa causa, de ordem tal que se considera dispensável a existência de norma infraconstitucional que regulamente de forma específica a matéria. Amparando este entendimento, tem-se a Convenção nº 111 da OIT e a Recomendação nº 200 da OIT sobre AIDS/HIV.

Em sede de normas jurídicas internas também se vislumbra a existência de enunciados protetivos passíveis de serem aplicados ao caso dos empregados soropositivos contra o rompimento arbitrário e desmotivado do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, a saber: o princípio constitucional da não discriminação, prescrito no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, ao lado do princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, também inserido em nossa Lei Maior.

Este tem sido o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que se cristalizou com a edição da Súmula n. 443 em setembro de 2012, cumprindo assim com os objetivos originários da própria ciência *juslaboral*, quais sejam resgatar e proteger a dignidade da pessoa humana, bem como, defender um tratamento isonômico aos trabalhadores, constituindo-se, hodiernamente, no meio mais efetivo de concretização da justiça

social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Rita de Cassia Barreto de; LABRONICI, Liliana Maria. A trajetória silenciosa de pessoas portadoras do HIV contada pela história oral. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 12, n. 1, p.263-274, 2007.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, n. 5, p. 604-615, mai. 2007.

ALVES, Estela Rodrigues Paiva. SILVA, Ana Cristina de Oliveira. **A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) com base na North American Nursing Diagnosis Association (NANDA) e diagnósticos em enfermagem: um estudo de caso.** Disponível em: http://www.aidscongress.net/Modules/WebC_AidsCongress/CommunicationHTML.aspx?Mid=36&CommID=308. Acesso em: 20 dez. 2012.

BARACAT, Eduardo Milléo. **HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da Recomendação nº 200 da OIT no Brasil.** Disponível em <http://eduardobaracat.blogspot.com/p/artigos-doutrinarios-publicados.html>. Acesso em 09 ago. 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg**, Belo Horizonte, v. 32, n.62, p. 67-86, jul./dez.2000. Disponível em: http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_62/Alice_Barros.pdf. Acesso em: 09 ago. 2012.

_____. **Curso de Direito do Trabalho.** 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

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

_____. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico AIDS/DST**, Ano VII, n. 1. Brasília, 2010

_____. Superior do Trabalho. **Súmula 443.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23113/vedacao-a-dispensa-discriminatoria-analise-da-sumula-443-do-tst#ixzz2LwAcc7E0>. Acesso em 25 fev. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LOPES, Márcia Carla Baeta. **Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do**

NAÇÕES UNIDAS. UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. Relatório Global. **UNAIDS:** Novembro de 2010. Disponível em http://www.unaids.org/globalreport/global_report.htm. Acesso em 20 jul. 2012.

NAÇÕES UNIDAS. UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. Estratégia da UNAIDS/ONUSIDA 2011-2015: Chegando a zero. **UNAIDS.** Disponível em: <<http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2010/JC2034UNAIDSstrategypt.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Aids e discriminação: violação dos direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 762, 5 ago. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7126>. Acesso em: 21 jul. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Recolha de directivas práticas do BIT sobre o HIV/SIDA e o mundo do trabalho. **Organização Internacional do Trabalho.** Genebra, junho de 2001. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/>

hivvida.pdf. Acesso em: 18 jun. 2012.

_____. Recomendação nº 200. Recomendação sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua 99ª Sessão, Genebra, 17 de junho de 2010. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/277> Acesso em 08 ago. 2012.

_____. Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho/**Organização Internacional do Trabalho**. Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hiv_aids_2010_278.pdf Acesso em 25 jul.2012.

ORTEGA, Karem López. **HIV/AIDS**. Disponível em: http://www.fo.usp.br/cape/grupo_de_estudo_cape_arquivos/AIDS.pdf. (parte da tese de doutorado Aspectos Demográficos, Clínicos e Odontológicos de 1200 Pacientes HIV Positivos do Centro de Atendimento a Pacientes Especiais. Tese (Doutorado) – CAPE-FOUSP. USP, 2000.

PORTELA, Margareth Crisóstomo; LOTROWSKA, Michel. Assistência aos pacientes com HIV/Aids no Brasil. **Revista Saúde Pública**, v. 40, Supl, p.70-79, 2006

SANTOS, Márcio Gil. Reflexão sobre princípios constitucionais. **Revista Estação Científica**. v. 1, n. 2, Agosto/Setembro. 2007. Juiz de Fora: Faculdade Estácio de Sá, 2007.

SANTOS, Norma Suely de Oliveira; ROMANOS, Maria Tereza Villela; WIGG, Márcia Dutra. **Introdução à Virologia Humana**. Rio de Janeiro

(RJ): Guanabara Koogan, 2002.

SIMÕES, Mariana Meloni Mathias. **O significado da revelação do diagnóstico para adolescentes portadores do HIV por transmissão vertical**. Monografia (Programa de Aprimoramento Profissional, Instituto de Infectologia Emílio Ribas, Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Área de Concentração: Psicologia Hospitalar) – Instituto de Infectologia Emílio Ribas, São Paulo, 2009.

SOUZA. Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho – OIT. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9, p. 425-465, Dez. 2006.

SZWARCWALD. Celia Landmann *et al.* A disseminação da epidemia da AIDS no Brasil no período de 1987-1996: uma análise espacial. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 16, Sup. 1, p.7-19, 2000.

TRABALHADOR SOROPOSITIVO E PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA: A SÚMULA Nº 443 DO TST

Luiz Eduardo Gunther e Eduardo Milléo Baracat

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 POSICIONAMENTO DA OIT SOBRE HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO; 3 DISCRIMINAÇÕES AOS EMPREGADOS PORTADORES DO VÍRUS HIV E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS; 4 A QUESTÃO TORMENTOSA DO ÔNUS DA PROVA: O EMPREGADO DEVE-PODE PROVAR QUE SUA DESPEDIDA FOI DISCRIMINATÓRIA? 5 SENTIDOS DO VOCÁBULO PRESUNÇÃO E SUA APLICABILIDADE PELO JUDICIÁRIO TRABALHISTA; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Muito oportuna a transformação em Súmula do entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho sobre o complexo problema da dispensa do empregado portador do vírus HIV.

Para análise desse tema torna-se indispensável recorrer ao manancial extraordinário

de documentos jurídicos produzidos pela Organização Internacional do Trabalho ao longo de sua quase centenária história.

A jurisprudência brasileira, agora sinalizada pela Súmula nº 443 do TST, deve encaminhar-se para orientação em um mesmo sentido, presumindo discriminatória a dispensa do portador do vírus HIV.

Este trabalho tem por objetivo explicitar o itinerário do debate até a edição da Súmula e apresentar algumas reflexões sobre a aplicação prática desse entendimento, agora cristalizado pelo Tribunal Superior.

2 POSICIONAMENTO DA OIT SOBRE HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO

Criada em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial, pela Parte XIII do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho consolidou-se neste século como o organismo internacional mais importante



Luiz Eduardo Gunther

Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Desembargador do Trabalho junto ao TRT da 9ª Região; Doutor em Direito do Estado pela UFPR; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná, do Centro de Letras do Paraná e da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho – ALJT.



Eduardo Milléo Baracat

Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba. Doutor pela UFPR/2002. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

no que diz respeito ao mundo do trabalho. As Convenções nºs 111 e 159 e a Recomendação nº 200 são mencionadas para verificação do problema HIV/AIDS e suas soluções. Também se analisa o Repertório de Prática sobre HIV/AIDS e suas questões principiológicas.

Duas diferenças substanciais entre Convenções e Recomendações podem ser, desde logo, anunciadas: a Convenção constitui uma forma de tratado internacional, a Recomendação não; a Convenção pode ser objeto de ratificação pelo correspondente Estado-Membro, o que, logicamente, não pode ocorrer com uma Recomendação¹.

O valor da Recomendação, muitas vezes, é intrínseco, quando as normas possuem um caráter técnico detalhado. Isso pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando, no entanto, a possibilidade de se implementarem adaptações conforme as necessidades dos países².

A diferença considerada mais importante, no entanto, entre Recomendações e Convenções delinea-se no aspecto relativo à eficácia. Isso quer dizer que uma Recomendação não pode (ao contrário da Convenção) ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejam para lhes dar o efeito que julguem oportuno³.

A Organização Internacional do Trabalho na 99ª

Reunião de sua Conferência anual, realizada em junho de 2010, aprovou a Recomendação nº 200, que trata do vírus HIV e da AIDS. Essa Recomendação considera HIV, o Vírus da Imunodeficiência Humana que danifica o sistema imunológico humano, ressaltando que a infecção pode ser prevenida por medidas adequadas. Quanto à palavra AIDS⁴, designa a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, resultante dos estágios avançados da infecção pelo HIV, caracterizando-se por infecções oportunistas ou cânceres relacionados com o HIV⁵.

Para a Recomendação 200 da OIT, pessoa que vive com o HIV significa pessoa infectada pelo HIV. Nesse documento, o vocábulo discriminação exprime qualquer distinção, exclusão ou preferência que resulte em anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação, como referido na Convenção e Recomendação sobre a Discriminação no Emprego e na Ocupação, de 1958. A palavra estigma relaciona-se à marca social ligada a uma pessoa, que causa marginalização ou significa obstáculo ao inteiro gozo da vida social pela pessoa infectada ou afetada pelo HIV⁶.

Dentre os princípios gerais mais importantes previstos na Recomendação 200, destacam-se aqueles relacionados à garantia dos direitos humanos, ao local de trabalho, à proibição de discriminação e estigmatização, à prevenção e ao tratamento e proteção à

1 GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e o direito do trabalho no Brasil. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

2 VALTICOS, Nicolas. Derecho internacional del trabajo. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236.

3 Idem.

4 Iniciais em inglês da expressão: *Acquired Immune Deficiency Syndrome*.

5 RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO. Genebra: OIT, 2010. p. 10.

6 Idem.

privacidade. Quanto ao primeiro princípio, a resposta ao HIV e à AIDS deve ser reconhecida como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, inclusive os trabalhadores, suas famílias e dependentes. Em relação ao segundo, HIV e AIDS são reconhecidos e tratados como tema pertinente ao local de trabalho, a ser incluído entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, com inteira participação das organizações de empregadores ou trabalhadores. No tocante ao terceiro, vedam-se discriminação e estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV. Quanto ao quarto princípio, reconhece-se o acesso dos trabalhadores, suas famílias e dependentes a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e à AIDS, deles se beneficiando, e o local de trabalho deve contribuir para facilitar esse acesso. No que concerne ao quinto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem usufruir de proteção à sua privacidade, inclusive a relacionada com o HIV e a AIDS, em particular no que diz respeito a sua própria situação quanto ao HIV; e também nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a exame de HIV nem a revelar sua situação sorológica⁷.

Um aspecto essencial no combate ao preconceito, à discriminação e ao estigma liga-se às medidas de sensibilização, que devem acontecer especialmente no âmbito empresarial. Recomenda-se que essas medidas enfatizem que o HIV não é transmitido por simples contato físico e que “a presença de uma pessoa que vive com o HIV não deve ser considerada ameaça no local de trabalho”⁸.

Há que se ter em mira, sem dúvida, medidas práticas de apoio à mudança de comportamento, dentre as quais avultam educação sensível, diagnóstico e tratamento precoces e estratégias de suplementação de renda no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras. Assim, os trabalhadores devem receber educação sensível, precisa e atualizada sobre estratégias de redução de risco e, se possível, receber preservativos masculinos e femininos. Busca-se facilitar o diagnóstico e tratamento precoces de DSTs e da tuberculose, bem como programas de agulhas esterilizadas e de troca de seringas, ou dar informações sobre os lugares onde esses



7 Ibidem, p. 13-15.

8 Ibidem, p. 28.

serviços possam ser prestados. Finalmente, no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras, a educação deve incluir estratégias de suplementação de renda, por exemplo, oferecendo informações sobre atividades geradoras de renda, benefícios fiscais e subsídio salarial⁹.

Além da Recomendação nº 200, a OIT elaborou um Repertório de Recomendações Práticas sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho. Nesse documento registra-se que o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, “não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia”¹⁰.

Esse conjunto de boas práticas estabelece diretrizes para lidar com a epidemia de HIV/AIDS no mundo do trabalho e no contexto da promoção do trabalho decente. Desse modo, o Repertório prevê princípios-chave que são especialmente apropriados para “combater a discriminação baseada na situação relativa ao HIV”, dentre os quais avultam os seguintes: reconhecimento do HIV/AIDS como questão que diz respeito ao local de trabalho; não-discriminação; igualdade de gênero; ambiente de trabalho saudável; diálogo social; detecção para fins de exclusão do emprego e do trabalho; confidencialidade; continuação da relação de emprego; prevenção; cuidado e

apoio¹¹.

No que concerne ao primeiro princípio, o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia. Relativamente ao segundo, os trabalhadores não sofrerão discriminação ou estigmatização baseada na sua situação real ou percebida relativa ao HIV. No que diz respeito ao terceiro princípio-chave, as relações de gênero mais igualitárias e o emponderamento da mulher são vitais para evitar a disseminação da infecção por HIV e permitir que as mulheres lidem com o HIV/AIDS. O quarto princípio-chave estipula que o ambiente de trabalho será saudável e seguro, adaptado ao estado de saúde e capacidades dos trabalhadores. O quinto, estipula a necessidade de haver cooperação e confiança entre empregadores, trabalhadores e governo no intuito de assegurar a bem-sucedida implementação das políticas e programas relativos ao HIV e a AIDS. Relativamente ao sexto, não será exigido teste de HIV/AIDS de candidatos a emprego ou pessoas empregadas. Quanto ao sétimo, o acesso a dados pessoais relacionados com a situação dos trabalhadores em termos de HIV será limitado pelas regras de confidencialidade coerentes com o código de prática da OIT. No que diz respeito ao oitavo princípio, a infecção por HIV não é causa para término da relação trabalhista. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV poderão trabalhar enquanto estiverem aptas para desempenhar funções apropriadas. No que pertine ao nono

9 REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. p. 62.

10 BEAUDONNET, Xavier. Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 173.

11 Ibidem, p. 173-174.

princípio, os parceiros sociais se encontram em singular condição para promover esforços de prevenção, particularmente em relação à mudança de atitudes e comportamentos por intermédio de informação e educação. Por fim, o décimo princípio-chave enfatiza que a solidariedade, o cuidado e o apoio devem servir de guia à resposta ao HIV/AIDS no local de trabalho. Nesse sentido, todos os trabalhadores têm direito a serviços de saúde ao seu alcance e a benefícios dos programas obrigatórios de seguridade social e dos mecanismos de previdência social¹².

As Convenções 111 e 159 da OIT já haviam, em 2004, servido de fundamento para importante decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que reconheceu o direito à reintegração de portador do vírus HIV¹³.

Com a análise efetuada, buscou-se traduzir um entendimento analítico de como

12 Ibidem, p. 173-174.

13 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 comunica a 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 (PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. P. 327-328, www.trt9.jus.br, acesso em 02/12/2012).

a OIT compreende o fenômeno HIV/AIDS e as proposições para enfrentá-lo, tal como o fez o julgado referido.

3 DISCRIMINAÇÕES AO S TRABALHADORES SOROPOSITIVOS: EVOLUÇÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Os trabalhadores que convivem com o problema HIV/AIDS sofrem profunda discriminação.

A doutrina brasileira, em face da ausência de lei específica vedando a dispensa do empregado soropositivo, mostrou-se dividida, sobretudo no que concerne possibilidade da reintegração no emprego.

Para Sérgio Pinto Martins não seria abusivo o ato do empregador que dispensa o empregado doente de AIDS, pois estaria exercendo seu direito constitucional de dispensar o empregado, devendo apenas pagar as verbas rescisórias¹⁴. No sentir desse doutrinador, a Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda atos de discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social (art. 1º). Mas não trataria, especificamente, da reintegração de empregado em decorrência de doença, especialmente de AIDS¹⁵.

Para Alice Monteiro de Barros, contudo, embora não haja lei reconhecendo ao trabalhador soropositivo estabilidade

14 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 443.

15 Ibidem, p. 444.

provisória, é possível com base na Convenção nº 111 da OIT e em princípios constitucionais, decretar a nulidade da dispensa do trabalhador soropositivo e determinar sua reintegração no emprego.¹⁶

A análise da temática que envolve os portadores do vírus da AIDS mereceu comentário de Vólia Bomfim Cassar no sentido de que a pedra de toque é a discriminação e não uma suposta estabilidade, “assim, quando o empregador demite um portador do vírus HIV, segundo o TST, ele deve provar (ônus do patrão) que o procedimento não foi discriminatório”¹⁷. Na opinião da autora, seria possível “a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos empregados portadores de AIDS ou outras doenças”¹⁸.

A Diretora do Departamento de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Cleopatra Doumbia-Henry, asseverou que “as pessoas devem usar os direitos que têm para se proteger, como não contar (ao empregador) que tem AIDS”¹⁹. Segundo a Diretora da OIT mencionada, o objetivo é “lidar com o estigma, lutar contra ele. Esse estigma está na sociedade e até no governo. É preciso mudar o pensamento, mudar a mente”. Em sua ótica, quem decide falar sobre o assunto contribui para a mudança. O problema da discriminação tem aparecido com

frequência porque o silêncio está acabando: “a AIDS é uma doença qualquer e não deve ser usada para discriminar qualquer pessoa”²⁰.

Em dissertação que apresentou ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Fábio Luiz de Queiroz Telles assinala que as hipóteses mais enfrentadas pelo Judiciário, sobre esse tema, dizem respeito “à análise de ser nula toda dispensa que tiver por fundamento o fato de o empregado ser portador do HIV e que determinam a reintegração ao emprego”. Outra hipótese vincula-se à vedação de dispensa do empregado soropositivo, por considerá-la obstativa do direito “de acesso aos benefícios previdenciários, ao tratamento médico de saúde e à aposentadoria, determinando a reintegração do empregado às suas funções”²¹. Torna-se indispensável, como raciocínio jurídico, atentando-se ao princípio da dignidade humana, considerar que “a AIDS não pode ser vista como um flagelo, um castigo divino devido à iniquidade humana”. Por isso, os Tribunais do Trabalho, “ao inibir o preconceito e a discriminação, anulando as dispensas arbitrárias e sem justa causa”, direcionam para a população um entendimento de que a AIDS não é um mito, “mas uma doença como qualquer outra e que apesar de a medicina não ter encontrado a cura até então, não transforma seus portadores em párias e nem

16 AIDS NO LOCAL DE TRABALHO UM ENFOQUE DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO. www.apej.com.br/artigos_doutrina_amb_01.asp, acesso em 4/12/2012).

17 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 357.

18 Idem, ibidem. p. 357.

19 SGARBE, Vinícius. Veículo G1, circulação nacional, p. 30.06.2011.

20 Idem.

21 TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. p. 90-91.

os condena imediatamente à morte”²². Nesse sentido humano da compreensão do problema HIV/AIDS, verifica-se que “o portador de HIV tem toda capacidade de desenvolver projetos e realizar suas funções como qualquer outro trabalhador”. Por isso, não se pode admitir o afastamento das funções e do trabalho, “pois mantê-lo trabalhando pode favorecer no tratamento, podendo significar-lhe a vida”. Para o soropositivo, o trabalho representa não só o estímulo para continuar lutando contra o vírus, “como também representa o único meio de sobrevivência e custeio para adquirir medicamentos necessários para o tratamento e manutenção diária de sua carga viral”²³.

A jurisprudência, apesar de alguns percalços, mostra-se menos vacilante em relação a essa questão.

No Paraná, em 17/06/1994, a Juíza Titular da 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, Marlene T. Fuverki Suguimatsu, prolatou sentença reconhecendo ilícita a dispensa do trabalhador soropositivo. A sentença foi reformada pelo Tribunal do Trabalho do Paraná em julgamento ocorrido em 1995, sob o fundamento de que não encontrava respaldo na legislação vigente, que as hipóteses de estabilidade provisória eram unicamente aquelas previstas em lei, que ao se eleger a infecção pelo HIV como justificadora de estabilidade, estar-se-ia discriminando portadores de outras enfermidades tão graves quanto ela; por fim, consideraram que de acordo com o art. 5º da Constituição, e, por fim,

22 Ibidem, p. 92.

23 Ibidem, p. 93.

que ninguém é obrigado de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e que não havia lei a obrigar o empregador manter o empregado no emprego, nas condições em que se encontrava. Em 1997, em acórdão da lavra do Ministro Valdir Righetto, a Segunda Turma do TST reformando o acórdão regional, restabeleceu a sentença.²⁴

Embora alguns Tribunais Regionais ainda tenham decidido que o trabalhador soropositivo não merece especial tutela jurídica quando de sua dispensa imotivada, sob o fundamento da ausência de lei²⁵, a jurisprudência do TST apenas se consolidou.

O Tribunal Superior do Trabalho,



24 SUGUIMATSU, Marlene. HIV e AIDS no ambiente laboral: visibilidade, discriminação e tutela jurídica de direitos humanos. In BARACAT, Eduardo Milléo (org.), Tutela jurídica do trabalhador soropositivo. No prelo.

25 “Reintegração no emprego. Ausência de previsão legal a garantir o emprego ao portador de vírus HIV. Viável a rescisão contratual promovida pelo empregador, que não obsteu a concessão de quaisquer direitos trabalhistas à obreira. Sentença ratificada. Indenização por dano moral e material. Hipótese em que não verificada a prática de ato ilícito da empregadora capaz de causar lesão à dignidade pessoal da obreira. Sentença ratificada” (RS, Acórdão do processo 007730076.2001.5.04.0451, RO) Redator: CARLOS CESAR CAIROLI PAPALÉO, Data: 18/09/2002 (www.trt4.jus.br, acesso em 4/12/2012).

em setembro de 2012, sedimentou sua jurisprudência na Súmula nº 443, com o seguinte teor:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.²⁶

Já de há muito tempo vinha o TST firmando o entendimento de que “a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso”²⁷.

Registravam-se nas decisões do TST que “mesmo na ausência de prova de nexos causal”, reconhecia-se a presunção de ato discriminatório na dispensa imotivada de empregado soropositivo, “admitindo, contudo, prova em contrário”.

Há acórdão paradigma de lavra do Ministro Lélis Bentes Corrêa, que assevera a significativa contribuição da OIT para esse entendimento. De acordo com referida

decisão, a jurisprudência do TST encontra-se consentânea com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação nº 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho²⁸.

A igualdade de oportunidades e tratamento, para ser garantida, não se basta na proteção jurídica oferecida, mas depende, sempre, da existência de procedimentos judiciais efetivos, “que possam ser invocados pelas pessoas que acreditam ter sido alvo de discriminação”. Muitas vezes, as regras de procedimento aplicáveis exigem que o discriminado prove a existência da discriminação, constituindo obstáculo a resolver esses casos. Com o objetivo de superar essas dificuldades, muitos países introduzem regras de procedimento que invertem o ônus da prova para permitir que as vítimas de discriminação afirmem efetivamente seus direitos. Para alguns sistemas jurídicos, a regra consiste em verificar se o demandante é capaz de provar

26 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012, p. 132-133.

27 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.

28 “EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação – lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação nº 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélis Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011, www.tst.jus.br, acesso em 3/12/2012).

prima facie. Se isso não for possível, o ônus da prova deve ser transferido ao demandado, “que então terá de demonstrar que a diferença de tratamento baseara-se em considerações objetivas não relacionadas com qualquer motivo de discriminação”²⁹.

Quanto aos instrumentos da OIT que tratam do ônus da prova, tanto a Comissão de Peritos quanto o Comitê de Liberdade Sindical consideraram a inversão em casos de discriminação “como uma medida importante para assegurar-se a efetiva proteção contra a discriminação no emprego e na profissão, como requerem as Convenções da OIT sobre igualdade e liberdade sindical”³⁰.

Nessa área, há quase um consenso de que, na ausência de legislação específica, os Tribunais devem tomar a iniciativa de “inverter o ônus da prova em casos de alegada discriminação no emprego e na profissão”³¹.

Consoante referido, a análise do item prendeu-se à compreensão do tema HIV/AIDS pelo Poder Judiciário brasileiro, especificamente na Justiça do Trabalho.

A recente súmula editada pelo TST parece ter solucionado a grave questão do ônus da prova, direcionando-se pela presunção

[...] Ocorre, no entanto, muitas vezes, que a aparente dispensa sem motivo encobre uma dispensa discriminatória [...].

discriminatória da dispensa do empregado portador do vírus HIV, que suscita estigma ou preconceito. Uma vez invalidado o ato da dispensa, naturalmente deve o empregado ser reintegrado ao emprego.

4 A QUESTÃO TORMENTOSA DO ÔNUS DA PROVA: O EMPREGADO DEVE-PODE PROVAR QUE SUA DESPEDIDA FOI DISCRIMINATÓRIA?

Quando se fala em dispensa discriminatória assinala-se a existência entre nós da dispensa injustificada como regra. A célebre expressão “dispensa sem justa causa”.

Seria a denúncia vazia do contrato de trabalho. Afasta qualquer necessidade de justificativa.

Ocorre, no entanto, muitas vezes, que a aparente dispensa sem motivo encobre uma dispensa discriminatória. Nessa perspectiva formulou a doutrina os conceitos de despedida por discriminação indireta (ou por impacto desproporcional) e de discriminação oculta. A discriminação indireta não afetaria “diretamente o ônus da prova, mas sim a própria estrutura da lesão ao direito, alterando, com isso, os fatos que devem ser provados”³². Nessa hipótese, excluir-se-ia a intenção do âmbito de investigação dos fatos relevantes, devendo tomarem-se “os efeitos da conduta”. Desse modo, “tampouco cabe ou exime ao empregador provar que não houve discriminação subjetivamente considerada”, mas, tem, sim, que “demonstrar que o

29 BEAUDONNET, Xavier. Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 161.

30 BEAUDONNET, Xavier, op. cit., p. 162.

31 Ibidem, p. 163.

32 WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 405.

critério utilizado, apesar dos seus efeitos, é justificável”³³.

No caso das discriminações ocultas, “o motivo proibido e não confessado é realmente o determinante, embora disfarçado sob a capa de uma outra causa”. Distinguem-se essas discriminações porque enquanto a oculta pressupõe a intenção, isso não acontece com a indireta³⁴.

A Convenção nº 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, é clara a respeito do ato discriminatório. Para esse tratado internacional, o vocábulo discriminação compreende (art. 1º, a):

Toda a 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 oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão³⁵ (os grifos não são do original).

Não é demais recordar que, segundo a doutrina, “exigir-se do empregado que comunique ao empregador o fato de ser portador do vírus HIV, encontra óbice no seu direito fundamental à intimidade, assegurada no art. 5º, X, da CF”³⁶.

Por outro lado, “exigir-se prova da discriminação ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego”³⁷.

Tendo em vista a extraordinária dificuldade quanto a prova a ser produzida, e considerando a maior aptidão do empregador para produzi-la, o trabalhador “não precisa produzir prova plena do fato constitutivo, bastando apresentar circunstâncias ou indícios” através dos quais seja possível “presumir a existência do critério ou motivação discriminatória denunciada”³⁸.

Não se exige, como parece à primeira vista, do empregador, “a produção de uma prova diabólica negativa da motivação do ato”, mas, tão-somente, “a comprovação dos critérios e motivações efetivamente presentes, de modo a demonstrar a sua justificação”³⁹.

Estudando a prova indiciária e a pluricausalidade da dispensa, Antonio Baylos Grau e Joaquín Pérez Rey teorizam duas possibilidades inicialmente. Na primeira hipótese o trabalhador aporta ao processo prova plena da discriminação ou da lesão do direito produzido pela dispensa. Nessa ocorrência, “o mecanismo da prova indiciária não resulta de aplicação, e a única conclusão possível é a nulidade da dispensa”. Uma vez comprovada lesão a direito fundamental por meio de ato do empregador, desnecessária qualquer justificativa adicional, criando impedimento

33 Idem.

34 WANDELLI, L. Op. cit., p. 406.

35 GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e o direito do trabalho no Brasil. Curitiba: Juruá, 2011. p. 147.

36 WANDELLI, L. Op. cit., p. 415.

37 BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000. (p. 36-76). p. 41.

38 WANDELLI, L. Op. cit., p. 413.

39 WANDELLI, L. Op. cit., p. 413-414.

para menção a outras causas, pois “só há uma causa e esta é inválida para provocar a ruptura definitiva do contrato de trabalho”⁴⁰.

Numa segunda hipótese, entretanto, poderá não estar provada plenamente “a lesão constitucional provocada pela dispensa”, existindo “exclusivamente aportes indiciários”. Ocorrendo essa situação, “a contraprova empresarial pode, teoricamente, discorrer pelos seguintes canais”: causa inexistente; causa existente mas insuficiente; causa existente e suficiente. Na primeira das situações, quando a empresa não apresenta prova alguma que justifique a dispensa, deve-se concluir pela nulidade da dispensa. Sendo ausente a prova, vale dizer, insuficiente para justificar a dispensa, outorga-se “validade definitiva aos indícios”. Na segunda das situações, verificando os indícios trazidos pelo trabalhador, a empresa “aponta uma prova fiável dos fatos imputados ao trabalhador”; se a prova dos fatos é insuficiente segue “deixando intacta a suspeita que o trabalhador conseguiu criar por meio dos indícios”. Na terceira, e última, das situações, “frente aos indícios, a empresa apresenta justificação completa de sua decisão de dispensar”, que a faz procedente, desvalorizando os indícios apresentados. Ressalva-se a ocorrência de incapacidade da empresa de “eliminar a suspeita de lesão ao direito fundamental”⁴¹.

De nada adianta ao empresário “provar a existência de fatos alegados como causa de dispensa”, seja disciplinar ou objetiva. Deve,

sim, estar sempre em condições “de criar no juiz a convicção de que a dispensa é absolutamente estranha a uma conduta relacionada com o exercício de um direito fundamental”⁴².

Pondere-se que não se está a tratar de “estabilidade” no emprego. O tema versado é de nulidade por discriminação. Considerada nula a dispensa, a reposição dos fatos ao *status quo ante* implica na reintegração.

Não parece possível, por isso, rescindir o contrato de um empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave. Não bastaria, assim, apenas considerar a dispensa regular e condenar o empregador em danos morais. A consequência do ato discriminatório deve ser a nulidade.

Quando o juiz decide ou se manifesta está sempre valorando os valores. Ao se afirmar que o juiz não deve defender uma das partes, mas, apenas, aplicar o direito, apresenta-se uma opção. Trata-se de opção pelo juiz estático, preso ao mudo dos autos e à letra da lei. É aquele que não vê normatividade nos princípios e nem nas Convenções da OIT, mesmo aquelas já internalizadas em nosso País. Nesse caso, o juiz, ao valorar valores vê na atividade econômica valor mais importante que o da pessoa, sob o fundamento de que “não pode defender uma das partes, mas aplicar o direito”.

Não há dúvida, sob essa perspectiva, que ao valorar valores o juiz sempre estará “defendendo” uma das partes. A questão central é saber qual delas.

Exatamente por tudo isso que o ônus

40 GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. A dispensa ou a violência do poder privado. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009. p. 118.

41 Idem.

42 GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. Op. cit., p. 114.

da prova, nesse caso, possui outra dimensão. A dimensão do coletivo, mais ampla, e não apenas a dimensão individual, mais restrita. Ao se pensar meramente na dimensão individual (a mais frequente) conclui-se pela falsa ideia de provar “fato negativo”. Em sentido oposto, porém, se pensarmos na dimensão do gênero, da raça ou da orientação sexual, vale dizer, ao coletivo, o ônus não se refere a fato negativo, mas a fato concreto, isto é, se a empresa admite mulheres, negros e homoafetivos.

Nessas situações, em verdade, a prova é feita através de dados estatísticos. Tem muita semelhança ao que acontece relativamente às cotas dos trabalhadores com deficiência.

Não é uma questão fácil de debater. Tudo passa pelo reconhecimento de que nossa sociedade discrimina mulheres, negros e homoafetivos.

Não é possível caminhar para o argumento pessoal de que se conhece empresários que não dispensam negros, homoafetivos, etc. A estatística permite compreender qual é a dimensão do ato discriminatório. Não se pode deixar de lado o relevante trabalho prestado pelo IBGE.

Desse modo passa-se a discutir a ocorrência de discriminação por meio de estatísticas. Do número de desempregados quantos são negros? Mulheres? Homoafetivos?

Não há qualquer dúvida quanto ao poder da jurisprudência trabalhista. Ela pode, inclusive, modificar a política de contratações de grandes empresas, a partir do momento que necessitam provar que não discriminaram, que possuem em seu quadro de empregados mulheres, negros e homoafetivos.

Além dessas possibilidades

discriminatórias, a doença, sem dúvida, é um fator de exclusão, não apenas no que diz respeito ao mercado de trabalho, “mas em qualquer relação social, principalmente quando externaliza características que diferenciam o indivíduo do homem padrão”⁴³.

A sociedade muitas vezes é preconceituosa, “quer se livrar das pessoas doentes, quer vê-las longe do seu convívio, fingindo que elas não existem”. Isso também ocorre dentro da empresa. Por isso, antes de ter chance de adaptar-se às suas limitações, ou de se recuperar do susto de estar acometido de uma doença, muitas vezes é “dispensado de suas funções num ato discriminatório para afastar aquela ‘mácula’ do quadro funcional”⁴⁴.

Para que esse preconceito seja erradicado é preciso considerar que vivemos, segundo a Constituição do Brasil (CF/88, artigos 1º, 3º e 4º), em uma República Democrática e Plural, que visa a prevalência dos direitos humanos, dos valores da “dignidade da pessoa humana”, da “solidariedade” e da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

5 OS SENTIDOS DO VOCÁBULO PRESUNÇÃO E SUA APLICABILIDADE PELO JUDICIÁRIO TRABALHISTA

Segundo o Código Civil Brasileiro, o fato jurídico pode ser provado, salvo o negócio a que se impõe forma especial, mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV

43 SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola e SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir – aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. Revista LTr, Vol. 74, nº 02, fevereiro de 2010. (p. 242-250, p. 247).

44 Idem.

– presunção; V – perícia (art. 212). A presunção é “a ilação tirada de um fato conhecido para demonstrar outro desconhecido”. É a consequência “que a lei ou o juiz tiram, tendo como ponto de partida o fato conhecido para chegar ao ignorado”⁴⁵.

O parágrafo único do art. 8º da CLT dispõe que “o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios deste”. Direito comum é “tanto o Direito Civil como o Comercial”. As normas desses ramos do Direito são, portanto, “fontes integrativas das lacunas do Direito do Trabalho”. Para a aplicação subsidiária torna-se necessária a existência de dois requisitos: que não haja incompatibilidade com o Direito do Trabalho e ocorra omissão da norma trabalhista⁴⁶.

A doutrina, no entanto, parece inclinar-se no sentido de considerar que “a presunção não é meio de prova, nem fonte desta”. Não se tratando de meio de prova, não seria admissível que a lei regulasse sua aplicabilidade, “pois, sendo um mecanismo da inteligência do Magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar”⁴⁷.

Pode-se dizer, contudo, se se quiser salvar a dicção normativa,

“que o legislador autorizou expressamente a prova indiciária”. É que, em sentido lato, pode-se afirmar “que o indício é um meio de prova, já que a partir dele se elabora a presunção judicial”⁴⁸.

As presunções classificam-se em: a) simples, comuns, *de homem* ou *hominis*; e b) legais, que podem ser absolutas, peremptórias ou *iuris et de iure*, ou condicionais, relativas, disputáveis ou *iuris tantum*. As presunções simples resultam do raciocínio do juiz, que as estabelece. Vale dizer, “forma-se na consciência do magistrado: conhecido o indício, desenvolve o raciocínio e estabelece a presunção”. Por sua própria natureza, as presunções simples “valem pelo poder de convicção que infundem ao juiz”. As presunções legais, no entanto, resultam do



raciocínio do legislador, que as consagra em

45 DINIZ, Maria Helena. Comentário ao artigo 212 do Código Civil Brasileiro. In SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). Código civil comentado. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 188 e 190.

46 MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 58 e 60.

47 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. V. 2. p. 57.

48 Idem.

textos legais. Essas presunções estabelecem como verdade os fatos presumidos, “tornando a sua prova irrelevante”. As presunções legais absolutas ou *iuris et de iure* não admitem prova em contrário, ou seja, “a conclusão extraída pela lei é havida como verdade indisputável”. As presunções legais relativas ou *iuris tantum* são aquelas “que a lei estabelece como verdade até prova em contrário”. Isso quer dizer que “o fato é havido como ocorrido até que se prove o contrário”⁴⁹.

A presunção, em verdade, está muito mais perto “do raciocínio judicial do que da prova”, compreendida essa em sua acepção tradicional de “meio destinado a demonstrar a verdade de um fato”. Embora a presunção apoie-se no indício e na prova indiciária, “não existe sem o raciocínio judicial”. Desse modo, o raciocínio judicial estaria longe de “poder configurar meio de prova”. Quando o juiz raciocina, porém, a partir do fato indiciário, “para chegar a uma conclusão, que é a presunção, também é preciso distinguir raciocínio presuntivo e presunção”. Assim, se a presunção é o resultado do raciocínio, “e não o mecanismo que o admite”, e nesse está incluído o raciocínio judicial, “esse mecanismo somente pode ser a fonte da presunção, e não a presunção em si mesma”⁵⁰.

O conceito de presunção, dessa forma, resulta “do raciocínio formado a partir do indício e da prova judiciária”. Não se pode confundir, entretanto, com “o juízo a respeito da procedência ou da improcedência do pedido”. É a presunção um elemento para a formação

do juízo, eis que ao lado dela “podem existir outras presunções ou mesmo provas de fatos diretos”⁵¹.

Os elementos básicos da presunção são os fatos, “quer o conhecido, quer o desconhecido, e o nexos causal que se estabelece entre ambos”. Geralmente, o juiz busca o conhecimento do próprio fato alegado pelas partes no processo. Entretanto, um dos seus caminhos é o conhecimento direto do próprio evento; diversa forma consiste em chegar ao fato por meio de outra situação conhecida, em típico conhecimento mediato⁵².

Na área do Direito do Consumidor observa-se situação parecida. Vale dizer, sendo a prova impossível ou muito difícil ao consumidor, e possível, ou mais fácil, ao fabricante ou fornecedor, “a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do art. 333 do CPC, incumbiria ao autor”. Não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar, na sentença, “a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar”. Ressalta-se, contudo, que somente a dificuldade de produção de prova “caracterizada pela peculiar posição do consumidor (ou a hipossuficiência) pode dar base à inversão do ônus da prova na audiência preliminar”⁵³.

Além das dimensões subjetivas, o

49 Ibidem, p. 59-62.

50 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102-103.

51 Idem.

52 PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

53 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 196-197.

princípio da igualdade também possui uma dimensão objetiva, isto é, “vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional”⁵⁴.

Coloca-se, assim, em relação a esse princípio, o problema de saber se tem “relevância entre particulares”. Relaciona-se essa questão com outro “leque problemático”, o da “eficácia dos direitos fundamentais na ordem privada”⁵⁵.

Associada ao princípio da não discriminação social, a dimensão objetiva do princípio da igualdade ganha nos últimos anos (final do século XX, início do XXI) novos conteúdos. Nesse sentido coloca-se o problema de saber se “em nome do combate contra doenças transmissíveis (ex. SIDA) ou contagiosas (tuberculose, hepatite) poderão ou não fazer-se testes compulsivos”⁵⁶.

Na hipótese de resposta afirmativa, surge a questão de determinar o critério constitucionalmente adequado: “o critério da universalidade ou o critério da seletividade”. Segundo J. J. Gomes Canotilho, “só o critério da universalidade garante que um simples teste não se transforme na etapa primeira da discriminação e da violação do princípio da igualdade”⁵⁷.

Considera esse doutrinador, em termos práticos, que o teste da AIDS possa e deva ser feito, exemplificativamente, “a todos que

deem entrada num hospital, sejam recrutados para as Forças Armadas ou frequentem estabelecimentos de ensino”. Naturalmente que, nessa situação, “a identificação dos afetados deve rodear-se das garantias constitucionalmente impostas quanto ao segredo de privacidade e tratamento de dados pessoais”⁵⁸.

Ao discorrer sobre o tema do assédio moral (tema muito próximo ao do portador do vírus HIV em suas perspectivas discriminatórias), Alice Monteiro de Barros ressalta a dificuldade da prova. Como a prova de algumas condutas configuradoras do assédio moral é muito difícil, incumbiria “à vítima apresentar indícios que levem a uma razoável suspeita, aparência ou presunção da figura em exame”. Por seu turno, o demandado “assume o ônus de demonstrar que sua conduta foi razoável, isto é, não atentou contra qualquer direito fundamental”⁵⁹.

Segundo essa autora, nessa direção se orienta a recente legislação francesa sobre o tema (art. 122-52 do Código do Trabalho). Revela a experiência, conforme a autora citada, que se não existir a adequada distribuição da carga probatória, “a normativa a respeito da temática não se tornará efetiva e permanecerá no terreno da declaração de boas intenções”⁶⁰.

Tendo em vista a dificuldade de quem se diz assediado comprovar o tratamento discriminatório sofrido, o que poderia inviabilizar a efetivação do princípio (da não discriminação), sugere a doutrina a inversão

54 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria geral da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 405.

55 Idem.

56 Idem.

57 Idem.

58 Idem.

59 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 8. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2012. p. 743.

60 Idem.

desse ônus (princípio da aptidão para a prova) em Código-Tipo do Direito do Trabalho para a América do Sul⁶¹.

No direito estrangeiro verificamos o sentido do vocábulo *presunção*. O Código Civil italiano considera como presunções “as consequências que a lei ou o juiz deduz de um fato notório, para resolver um fato ignorado” (art. 2.788). O Código Civil português reconhece como presunções “as ilações que a lei ou o julgador tira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido (art. 349)”⁶².

Para Sergio Pinto Martins, a presunção não é meio de prova, é uma espécie de raciocínio lógico. Parte-se, na presunção, “de um fato conhecido para outro desconhecido, mediante raciocínio indutivo”⁶³.

Situação idêntica apresenta-se no direito português, onde se entende que “o encargo da prova cabe à parte que se encontra em melhor situação para a produzir”, nesse sentido constituindo “um estímulo para que a prova seja produzida pela parte que mais perfeitamente pode auxiliar a descoberta da verdade”⁶⁴.

Explicitando o significado das presunções

61 SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. In PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina. São Paulo: LTr, 1996. p. 184. (p. 182-198) e BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. 8. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2012. p. 751.

62 MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 359.

63 Idem.

64 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O ônus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina, 2002. p. 366.

contidas em Súmulas do TST, Manoel Antonio Teixeira Filho assegura pertencerem “à classe das legais ou das simples”. Quando a Súmula, em tese, limita-se a repetir o comando da lei, variando, apenas, a literalidade, é inegável “que deverá ser classificada como legal a presunção nela expressa”, pois, nesse caso, “a Súmula constitui meramente uma membrana diáfana, sob a qual repousa o texto da lei”⁶⁵.

Considera esse autor, no entanto, que as Súmulas trabalhistas, versando tanto sobre direito material quanto processual, “derivaram de interpretações das normas legais correspondentes às matérias de que tratam”. Por essa razão, “refletem presunções simples”, uma vez que não possuem natureza legal, embora “resultantes de uma jurisprudência uniforme”⁶⁶.

Possuem, portanto, as Súmulas do TST, “feição de presunções comuns”, uma vez oriundas de “raciocínios dos julgadores”, que, partindo de fatos conhecidos, “induziram a existência ou a veracidade de outros fatos, ignorados ou duvidosos”⁶⁷.

Pode o juiz “recusar-se a fazer incidir a Súmula em determinado caso concreto”, quando discordar da “presunção que a ela conduz”. Pode-se ver que isso não lhe seria permitido “se se tratasse de presunção estabelecida por lei”. Quando o juiz decide em consonância “com orientação contida em Súmula, a presunção que daí advier não deixa de ser do Juiz, ou seja, simples”. Como se sabe, não tendo a Súmula do

65 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003. p. 431.

66 Ibidem, p. 431-432.

67 Ibidem, p. 432.

TST eficácia constrictiva do convencimento do juiz, “resulta inequívoco que ela é produto de sua liberdade racional”⁶⁸.

Indica o mencionado autor algumas Súmulas do TST que versam sobre presunção, como as de números 12, 16, 20, 26 e 43⁶⁹.

Havia uma forte corrente jurisprudencial, anteriormente à edição da Súmula pelo TST, que se inclinava no sentido de presumir “discriminatória e arbitrária a dispensa do portador do vírus HIV, ainda que assintomático”⁷⁰.

A cristalização do entendimento do TST sobre o tema servirá de parâmetro importante para equacionar o relacionamento empresa-trabalhador. Igualmente orientará os Juízes do Trabalho nessa luta permanente contra os atos discriminatórios, especialmente quando decorrerem de doenças dos trabalhadores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a epidemia do HIV/AIDS veio uma enorme carga de preconceito e discriminação relacionados às características das pessoas que mais eram contaminadas pelo vírus no início da década de 80: homossexuais, prostitutas e viciados em drogas injetáveis.

O preconceito e a discriminação chegaram ao local de trabalho, fazendo com que muitos trabalhadores soropositivos fossem dispensados por serem portadores do vírus ou por desenvolverem a doença.

68 Ibidem, p. 432.

69 Ibidem, p. 432.

70 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed., rev. atual, São Paulo: LTr, 2012. p. 951.

A peculiaridade do sistema jurídico brasileiro de considerar a dispensa sem justa causa lícita criou dificuldades para se verificar quando, efetivamente, a dispensa era discriminatória.

A ausência de lei específica proibindo a dispensa discriminatória do trabalhador soropositivo criou, inicialmente, dificuldades hermenêuticas refletidas na doutrina.

O vazio legislativo foi preenchido pelos tratados internacionais, sobretudo a Convenção nº 111 da OIT e pela capacidade da jurisprudência brasileira mostrar-se receptiva a um direito universal do trabalho.

A Recomendação nº 200 da OIT cumpre relevante papel nesse trajeto hermenêutico, pois cunhou importantes princípios que escoram as decisões da Justiça do Trabalho brasileira.

A Súmula nº 443 do TST consagra, com rara felicidade, a evolução da jurisprudência mas, principalmente, do próprio Direito do Trabalho, pois centra na pessoa humana seu principal foco.

7 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. p. 36-76.

_____. AIDS NO LOCAL DE TRABALHO UM ENFOQUE DE DIREITO INTERNACIONAL E

COMPARADO. www.apej.com.br/artigos/doutrina_amb_01.asp, acesso em 4/12/2012.

BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, **Revista LTr**, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003. p. 1249-1252.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012, p. 132-133.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélío Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria geral da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. V. 2.

DINIZ, Maria Helena. Comentário ao artigo 212 do Código Civil Brasileiro. In SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). **Código civil comentado**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 188-190.

GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. **A dispensa ou a violência do poder privado**. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009. p. 118.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 327-328.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO. Genebra: OIT, 2010. p. 10.

REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010.

SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. In PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). **Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 1996. p. 182-198.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851, 9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 12.out.2012.

SGARBE, Vinícius. **Veículo G1**, circulação nacional, p. 30.06.2011.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola e SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Da limitação do poder de despedir** – aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. Revista LTr, Vol. 74, nº 02, fevereiro de 2010. p. 242-250.

SUGUIMATSU, Marlente Terezinha Fuverki. HIV e AIDS no ambiente laboral: visibilidade, discriminação e tutela jurídica de direitos humanos. In BARACAT, Eduardo Milléo (org.), **Tutela jurídica do trabalhador soropositivo**. No prelo.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003.

TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. **O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa**: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba,

Curitiba, 2012. p. 90-91.

VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

Publicado originalmente In: Baracat, Eduardo Milléo, (coord.). **Tutela jurídica do trabalhador soropositivo**. São Paulo : Clássica, 2013. p. 231-253

O DESCONHECIMENTO DO EMPREGADOR E A PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DO OBREIRO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Aline Carbeiro Magalhães e Cybele Rennó Leite

O DESCONHECIMENTO DO EMPREGADOR E A PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DO OBREIRO PORTADOR DO VÍRUS HIV

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, em determinados momentos do tempo e espaço, os homens foram escolhendo um rol de direitos imprescindíveis a uma vida minimamente digna e “os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação” (COMPARATO, 2001, p.26).

Dentre eles, podemos citar o direito e princípio da igualdade ou não discriminação que, por ser essencial, encontra guarida em âmbito internacional e pátrio, sendo caracterizado como direito humano fundamental.¹

1 Parte da doutrina costuma fazer uma diferenciação entre Direitos Humanos, que seriam aqueles consagrados em âmbito internacional, e Direitos Fundamentais, que seriam os direitos positivados no âmbito interno, por meio das Constituições. Neste sentido assevera Sarlet “em que pese sejam

De acordo com o art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo os mesmos direitos, sem qualquer discriminação. No mesmo sentido, o art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) estabelece o princípio da igualdade entre as pessoas e veda a discriminação.

A Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1965, veda a discriminação no acesso ao emprego, à formação profissional, bem como nas condições de trabalho, por motivo de preferência sexual, opinião ou origens sociais.

Em âmbito interno, a Constituição

ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (SARLET, 2009, p. 29).



Aline Carbeiro Magalhães

Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Curso de Direito da Faculdade Governador Ozanam Coelho, Ubá-MG. Advogada.



Cybele Rennó Leite

Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

da República de 1988 (CR/88), já em seu Preâmbulo, faz referência à igualdade como um valor supremo da sociedade brasileira.

Ela também foi consagrada como direito individual fundamental – art. 5º, caput –, direito social fundamental – art. 7º, XXX, XXXI e XXXII – e objetivo fundamental da República – art. 3º, IV. Neste inciso, ainda, foram indicados expressamente alguns fatores discriminatórios não tolerados, a saber, origem, raça, sexo, cor e idade.

Várias leis infraconstitucionais também se ocupam da temática e, na seara laboral, podemos identificar previsão na CLT – art. 5º, 373-A e 461 – e na Lei nº 9.029/95, cujo art. 1º proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

A despeito do farto amparo legal dado ao tema, ainda hoje, em pleno século XXI, marcado por tanta modernidade e sofisticação, pela intensa globalização, pelo incremento da tecnologia, dos meios de comunicação e transporte, pelo encurtamento de distâncias e quebra de barreiras promovidos pela internet, deparamos-nos, diuturnamente, com situações de discriminação que ofendem diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e, em alguns casos, o princípio do valor social do trabalho, ambos consagrados na Norma Fundamental.

Como exemplo, podemos citar aquela praticada contra a pessoa portadora do vírus da

imunodeficiência humana (HIV)². Este, apesar de fazer parte da nossa realidade há algumas décadas e ser objeto de avançadas pesquisas na busca da cura ou melhora na qualidade de vida do doente e de amplas campanhas de informação e conscientização, ainda é alvo de muito preconceito.

A discriminação é identificada em diversas situações, dentre as quais chamamos a atenção para aquela praticada contra o portador do vírus do HIV no mercado de trabalho.

A pessoa nesta situação, em regra, fica psicologicamente abalada³ e sofre com os sintomas da doença⁴ e, nestes casos, provavelmente terá dificuldades em se manter no emprego ou empregar-se, fato que pode

2 Importante salientar que ter o vírus HIV não é a mesma coisa que ter a AIDS. Há muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença, mas, podem transmitir o vírus. Em torno de 5 a 15% das pessoas que têm o vírus não manifestem a doença. Os outros 85% começam a manifestá-la em média à partir de 7 a 10 anos. Disponível em: <http://vhiver.org.br/home/index.php/tudo-sobre-o-hiv>. Acesso em: 15/01/2014.

3 De acordo com informação disponível no site do Grupo Vhiver, a depressão é comum no início do tratamento, mas geralmente passa com o tempo. Entretanto, em alguns casos o problema persiste, comprometendo o tratamento da doença, pois o paciente não tem vontade de ir ao médico, fazer atividade física, tomar os remédios, etc. Disponível em: <http://vhiver.org.br/home/index.php/tudo-sobre-o-hiv>. Acesso em: 15/01/2014.

4 Ainda de acordo com informação disponível no mesmo site, os sintomas mais comuns são problemas crônicos como cansaço, febre no final do dia, perda de peso, diarreia crônica, tosse, dinamia (fraqueza generalizada), dor no corpo, pneumonia de repetição, sapinho na boca ou no esôfago, tuberculose pulmonar de forma não convencional e meningite. O uso dos medicamentos antirretrovirais gera efeitos colaterais como enjôo, vômito, dor de cabeça, diarreia e náusea. Os sintomas, com a continuidade do tratamento, desaparecem, mas a longo prazo, pode haver alterações do perfil da gordura e de glicose do paciente, que pode apresentar um princípio de diabetes, colesterol muito alto e lipodistrofia (ou lipoatrofia). Os efeitos colaterais podem diminuir tendo o paciente uma vida saudável. Disponível em: <http://vhiver.org.br/home/index.php/tudo-sobre-o-hiv>. Acesso em: 15/01/2014.

agravar seu estado de saúde e emocional.

Neste contexto surge a discussão sobre a legitimidade da dispensa do obreiro portador do vírus HIV e se o desconhecimento do empregador é fator determinante para a caracterização da ruptura do vínculo como não-discriminatória dentro da sistemática atual em que lhe compete o ônus desta prova – Súmula 443 do TST.

No presente trabalho, em primeiro lugar, traremos uma noção geral acerca dos princípios da igualdade ou não-discriminação, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e proporcionalidade. No tópico seguinte abordaremos a questão do poder empregatício para, por fim, analisarmos se o desconhecimento do empregador do estado do obreiro seria óbice à caracterização da dispensa como discriminatória.

Tudo para que ao final possamos concluir que o tema deve ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o magistrado examinar com profundidade as demais provas produzidas nos autos de modo a harmonizar a proteção ao obreiro como forma de concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho e o poder empregatício.

2 NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU NÃO DISCRIMINAÇÃO

A igualdade e a diferença caminham lado a lado. Podemos dizer que há “uma igualdade fundamental, que nos insere na espécie humana, e há uma desigualdade, também fundamental, que nos põe como indivíduo e como pessoa” (PASSOS, 2002, p.1). A igualdade

e a não discriminação são as duas faces da mesma moeda, na medida em que uma traz uma ideia positiva, de tratar a todos da mesma maneira, e uma ideia negativa, de não dispensar tratamento diferenciado injustificado.⁵

Este princípio decorre da lição de Aristóteles⁶ de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, o que faz surgir a necessidade de criar diferenciações lícitas e aceitáveis, de cunho compensatório em relação a aspectos e motivos específicos, para que, materialmente, as pessoas sejam iguais. “O princípio da igualdade, conseqüentemente o de não discriminação, reclama um fator externo, necessário à convivência humana, para nivelar, em termos de vantagens e encargos, homens diferenciados cultural e economicamente” (PASSOS, 2002, p.1).

A igualdade tem uma importância majorada dentro do sistema jurídico contemporâneo, podendo ser considerada “bem mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas

5 De acordo com J. J. Calmon de Passos (2002) “cuidar do princípio de não discriminação envolve, necessariamente, a reflexão sobre o princípio da igualdade. Discriminar, que vernaculamente significa diferenciar, distinguir, estabelecer diferença, importa, para revestir-se de conteúdo negativo, que se pressuponha um veto a esse procedimento, vale dizer, que se tenha imposto o não diferenciar, não distinguir nem estabelecer diferença, o que em última análise, se traduz, positivamente, na obrigatoriedade de se dispensar a todos igual tratamento”. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2990/o-principio-de-nao-discriminacao#ixzz2sGJOi9SO>. Acesso em: 19/01/2014.

6 Neste sentido Pedro Lenza (2013).

jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental” (ROCHA, 1990, p. 118).

Nas palavras de J. J. Calmon de Passos o princípio da igualdade consiste:

[...] na procura e definição dos fatores externos mediante os quais se pode ter uma “moeda” política que permita igualar homens essencialmente diferentes, sob inúmeros aspectos, tanto biológica quanto psicologicamente, tanto em termos materiais quanto em dimensão cultural. A discriminação é a utilização de “moeda falsa” para esse intercâmbio jurídico-político, que está vetado pelo princípio de não discriminação. (PASSOS, 2002, p.1).⁷

Em contrapartida, a discriminação, de acordo com Maurício Godinho Delgado 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. (DELGADO, 2000, p.97).

A sociedade democrática tem como uma de suas características ser inclusiva, em

7 Ainda de acordo com o autor (2002, p.1), “a Corte européia dos Direitos do Homem definiu como discriminação desautorizada aquela a que falte uma justificação objetiva e razoável. Assim, seria admissível quando perseguindo um fim legítimo, se também existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado. Entendeu-se também haver discriminação desautorizada quando um indivíduo ou um grupo, sem justificação adequada, se vê menos bem tratado que um outro, mesmo quando o texto da Convenção não imponha o tratamento mais favorável”.

contraponto às sociedades antigas marcadas pelo signo da exclusão social (DELGADO, 2000). Entretanto, tal característica convive com o fato das pessoas, em diversos aspectos, serem ainda bastante preconceituosas e, com isto, segregadoras.

Para buscar alterar este estado de coisas é que se positivou no ordenamento jurídico o princípio da igualdade, bem como a cominação



de punição para atos discriminatórios. Entretanto, a concretização daquela norma pressupõe a prática de um comportamento

ativo.⁸ Neste sentido, podemos citar a súmula 443 do TST, que criou uma presunção favorável ao obreiro portador do vírus HIV quando dispensado.

3 NOTAS SOBRE OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VALOR SOCIAL DO TRABALHO

Foi em decorrência das atrocidades cometidas contra o ser humano, em especial no período das grandes guerras, que se percebeu a necessidade de reconhecer a dignidade humana como um valor e princípio fundamental.

No plano internacional este valor foi efetivamente reconhecido por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo identificado como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Sobre o conceito de dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet, assevera que:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável,

⁸ Neste sentido Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996).

além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da próxima existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2008, p.62).

No plano nacional, a Constituição brasileira de 1998 deixou claro ser o princípio da dignidade humana um dos fundamentos da República e o fim maior de todo o ordenamento jurídico. Entretanto, já em 1946, a Norma Fundamental⁹ fazia referência à dignidade, que estava diretamente vinculada ao trabalho. Segundo Ledur (1998, p.24) “a primeira forma de referência à dignidade humana em texto constitucional brasileiro ocorreu de forma associada ao trabalho.”

A importância dos princípios no ordenamento jurídico foi analisada por Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem princípio é:

[...] mandamento nuclear de um [sistema](#), verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a [lógica](#) e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a

9 Art. 145 – CR/46: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 1996, p. 545).

A partir deste conceito, conclui-se que a dignidade humana é um princípio maior a partir do qual todas as normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas, servindo, inclusive, como norma, ou seja, determinado que um caso concreto pode ser decidido sob seu fundamento.¹⁰

Nesta ordem de ideias, ele se apresenta como centro dos direitos humanos fundamentais e da legislação em sentido *lato*, estando diretamente ligado à temática que versa sobre a dispensa discriminatória do empregado portador do vírus HIV. Além de a dignidade humana ir ao encontro do princípio da igualdade, ela é o fundamento para se proteger o obreiro que se encontra em um momento tão delicado, no qual se manter empregado pode ser um fator muito importante no tratamento da doença e no combate aos males psicológicos e físicos dela decorrentes.

Paralelamente, a Constituição prevê o princípio do valor social do trabalho que também se caracteriza por ser fundamento da nossa República. Por meio da sua concretização, ao lado da melhoria das condições sociais do

10 A partir, principalmente, das teorias de Dworkin e Alexy, os princípios passaram a exercer um novo papel (além das funções informativa, interpretativa e supletiva) no Direito, sendo agora, considerados norma, ao lado das regras. Estes autores desenvolveram ampla teoria acerca dos princípios, conceituando e diferenciando-os das normas.

trabalhador, é possível conferir ao obreiro meios para gozar de uma vida melhor, possibilitando, em última análise, a diminuição das desigualdades, pobreza e exclusões.

O princípio do valor social do trabalho diz respeito à função que este exerce na sociedade, ou seja, é por meio do trabalho prestado com respeito ao Direito do Trabalho que a maioria das pessoas, destituídas de riqueza, têm a oportunidade de, além de prover seu sustento próprio e o de sua família, melhorar a sua condição de vida e estar inseridas no sistema de produção e consumo.

É por meio dele que se pode prover uma educação e saúde de melhor qualidade, adquirir bens, ocupar um espaço socialmente reconhecido, realizar projetos e, conseqüentemente, desfrutar de um padrão de vida digno e humano. Ele permite a inserção do cidadão neste contexto social e gera sua afirmação. Nesta ordem de idéias, aduz Maurício Godinho que:

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. (DELGADO, 2004, p.36).

O princípio do valor social do trabalho efetiva-se na medida em que este propicia, de

alguma maneira, uma condição de vida melhor ao obreiro e esta ideia também vai ao encontro da importância da manutenção do posto de trabalho em um momento delicado em que o trabalhador convive com o vírus HIV.

O desemprego, nesta situação, implica não só perda financeira¹¹, mas, principalmente, uma forma de exclusão e segregação do obreiro o que pode comprometer seu estado emocional e tratamento da doença. Nas palavras de Luiz Otávio Linhares Renault:

De todas as discriminações talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário não há como enfrentar-se com dignidade a doença terminal. E o círculo vicioso não pára aí. Na crise atual, obter novo emprego é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS [...]. (RENAULT, 2000, p.128).

Percebe-se, pois, que a manutenção do emprego do trabalhador portador do vírus HIV é uma das formas de concretizar os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, permitindo que ele goze de uma vida normal, ou o mais perto possível disto durante o período em que vive com a doença.

11 Neste aspecto vale lembrar o cabimento de benefício previdenciário auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez diante do cumprimento dos requisitos legais para sua concessão.



4 NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Razoável, para Luís Roberto Barroso, é “o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar” (BARROSO, 2000, p.29).

O princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade)¹² tem estreita relação

com a busca da justiça em um caso concreto, representando a “superação da rigidez de nosso tradicional normativismo por um princípio que não refoge à dogmática convencional, mas que a esta oferece o temperamento da busca da melhor solução da lide” (BARROSO 2000, p.28).

Ele é utilizado como instrumento de harmonização de interesses que estejam em conflito em determinado caso concreto, ditando que a relação entre o fim buscado e o meio utilizado deva ser proporcional, adequada e não-excessiva. O princípio da proporcionalidade,

[...] pelo simples fato de admitir que determinado direito fundamental possa ser violado desde que o ato transgressor cumpra os requisitos

12 O princípio da proporcionalidade nasceu do Direito Administrativo, referindo-se “primitivamente ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como uma medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Posteriormente, o princípio, também conhecido por princípio da proibição do excesso, foi erigido à condição de princípio constitucional em várias culturas jurídicas [...]” (VIDAL, 2006, p.13-28), ainda que sem previsão constitucional expressa. “Como se trata de um superprincípio que, apesar de fomentado na esfera do Direito Constitucional, possui uma gama enorme de aplicação, seja no Direito Administrativo, seja no Direito Penal, e também no Direito Processual Civil ou Trabalhista” (VIDAL,

2006, p. 28).

de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, está, nada mais, nada menos, permitindo que se pondere entre duas expectativas de direito antagônicas. (VIDAL, 2006, p.16).

O princípio da razoabilidade pode ser aplicado à temática - dispensa do portador do vírus HIV -, em que de um lado deve-se promover os princípios da dignidade do obreiro e do valor social do trabalho por meio da não discriminação deste empregado e, de outro, respeitar o exercício do poder diretivo patronal ante o seu desconhecimento do estado de saúde do obreiro. Neste contexto, assevera Marcelo Furtado Vidal:

[...] o princípio da proporcionalidade foi originalmente concebido para equacionar conflitos no plano vertical, isto é, a titularidade do direito fundamental pertence ao indivíduo que a exerce contra o Estado ou o direito fundamental corresponde a uma obrigação ou uma proibição a cargo do Estado. Mas com a gradativa consolidação do Estado Social, os direitos humanos fundamentais se projetaram também no âmbito das relações particulares. E essa eficácia horizontal consistirá no palco onde, doravante, ocorrerão os embates entre, de um lado, os direitos humanos fundamentais dos trabalhadores e, de outro lado, o poder de direção do empregador. (VIDAL, 2006, p.25).

Podemos entender que se o empregador, tendo ciência da doença, dispensa o empregado,

claro fica, em regra,¹³ o ato discriminatório, pois a ruptura do contrato gerou uma desigualdade injustificada, ou seja, o fator que lhe motivou é puramente preconceituoso.

Entretanto, a dúvida surge quando ele não tem ciência de que o obreiro é portador do vírus HIV e coloca fim no vínculo empregatício por meio do exercício regular do seu poder diretivo, ocorrendo a ruptura contratual como algo inerente à dinâmica empresarial e à liberdade patronal (art. 170 da CR/88).

5 O PODER EMREGATÍCIO

Se por um lado os riscos do empreendimento correm por conta do empregador – princípio da alteridade previsto no art. 2º da CLT – e isto lhe gera um encargo grande, por outro, a lei lhe confere o poder de organizar, controlar e disciplinar a prestação de serviços, o que, ainda, justifica a subordinação jurídica do empregado, um dos elementos fático-jurídicos que caracteriza a relação de emprego.

O empregador, detentor do direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da CR/88), tem o poder de determinar o modo como o trabalho deve ser realizado, aplicar penalidades ao obreiro que descumprir as normas legais, convencionais ou contratuais e ainda dispensá-lo de forma injustificada¹⁴ ou

13 Dizemos em regra porque o empregador pode ter ciência e dispensar o empregado como medida necessária tendo em vista a natureza do trabalho prestado que pode oferecer risco de contágio para outro trabalhador ou para terceiros. Ainda, ele pode saber da doença, mas, dispensar o obreiro depois de anos de prestação de serviços. Nestes casos, quer parecer legítima a dispensa.

14 A Constituição, de acordo com o art. 7º, I, veda a

justificada, quando não tem mais interesse na prestação de serviços ou ele incorre em alguma falta prevista em lei, respectivamente.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2009, p.590) o poder empregatício é conceituado como “o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego” e pode ser dividido em poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar.

Por meio do poder diretivo o empregador dirige a forma como a prestação de serviços deve ser feita, organizando a estrutura e o espaço empresarial.

O poder regulamentar, expressão do poder diretivo, é exercido por meio da fixação de regras gerais a serem observadas no curso da relação empregatícia pelo trabalhador.

O poder fiscalizatório é o fundamento para que o empregador controle a forma da prestação de serviços pelo empregado, cuidando para que ele observe as normas, ordens, diretrizes e procedimentos aplicáveis a sua função. Ele justifica medidas como o

[...] Por meio do poder diretivo o empregador dirige a forma como a prestação de serviços deve ser feita, organizando a estrutura e o espaço empresarial [...]

“controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas” (DELGADO, 2009, p.594).

Por meio do poder disciplinar o empregador pode aplicar de maneira razoável penalidades ao empregado que não observe as normas que se apliquem a atividade exercida, sendo elas a advertência verbal ou escrita, a suspensão e a dispensa por justa causa.

Cumprido ressaltar que o exercício do poder diretivo não é irrestrito, encontrando limites no próprio ordenamento jurídico, especificamente, nos princípios, direitos e garantias fundamentais do trabalhador.

6 O DESCONHECIMENTO DO EMPREGADOR E A CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA DA DISPENSA

A discriminação do trabalhador portador do vírus HIV lhe gera deletérios efeitos e o seu desemprego, além de agravá-los, pode atuar como forma de segregação e isolamento em um momento delicado.

Tal hipótese deve ser analisada em conjunto com o nosso contexto normativo que está sob a égide da Constituição de 1988 e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, sendo este, inclusive, a base da ordem econômica e social.

Em harmonia com estes parâmetros e levando-se em conta a dificuldade do obreiro

dispensa arbitrária ou sem justa causa, entretanto, tal norma, infelizmente, ainda não é aplicada porque carece de lei regulamentadora. Sobre o tema vide o artigo intitulado “A eterna questão da garantia de emprego” escrito em co-autoria por Aline Carneiro Magalhães e Clarissa Cançado de Lara Resende publicado nos Anais do Conpedi, 2011.

em produzir prova sobre a discriminação, após a apreciação de diversas demandas que versavam sobre a dispensa de trabalhador portador do vírus HIV, o TST editou em 2012, a súmula 443, *in verbis*:¹⁵

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.
RESUNÇÃO. EMPREGADO
PORTADOR DE DOENÇA GRAVE.
ESTIGMA OU PRECONCEITO.
DIREITO À REINTEGRAÇÃO:
Presume-se discriminatória
a despedida de empregado
portador do vírus HIV ou de
outra doença grave que suscite
estigma ou preconceito. Inválido
o ato, o empregado tem direito à
reintegração no emprego.¹⁶

A prova da discriminação é muito difícil de ser produzida, motivo pelo qual a

15 Ainda sobre o tema a OJ 142 da SDI-II do TST: MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA: 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 8.878/94, 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.

16 Estêvão Mallet (2010, p.36) fazendo o estudo do assunto na legislação de outros países informa que em Portugal há norma expressa que veda a discriminação por motivo de doença crônica (a exemplo da AIDS). Segundo o autor, preceitua o art. 23, nº: 1, do Código do Trabalho de Portugal, que trata da proibição da discriminação: “O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, baseada nomeadamente na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”. (grifos nossos).

jurisprudência acabou criando uma presunção favorável ao obreiro, invertendo, assim, o ônus estipulado no art. 818 da CLT (e art. 333 do CPC). Para evitar o perecimento do direito material controvertido, utiliza-se desta técnica, impondo o encargo a quem tem melhores condições para dele se desincumbir.

A inversão do ônus da prova é técnica que promove o citado princípio da igualdade, na medida em que leva em consideração as desigualdades materiais existentes entre empregado e empregador no que tange à capacidade de produzir provas. De acordo com Gustavo Carvalho Chehab:

No caso de discriminação, o empregador, normalmente, tem maiores condições de produzir a prova, por isso é razoável exigir-lhe que a produza,

mesmo que, comodamente, tenha optado por negar o fato constitutivo do direito. Ele pode demonstrar em juízo o tratamento igual dispensado entre seus empregados, candidatos a empregos, demitidos ou promovidos. (CHEHAB, 2010, p.61).

Entretanto, a produção de uma prova negativa pelo empregador também é algo difícil, devendo ele demonstrar que a dispensa ocorreu como algo inerente à relação empregatícia e dentro dos limites do seu poder diretivo.

Um fator que deve ser levado em consideração é o desconhecimento do estado em que se encontra o obreiro, pois quando

o empregador não tem ciência de que seu funcionário é portador do vírus HIV e coloca fim ao vínculo empregatício por motivos de ordem técnica ou econômica, por não estar respondendo bem o obreiro às expectativas patronais, quer parecer ser legítima a dispensa.

O desconhecimento aliado a outros fatores, como, por exemplo, término do contrato por prazo determinado, implementação de nova tecnologia na empresa, dispensa após longo lapso temporal do retorno previdenciário ou não adaptação do obreiro à função, devem ser considerados na análise do caso concreto.

A presunção de ato discriminatório pode ser afastada se houver prova concludente e decisiva em contrário, tais como fatores de ordem disciplinar, econômica, tecnológica ou financeira, devendo o julgador sopesar todo o conjunto probatório existente nos autos.

Neste contexto, o desconhecimento do empregador é um fato que deve ser levado em consideração quando da análise do caso concreto e o princípio da razoabilidade deve ser instrumento de harmonização os princípios constitucionais da igualdade ou não-discriminação, dignidade humana e valor social do trabalho com o direito do empregador de conduzir a sua atividade privada.¹⁷

17 Cumpre salientar que não se pretende, em hipótese alguma, com o uso do princípio da razoabilidade promover a precarização e a flexibilização dos direitos trabalhistas. Marcelo Furtado Vidal (2006, p.32) assevera que “proporcionalizar, razoabilizar e flexibilizar são expressões sinônimas, não sendo difícil concluir que o princípio da proporcionalidade, aplicado nas relações trabalhistas brasileiras, atende, prontamente, aos ditames da precarização de direitos”. O que se pretende é fomentar o debate sobre a (i) legitimidade da dispensa do empregado portador do vírus HIV que deve levar em consideração o contexto em que a ruptura contratual ocorreu. Aqui a discussão giraria em torno do que o autor chamou de “direitos trabalhistas

Por fim, cumpre ressaltar que a AIDS “nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos doentes, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho” (RENAULT, 2000, p.129), o que é, inclusive, desejável e necessário.

7 CONCLUSÃO

Apesar de vivermos em um momento marcado pelos avanços tecnológicos, modernidade e sofisticação, ainda nos deparamos diuturnamente, como atos arcaicos, como aqueles discriminatórios.

Em diversas situações, pessoas recebem tratamento diferenciado sem qualquer justificativa aceitável, simplesmente em virtude de um preconceito.

Tal conduta não tem sido tolerada, em especial, porque vivemos sob a égide de uma Constituição que tem como fundamento os princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho e que também albergou o princípio da igualdade ou não discriminação como objetivo fundamental da República.

Na seara laboral, podemos identificar a discriminação praticada contra o portador do vírus HIV, que acaba sendo dispensado pura e simplesmente por este motivo, o que pode

inespecíficos” que seriam “direitos do trabalhador enquanto pessoa e cidadão, ou direitos da personalidade, como o direito à liberdade ideológica e religiosa; o direito à honra, à intimidade pessoal e à própria imagem; direito à liberdade de expressão; direito à liberdade de informação, etc” (VIDAL, 2006, p.34) e não em torno de “direitos mínimos de proteção”, como jornada e férias, que ficariam a salvo da proporcionalidade.

agravar seu estado emocional e de saúde, além de prejudicar seu tratamento, ferindo os citados princípios.

Diante de tal fato, o TST criou uma presunção favorável ao obreiro quanto à natureza da ruptura do vínculo empregatício, insculpida na Súmula 443.

Entretanto, cumpre ressaltar a necessidade de harmonização dos preceitos constitucionais e o direito do empregador de colocar fim à prestação de serviços, especificamente quando ele desconhece o estado de saúde do obreiro.

Se por um lado a lei determina que os riscos do empreendimento correm por conta do empregador, de outro ela lhe confere o direito de dirigir a prestação de serviços, dentro do qual se insere o direito de colocar fim ao contrato de trabalho.

Dentro deste contexto e com auxílio do princípio da razoabilidade, devem ser harmonizadas ambas as normas, a fim de tutelar o trabalhador em sua dignidade repelindo qualquer forma de discriminação sem, contudo desconsiderar a realidade patronal traduzida nas provas produzidas nos autos.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia da direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares Renault (coord). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

CHEHAB. Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 76,

nº 3, jul/set 2010, p.52-71.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares Renault (coord). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

_____, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2009.

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

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 17. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

PASSOS, J. J. Calmon de. O princípio da não discriminação. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2990/o-principio-de-nao-discriminacao>. Acesso em: 19/01/2014.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares Renault. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares

Renault (coord). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990.

_____, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>.

Acesso em 22/01/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Livraria do advogado Editora: Porto Alegre, 2009.

_____, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIDAL, Marcelo Furtado. Princípio da proporcionalidade de bens e direitos humanos fundamentais trabalhistas. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. v. 8, n. 15, Jan./Jun. 2006.

HIV E AIDS NO AMBIENTE LABORAL: VISIBILIDADE, DISCRIMINAÇÃO E TUTELA JURÍDICA DE DIREITOS HUMANOS

Marlene T. Fuverki Suguimatsu

1 INTRODUÇÃO

Abordar a visibilidade do HIV e da AIDS no espaço do trabalho e perante os órgãos institucionais que lhe dão tutela, sob o viés de seu percurso histórico e à luz da teoria dos direitos humanos é primordialmente o objetivo deste estudo. Para tal objetivo é indispensável, primeiro, considerar atentamente os significados dessa abordagem; segundo, evidenciar que a evolução por que passaram e passam as instâncias oficiais e alguns segmentos organizados da sociedade tende a uma visão social e humana do problema; por fim, reconhecer que o processo de amadurecimento humano, que hoje se reflete na atuação expressiva de organismos internacionais e internos do País, ainda conserva carências e convida a superar obstáculos e resistências.

Propõe-se, neste estudo, alinhar alguns entre tantos significados possíveis de se abordar o tema, que se distingue em relevância, complexidade e amplitude de



efeitos. Propõe-se, também, percorrer

Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR; Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR; Desembargadora Federal do Trabalho no TRT 9ª Região; Professora de Direito Material do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação do UNICURITIBA-Centro Universitário Curitiba e do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho da PUCPR;

o caminho desde o ponto em que a AIDS foi revelada pela comunidade científica como um gravíssimo problema de saúde e como foi seu enfrentamento no ambiente laboral, nas instâncias oficiais destinadas ao seu controle e proteção do portador, em especial o Poder Judiciário e a comunidade jurídica internacional. Objetiva-se analisar, ao final, os limites de atuação das instâncias oficiais e sua eficácia considerando as barreiras ainda presentes na sociedade e as possíveis formas de superação.

2 A ABORDAGEM DO TEMA E SEUS SIGNIFICADOS

Refletir sobre a condição dos portadores de HIV, especialmente quando envolve sua necessidade de inserção no espaço laboral, significa, essencialmente, reconhecer que se trata de uma questão de direitos humanos e que a tutela desses direitos, que se destinam, primeiro, ao “gênero humano mesmo”¹ – às pessoas, consideradas em seu valor

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

existencial supremo – é de valor inestimável. Significa afirmar que os direitos humanos, que refletem um construído axiológico a partir de um espaço simbólico de luta e ação social², e que ganharam reconhecimento em função do gradual desenvolvimento da consciência humana sobre uma nova racionalidade, são dotados de altíssimo teor de humanismo e de universalidade.

Pensar o tema à luz da teoria dos direitos humanos e da historicidade desses direitos³ implica reconhecer que a sua descoberta e formulação colocou a humanidade diante de um processo sem fim, de construção sempre inacabada, que pode se alargar na medida em que se desenvolve o processo universalista. Como expressou Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído,

2 PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

3 Afirma-se que os direitos humanos surgiram, na essência, como direitos do “homem livre e isolado”, que o indivíduo possui em face do Estado, como direitos de liberdade da pessoa particular, mas ganharam foros de universalidade quando a França exprimiu na Declaração de 1789 em três princípios o seu conteúdo possível: liberdade, igualdade e fraternidade. O passo seguinte seria inserir, na ordem jurídica positiva os conteúdos materiais relativos a aqueles postulados. Assim surgiram as três conhecidas gerações: direitos de liberdade, construídos no século XIX e considerados fundamentais de primeira geração, que abrangeram direitos civis e políticos; direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos, que no século XX constituíram os direitos de segunda geração; e a esses, a segunda metade do século XX acresceria uma nova dimensão, agora calcada no postulado da fraternidade, da solidariedade, o que derivou da consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Na perspectiva do indivíduo seriam direitos, por exemplo o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada, à moradia, hoje incorporados no art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988. Teóricos registram o que já formaria a quarta e a quinta gerações, que corresponderiam à institucionalização do Estado Social e abrangeriam, por exemplo, o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à paz.

uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução⁴ e enquanto reivindicações morais nascem quando devem e podem nascer⁵. Ainda, não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁶.

Com foco, ainda, na historicidade dos direitos humanos, analisar o tema central deste estudo implica admitir a concepção contemporânea do caráter de indivisibilidade desses direitos, o que torna superada a ideia de que uma classe de direitos sobrepõe-se a outra. Assim, os chamados direitos de liberdade, construídos no século XIX (direitos civis e políticos); os direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos, que surgiram no início do século XX; os que a partir da metade do século XX surgiram calcados nos postulados da fraternidade e da solidariedade e que na perspectiva do indivíduo, seriam, por exemplo, o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada; e os que contemporaneamente associaram-se à institucionalização do Estado Social e abrangem, por exemplo, o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à paz, todos são compreendidos como interdependentes e inter-relacionados⁷.

4 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979.

5 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 4.

6 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

7 Essa concepção, já contemplada na Declaração Universal de 1948, é reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que no art. 5º declara: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase (...)”. DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA,

Analisar a condição do portador do HIV, sob o enfoque proposto, significa extrair da Declaração de Direitos Humanos de 1948 a sua proposta jurídica mais genuína: a de proteger a dignidade da pessoa humana. Como defendeu Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos são processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta, pela particular manifestação da dignidade humana⁸. Significa inferir que quando proclamou no artigo primeiro que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que são “dotadas de razão e consciência e devem agir em relação às outras com espírito de fraternidade”⁹, a Declaração consagrou e evidenciou a inter-relação e a interdependência humanas e proclamou a responsabilidade que decorre dessa dinâmica: o dever de cada um considerar o outro em suas especificidades e necessidades e de contribuir para a sustentabilidade da vida humana. Traduzindo-se o espírito de fraternidade referido na Declaração, à luz dos deveres de virtude com os outros, corresponderia ao que Immanuel Kant havia chamado, ainda no século XVIII, de dever de humanidade¹⁰, ou, como

esclareceu, que embora “não seja em si mesmo um dever participar dos sofrimentos (bem como das alegrias) dos outros, constitui um dever se solidarizar ativamente com sua sorte”¹¹.

Tal perspectiva remete ao natural atributo humano da convivência e ao reconhecimento da igualdade de todos, ainda que num contexto de diferenças quanto às características particulares das pessoas. Remete, também, ao anseio do legislador constituinte brasileiro de 1988 de conceber um projeto de sociedade livre, justa e solidária, que assegure igualdade de participação a todos e permita o acesso aos benefícios da vida social, sem grandes desníveis. Esta perspectiva humanitária, que hoje caracteriza também o constitucionalismo social, o qual propugna pelo ideal de justiça social a partir da inserção em seu texto, de direitos considerados sociais¹², propõe conjugar os valores liberdade, igualdade e solidariedade em uma Carta de direitos e deveres com feição promocional, como se pretendeu com a Constituição de 1988¹³. Esse é o referencial teórico que conduzirá o presente estudo, pois não se pode tratar de

Tratado internacional. 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 28.09.2012.

8 HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Artigo. p. 27. Disponível em: www.google.com.br.&fp=74fecb7f9bc5291&biw=1206&bih=670. Acesso em 28.09.2012.

9 NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 28.09.2012.

10 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 300.

11 *Idem*, p. 301.

12 São considerados direitos sociais, de acordo com o art. 6º da Constituição federal de 1988: “(...) a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

13 Paulo Bonavides considera que não é possível compreender o atual constitucionalismo, que considera como o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 “se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 373.

temas como direitos sociais, discriminação no trabalho e tutela ao que padece pelo estigma de uma enfermidade como a AIDS sem agregar às formulações intelectuais, alto grau de sensibilidade e senso de humanidade.

Há, ainda, outros sentidos nessa abordagem, que merecem destaque.

Em 17/06/2010 a nonagésima nona sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho-OIT adotou a Recomendação 200, sobre a infecção pelo HIV e a AIDS e o mundo do trabalho¹⁴, o que remete ao atual tratamento internacional sobre a matéria. O documento internacional convida a refletir sobre a importância da função da OIT quanto ao tema e sobre a necessidade de se intensificar esforços para combater a discriminação, em especial a que decorre da infecção de trabalhadores.

Proteger os trabalhadores por meio de programas destinados à segurança e a saúde no trabalho constitui um dos Objetivos do Milênio, como lançados pela Organização das Nações Unidas-ONU em 2000: “qualidade de vida e respeito ao meio ambiente”; e o objetivo específico: “combater a AIDS, a malária e outras doenças”¹⁵. Assim, a necessidade de promover

e aplicar as convenções e recomendações internacionais do trabalho e de acentuar o papel das entidades representativas dos trabalhadores e empregadores, de avaliar o papel do local de trabalho quanto às medidas básicas de informação, prevenção, tratamento e assistência ao trabalhador infectado, significa reconhecer que a prevenção e o combate da enfermidade e de seus efeitos pessoais, sociais e profissionais é contribuição significativa para a efetividade dos direitos humanos. Essa contribuição está na base das reflexões contidas neste estudo.

A visibilidade do HIV e da AIDS no ambiente do trabalho pode ser resgatada por sua história, que remete à visão social do problema e à forma como o Poder Judiciário comportou-se e vem se comportando na tarefa de enfrentá-lo, quando se transforma em conflito entre os sujeitos da relação de emprego – empregado e empregador.

Tal história, em um sentido muito particular e especial, guarda relação muito próxima com a condição desta expositora que, atuando na Magistratura do Trabalho há mais de 20 anos, foi colocada à prova em algumas situações delicadas decorrentes de ações judiciais, em especial perante a uma das primeiras ações no País a analisar a AIDS no ambiente laboral. A atuação jurisdicional e o acompanhamento contínuo do evoluir doutrinário e jurisprudencial lhe permitiram constatar, assim como muitas situações positivas, uma triste realidade: a infecção pelo HIV, que leva à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, tem altíssimo potencial de estigmatizar, excluir, negar a condição de cidadão e marcar de

14 GENEVRA. OIT. Recomendação sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 99ª Sessão, 17 de junho de 2010. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/node/277. Acesso em 02 de outubro de 2012.

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. Declaração do Milênio das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Oito Objetivos do Milênio. 2000. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>. Acesso em 02 de outubro de 2012.



forma indelével o trabalhador infectado, que se sujeita à mais considerável discriminação: por familiares, vizinhos, colegas de trabalho, superiores hierárquicos, o próprio empregador, a comunidade e a sociedade em geral. A tônica, nessa realidade, é não aceitar; é rejeitar e discriminar.

Parece apropriado, nesse contexto, resgatar a história da AIDS e de sua aceitação no meio social e, em especial, no ambiente laboral, a partir de um caso concreto e os desdobramentos que são inerentes ao trâmite processual. Trata-se, portanto, de uma história real, com personagens reais, local e forma de ocorrência reais, propostas de soluções concretas oriundas da visão e da consciência de magistrados de verdade, em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro e com solução final de uma vida que, para os registros formais da Justiça do Trabalho, foi selada com

um número: autos de reclamação trabalhista nº 10.688/1993, que ingressou perante uma das Varas do Trabalho de Curitiba.

A história, como aconteceu, será o pano de fundo da abordagem que segue e com que se pretende demonstrar a trajetória da visibilidade social e jurídica do problema.

3 AIDS COMO AMEAÇA À VIDA E SUA REPERCUSSÃO SOCIAL

Em 1992 a Revista Super Interessante, na edição de julho, apresentava o seguinte dado no conjunto da reportagem sobre a matéria de capa “AIDS muitas novidades”:

Em 1959 morria o suposto primeiro aidético, um marinheiro inglês com tantas doenças raras que, na época, o caso chegou a intrigar

uma equipe de pesquisadores da Universidade de Londres. Vinte e cinco anos mais tarde, ao reexaminarem as amostras congeladas da biópsia, os cientistas constataram a presença do HIV naquele paciente¹⁶.

O mesmo editorial informava que em 1980 descobriu-se oficialmente a enfermidade, depois que nos Estados Unidos foram registradas diversas ocorrências do chamado sarcoma de Kaposi, um raríssimo tumor de pele em que o organismo dos pacientes havia perdido a capacidade de destruir, por exemplo, células cancerosas¹⁷. Em 1981 seria oficialmente registrado o primeiro caso da enfermidade no Brasil, de um fotógrafo paulista, e de acordo com pesquisas da época, considerando o tempo médio de incubação do vírus no organismo dos portadores, estimava-se que o HIV tenha ingressado no País ainda em meados dos anos 70. Os anos de 1983 a 1990, que se caracterizaram pela intensificação das pesquisas e pela disputa entre França e Estados Unidos no que se refere aos direitos pela descoberta¹⁸, também revelaram ao mundo a

primeira droga capaz de agir diretamente sobre o vírus impedindo sua proliferação por certo tempo¹⁹.

O ano de 1993 daria início, perante a 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná, a uma das primeiras ações ajuizadas no País que, somada às poucas já em trâmite e as que nos anos seguintes transformariam a Justiça do Trabalho em foro privilegiado de debates, colocariam seus magistrados em contato com o tema da AIDS no ambiente laboral²⁰.

Tratava-se de um trabalhador que em junho de 1991 obtivera a notícia que, à época e para a maioria das pessoas, soava como sentença de morte: era portador do HIV. Aí iniciou a dolorosa expectativa do aparecimento dos sintomas e a difícil tarefa de adaptar-se às modificações que ocorreriam em sua realidade diária, em especial a rejeição da família e a perda do emprego naquele ano.

A ação judicial denunciava que o autor, trabalhador qualificado como auxiliar de limpeza, fora despedido tão logo o empregador tomou conhecimento de sua condição de portador do HIV.

O autor afirmava que por determinação do empregador, como ocorria

16 OLIVEIRA, Lucia Helena de; HEYMANN, Gisela. *AIDS hoje*. Revista Super Interessante. Ano 6, nº 7. São Paulo: Abril Editora, julho de 1992. Disponível também em: <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

17 Cientistas esclareceram que o câncer seria apenas um dos sintomas da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou AIDS, nome que origina do inglês: *Acquired Immunodeficiency Syndrome*.

18 Em 1991 terminava a disputa na justiça entre franceses e americanos que se diziam descobridores do HIV: os cientistas do Instituto Pasteur ganharam a causa, depois de provar, graças a exames nos genes do HIV que os microorganismos isolados pelo americano Robert Gallo nada mais eram do que filhotes daqueles vírus Luc Montaigner havia carregado na bagagem até os Estados Unidos, oito anos antes. SUPER INTERESSANTE. Disponível

em <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

19 A primeira droga resultante das pesquisas foi o AZT. Foi um medicamento pioneiro, que demorou sete anos para aparecer e levou outros cinco anos como sendo a única arma específica de combate. *Idem*.

20 Respeitados os limites da pesquisa, que à época não era tão abrangente, constatou-se que havia ingressado ação de mesma natureza perante a 5ª Vara de Curitiba, em 1992, umas poucas em outras Varas do Trabalho no País e perante a Justiça Federal comum, neste caso ações ajuizadas em face do Estado e com as quais se buscavam meios para garantir assistência e tratamento médico ao cidadão infectado.

com todos os empregados, submeteu-se a exames médicos periódicos e, em posse de seus exames de sangue, o médico da empresa comunicou-lhe que tinha problema sério de saúde e deveria ser encaminhado para novos exames; nestes, confirmou-se que era portador do HIV e ao retornar ao médico da empresa indagou sobre sua situação futura, quando a resposta foi de que a decisão caberia à direção da empresa. Afirmava que o empregador, ciente do diagnóstico, despediu-o sem justa causa, forma de despedida que ocultava uma causa exclusivamente discriminatória e arbitrária. Pedia a declaração de nulidade da despedida e o reconhecimento de seu direito à reintegração ao emprego, com todas as vantagens salariais do período de afastamento.

O empregador, empresa do ramo de hipermercados, de abrangência multinacional, alegava que foi o próprio trabalhador quem comentou com colegas sobre o diagnóstico, o que teria causado alarme e apreensão entre eles. Afirmava que na época da despedida a confirmação foi tão aterrorizadora que se viu obrigado a desencadear, perante seu corpo funcional, campanhas de informação sobre a enfermidade e que a situação daquele trabalhador era tão delicada a ponto de experimentar rejeição dos próprios familiares e colegas, que se sentiam assustados, pois compartilhavam os mesmos serviços médicos e odontológicos. Afirmava que no exercício da função o trabalhador manuseava produtos alimentícios, inclusive não embalados, como carnes, frios e verduras e se o fato chegasse a conhecimento público poderia afastar a clientela, além de ser incontornável a situação entre os demais empregados e clientes; que a própria incerteza médica quanto às formas de

contágio não lhe deixaram outra alternativa, senão a despedida do trabalhador. Sustentava que esses aspectos fáticos eliminavam o alegado caráter discriminatório e arbitrário da ruptura contratual.

O contexto em que ocorreu a despedida daquele trabalhador bem demonstra o estado de perturbação que dominava o pensamento e o comportamento sociais. Afinal, como alertou o médico Jonathan Mann, na condição de responsável pelo programa de controle da AIDS da Organização Mundial de Saúde-OMS, em 20 de outubro de 1987, aos participantes da Assembléia Geral da ONU, a infecção pelo HIV representa, na verdade, três epidemias: a primeira, da própria infecção pelo vírus; a segunda, das doenças infecciosas; e a terceira, das reações sociais, culturais, econômicas e políticas. Enfatizou que esta última é tão fundamental quanto a própria doença e, potencialmente, mais explosiva do que ela²¹.

Quando diagnosticada pela primeira vez, a AIDS apareceu apenas como uma doença nova. Logo, porém, assumiu extraordinária dimensão, pelo incontido alarme médico após a identificação de inúmeros casos, inicialmente no território africano, depois nos demais continentes e em face dos grupos de risco detectados. A doença transformou-se, então, em um poderoso fator de discriminação social. A contaminação pelo HIV tornou-se sinônimo

21 MAN, Jonathan. Discurso. 42ª Assembléia Geral das Nações Unidas. Genebra, em 20 de outubro de 1987. Disponível em: <http://apps.nlm.nih.gov/againsttheodds/pdfs/OB0855.pdf>. Acesso em 05.10.2012.

de morte e o número de infectados era cada vez mais significativo²².

Fontes de pesquisa indicam que já em 1983 instalou-se significativa onda de pânico em todos os continentes, quando se cogitou que a doença poderia ser transmitida pelo ar e por utensílios domésticos. Identificada em 33 países e confirmados 3.000 casos, com 1.383 óbitos nos Estados Unidos, impulsionaria a primeira Conferência sobre AIDS em Denver. Em 1984 ocorreria a morte de Gaetan Dugas, considerado o “paciente zero”, pessoa que teria trazido o vírus à América. A providência imediata foi o fechamento de saunas gays na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, ao passo em que a Secretaria de saúde e serviços humanos daquele País declarava que em pouco tempo, antes de 1990, haveria vacina e cura disponíveis. Ao final daquele ano, 7.000 americanos tinham contraído a doença. Em 1985, com o avanço das pesquisas, o mundo viu reduzir significativamente o risco de transmissão transfusional do HIV e no mesmo ano morreria o ator Rock Hudson, primeira figura pública conhecida a ter falecido em

22 O Brasil contabilizou em 1984 aproximadamente 122 casos. Dados oficiais já indicavam em 1992, época do ajuizamento da ação mencionada no texto, o número de 24.704 casos. Alguns anos depois de diagnosticada, a doença já passava a fazer parte das preocupações cotidianas das pessoas no Brasil e no mundo, dados os índices alarmantes de contágio e a própria revisão que se tornou necessária quanto aos grupos de risco iniciais. Tomando-se pesquisa efetuada até junho de 2011, constata-se que o Brasil contava com 608.230 casos registrados de AIDS, condição em que a doença já se manifestou. Sé em 2010 foram notificados 34.218 casos da doença e a sua taxa de incidência no Brasil foi de 17,9 casos por 100 mil habitantes. Dados disponíveis em: <http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil>. Acesso em 05.10.2012. Dados também obtidos do Boletim Epidemiológico AIDS-DST, disponíveis em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf. Acesso em 05.10.2012.

função de AIDS. Ryan White, um menino de 13 anos e hemofílico, enfrentaria discriminação na escola, de onde seria expulso. Ocorreria a primeira Conferência Internacional de AIDS em Atlanta e ao final daquele ano a enfermidade já contava com relato de 51 países. O Brasil registrava a primeira transmissão perinatal, em São Paulo²³.

Alguns fatos registrados nos anos seguintes, de 1986 a 1989, foram significativos não só pela atenção, como pela apreensão com que foram recebidos. Paris abria-se como sede à segunda Conferência Internacional de AIDS, quando se anunciavam as primeiras experiências de uso de medicamentos que apresentam discreto impacto sobre a mortalidade geral de pacientes infectados. Estratégia global de combate, lançada pela Organização Mundial da Saúde, recomendava aos usuários de drogas injetáveis a esterilização de seringas e agulhas. No Brasil, o sociólogo e ativista político Herbert de Souza, o Betinho, hemofílico, confirmava sua condição de portador do HIV²⁴. Forte campanha de esclarecimento seria lançada na Inglaterra, quando a princesa Diana inauguraria o primeiro hospital especializado em tratamento da AIDS e ganhava repercussão o fato dela não ter usado luvas ao apertar as mãos de pacientes com AIDS²⁵

23 BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: <http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

24 Herbert de Souza, o Betinho, fundou a ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, entidade que se tornou referência na luta por maior controle dos bancos de sangue e contra a discriminação.

25 No mesmo ano de 1987 o presidente Kaunda, da Zâmbia, anunciou que seu filho morreria de AIDS. Nos Estados Unidos o presidente Ronald Reagan fazia seu primeiro discurso

visitados. No Brasil, morriam dois irmãos de Betinho, também hemofílicos, contaminados pelo HIV, e a OMS instituiria como o Dia Mundial da AIDS, o dia primeiro de dezembro. Aquela década seria fechada com o registro de grande número de novas drogas disponibilizadas no mercado para tratamento das enfermidades oportunistas e a redução do preço do AZT, até então o único medicamento disponível.

Notícias sobre mortes de pessoas públicas e de celebridades contaminadas pelo HIV continuariam a perseguir o mundo na década de 90. Os anos de 1990 a 1995 registraram a morte de Ryan White aos 19 anos²⁶, nos Estados Unidos; do cantor Cazuza, no Brasil; do cantor inglês Freddie Mercury, do bailarino russo Rudolf Nureyev, do tenista americano Arthur Ashe, entre outros, além de personalidades importantes como o jogador de basquete americano "Magic" Johnson, que anunciavam sua contaminação.²⁷

sobre AIDS, quando 36 mil americanos já possuíam diagnóstico e 20.000 já haviam morrido. Ao redor do mundo, no mês de novembro, 62.811 casos já tinham sido oficialmente registrados pela OMS, de 127 países. Desde aquele ano, o Governo Americano passou a repassar recursos para o desenvolvimento de programas globais de prevenção ao HIV/AIDS. *Idem*.

26 Ryan White, adolescente nascido em Kokomo, Indiana, nos Estados Unidos, em 06.12.1971. Portador de hemofilia, infectou-se durante um tratamento sanguíneo e passou a sofrer intensa discriminação após o diagnóstico de infecção pelo HIV. Foi rejeitado na escola e protagonizou intensa luta para retornar aos bancos escolares. De acordo com previsão médica teria apenas mais 6 meses de vida após o diagnóstico, porém viveu mais cinco anos. Morreu em abril de 1990. WIKIPEDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ryan_White. Acesso em 10.10.2012.

27 Em 1990 o programa de troca de agulhas e seringas da cidade de Nova York seria fechado por questões políticas. Em dezembro, mais de 307 mil casos de AIDS haviam sido oficialmente reportados pela OMS, porém havia estimativas de números próximos a 1 milhão. Em 1991 O terceiro antiretroviral DDC foi autorizado pelo FDA para pacientes intolerantes ao AZT, embora com limitações em sua atuação. Em 1992 o FDA aprovaria o uso do DDC em combinação com o AZT para pacientes adultos com infecção avançada, sendo essa a primeira combinação

A AIDS se tornaria a principal causa de morte entre americanos com idade entre 25 e 44 anos, contando aquele país com 400 mil pessoas infectadas e 250 mil mortes por AIDS.

Os anos de 1996 a 1999 foram marcados por um crescente número de medicamentos para uso em combinação com outros e com efeitos melhores e com notícias ora alvissareiras, de redução de infectados, ora pessimistas, de piora nos índices de controle²⁸. A década chegaria ao fim com registro, na América Latina e Caribe, de aproximadamente 65.000 pessoas entre 15 e 24 anos de idade infectadas e no Brasil 155.590 casos de AIDS, dos quais 43,23% na faixa etária entre 25 e 34 anos.

Esse era, em linhas gerais, o contexto em que o trabalhador despedido, autor da

terapêutica de drogas para o tratamento da AIDS a apresentar sucesso. Em 1993 mais de 3,7 milhões de novas infecções ocorreram mundialmente. Mais de 10 mil por dia. Durante este ano, mais de 350 mil crianças nasceram infectadas. Em 1994 passou a ser estudado um novo grupo de drogas para o tratamento da infecção, os inibidores da protease, que demonstraram potente efeito antiviral isoladamente ou em associação com drogas do grupo do AZT (daí a denominação "coquetel"). Houve diminuição da mortalidade imediata, melhora dos indicadores da imunidade e recuperação de infecções oportunistas., o que levou a um estado de euforia, chegando-se a falar na cura da AIDS. Entretanto, logo se percebeu que o tratamento combinado (coquetel) não eliminava o vírus do organismo dos pacientes, além dos custos elevados do tratamento, o grande número de comprimidos tomados por dia e os efeitos colaterais dessas drogas. Por outro lado, um estudo comprovou que o uso do AZT reduzia em 2/3 o risco de transmissão de HIV de mães infectadas para os seus bebês. A despeito desses inconvenientes, o coquetel reduziu de forma significativa a mortalidade de pacientes com AIDS. Nesse período criou-se o UNAIDS, integrado por cinco agências de cooperação de membros da ONU (UNICEF, UNESCO, UNFPA, OMS e UNDP) com o objetivo de defender e garantir uma ação global para a prevenção do HIV/AIDS, além do Banco Mundial. BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: <http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

28 Em 09 de agosto de 1997 morria Betinho, 11 anos depois de confirmar sua infecção, o que causou comoção no Brasil, que, por meio da USAID proporia estratégia de cinco anos para a prevenção do HIV/AIDS. *Idem*.

reclamação trabalhista e o empregador que o despediu ao saber da contaminação se encontravam.

4 O ENFRENTAMENTO PELOS PODERES CONSTITUÍDOS E PELA SOCIEDADE

Em maio de 1988, quase dez anos após o diagnóstico inicial, a Organização Mundial da Saúde, pela Resolução 41.24, viria a público alertar que o respeito aos direitos humanos e à dignidade dos portadores do HIV e pessoas com AIDS seria vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da enfermidade e para as estratégias globais que deveriam ser adotadas pelos Estados-membros²⁹.

Na mesma década a Organização Internacional do Trabalho-OIT preparava Declaração de Consenso para definir, entre outros aspectos, que a detecção do VIH não deveria ser exigida, em hipótese alguma,



para pessoas que solicitam emprego; que o trabalhador não está obrigado a informar ao empregador sobre sua situação relativa ao VIH; que a infecção, por si, não significa limitação para o trabalho; e que a contaminação não configura motivo para demissão.

Em 1988 também o Brasil passava a adotar medidas governamentais de proteção, quando o Ministério da Saúde adotou Programas Especiais de Saúde e passou a emitir Recomendações Técnicas e Aspectos Éticos sobre o HIV e AIDS³⁰, o que culminou, bem mais tarde, entre outras providências com a edição de Medida Provisória em 2001, que acrescentaria ao art. 20 da Lei 8.036/1990 a possibilidade do trabalhador portador do HIV levantar depósitos do FGTS³¹. Passou-se a considerar, também, a AIDS como causa justificadora de recebimento de auxílio-doença e aposentadoria perante a

29 GENEVRA. Organização Mundial da Saúde-OMS. Quadragésima Primeira Assembléia Mundial de Saúde. Resolução 41.24, de 13 de maio de 1988: "A quadragésima primeira Assembléia Mundial de Saúde está fortemente convencida de que o respeito pelos Direitos Humanos e dignidade dos portadores do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais, é vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da SIDA e para estratégias globais dos Estados-membros, particularmente na ampliação dos programas nacionais para fora de suas fronteiras, sempre visando à prevenção e ao controle da infecção pelo VIH e à proteção dos Direitos Humanos e à dignidade do portador do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais e, para evitar ações discriminatórias e estigmatizações dessas pessoas no momento de se empregar, viajar, e garantir a confidencialidade do teste para detecção do VIH".

30 BRASIL. Ministério da Saúde. AIDS: recomendações técnicas e aspectos éticos. Brasília, 1988.

31 Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...); XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; (...). Medida Provisória nº 2.164 -41, de 2001.

Previdência Social.

Seguiu-se a década de 90 com a adoção, por alguns Estados da federação, de medidas que ampliavam gradativamente o campo de proteção e convocavam governos e sociedade para o enfrentamento conjunto do problema³². Em 1992 iniciavam estudos sobre as repercussões da enfermidade no ambiente laboral e sobre as formas de prevenção, combate e atendimento a vítimas e familiares.

Por outro lado, essas medidas não evitavam que portadores do HIV ou suspeitos continuassem suportando rejeição em vários âmbitos da sociedade. Se qualquer impedimento para a locomoção de pessoas portadoras do HIV já deveria ser denunciado como violação aos Direitos Humanos, na vida prática delineava-se bastante nítida, ainda, a ignorância social e até mesmo por parte de autoridades constituídas, legisladores e aplicadores da lei.

Atitudes discriminatórias como ocorrera com Ryan White na década de 80, que foi rejeitado no ambiente escolar, ou como ocorrera com o holandês Hans-Paul Verhoef³³, que ao desembarcar nos Estados Unidos em 1989 para uma Conferência internacional em São Francisco e ter a bagagem revistada por agentes alfandegários, que lá encontraram AZT, foi detido por constituir séria ameaça à saúde pública daquele país, continuariam

32 No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, estabeleceu-se a obrigatoriedade de tratamento e internamento aos portadores de AIDS e no Rio de Janeiro tornava-se obrigatória a inserção nas escolas de 1º e 2º graus de disciplina com orientações sobre AIDS.

33 NOVA YORK. The New York Times. Jornal. Obituário. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/08/04/obituaries/hans-paul-verhoef-dutch-aids-patient-33.html>

ocorrendo. A VIII Conferência Internacional sobre AIDS de 1992, agendada inicialmente nos Estados Unidos, em razão da mesma prática discriminatória acabou por ser transferida para Amsterdã. Por que a legislação norte americana proibia o ingresso de portadores do HIV no país, ao ser questionado admitiu a entrada de congressistas soropositivos, porém, desde que essa condição fosse revelada no passaporte do portador³⁴.

Em 1992 também o México seria palco de atitude discriminatória contra crianças em idade escolar, infectadas pelo HIV, que foram expulsas da escola³⁵.

No Brasil, em maio de 1992 o Jornal Folha de São Paulo noticiava que Sindicato representativo de escolas particulares do Estado de São Paulo instruía estabelecimentos a recusarem matrículas de crianças soropositivas³⁶.

Reportagem da Revista ISTOÉ informava que em 1989 uma juíza paulista, encarregada de uma das primeiras ações envolvendo trabalhadores com AIDS no Brasil, exigia que se disponibilizasse durante a audiência um médico e dois policiais: o médico, para “dar um

34 RUDNICK, Dani. *AIDS e direitos humanos*. Revista Jus Navigandi. Doutrina. Artigo. Março de 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1875/aids-e-direitos-humanos>. Acesso em 12.10.2012.

35 KROKOSZ, Marcelo. *Alunos com Aids podem aprender?* Artigo. Revista Profissão Docente. UNIUBE- Universidade de Uberaba. Mestrado em Educação. Disponível em: <http://revistas.uniube.br/index.php/rpd/article/viewFile/86/333>. Acesso em 10.10.2012. .

36 FOLHA DE S. PAULO. Escolas vão rejeitar os alunos com o vírus HIV. Notícia. Jornal. Ano 72. Nº 23.043. 05 de maio de 1992. Disponível em <http://acervo.folha.com.br/fsp/1992/05/05/2/>. Acesso em 10.10.2012.

calmante” ao soropositivo; e os policiais para impedir que o trabalhador despedido saísse de seu lugar, “pois poderia, de alguma forma, contaminar a ela e a outros presentes”³⁷. No mesmo editorial há notícia de numerosos casos de portadores do vírus que depois da revelação de seu estado perderam o emprego, pelas mais diversas justificativas apresentadas pelos empregadores, mas todas, na realidade, reveladoras do preconceito que se disseminou na sociedade.

Esse panorama social se estendia no espaço do trabalho, em que as primeiras manifestações de exclusão de trabalhadores contaminados os conduziam às portas do Poder Judiciário em busca de proteção.

5 VISIBILIDADE DA AIDS NO AMBIENTE LABORAL E SEU ENFRENTAMENTO NA AÇÃO JUDICIAL

A contaminação pelo HIV, naquele ano de 1993, em que ingressou a ação trabalhista nº 10.688/1993 perante a 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, significava, na dimensão do espaço laboral, quase que invariavelmente o final da vida produtiva da vítima. Tal realidade delineava-se naquela ação e adquiria contornos cada vez mais precisos.

Recebida e processada aquela ação, oportunizou-se a defesa do empregador e designou-se audiência de instrução, em

que foi interrogado o autor e inquirida uma testemunha. O autor esclareceu sobre a forma de execução de suas tarefas e a testemunha confirmou ter tomado conhecimento da doença na própria enfermaria em que eram atendidos os empregados da empresa, onde se comentava sobre o fato.

Por que remanesciam dúvidas sobre o efetivo risco de se manter o autor nas mesmas funções, que envolviam contato com produtos alimentícios, e diante da incerteza do quadro, determinou-se realização de perícia médica para auxílio e esclarecimentos ao juízo quanto a aspectos técnico-científicos da doença. A situação era de tal forma incomum que sequer havia informações disponíveis sobre médicos habilitados, o que tornou necessário recorrer à Secretaria de Saúde do Estado para indicação de profissional.

No meio internacional, o cinema contribuiria com larga campanha de esclarecimento e sensibilização ao abordar as fortes repercussões da enfermidade no ambiente de trabalho. O ano era 1994 e o ator, Tom Hanks, seria contemplado com seu primeiro Oscar pela atuação no filme *Philadelphia*, ao interpretar um próspero advogado que contraíra AIDS e em função dos sintomas que apareciam passou a enfrentar dolorosa discriminação, que culminou com a perda do emprego, do prestígio profissional, de sua fonte de renda e dos amigos e o colocaria perante a Justiça na tentativa de obter reparação.

A situação explorada na arte passou a fazer parte da vida, nas mais variadas formas de discriminação no trabalho.

37 REVISTA ISTOÉ. Francisco Alves Filho; Eliane Trindade (Colaboradores). Tenho AIDS. Reportagem especial. Revista nº 1343, 28.06.1995, p. 104.

Nessa fase processual o empregador trazia aos autos notícia das primeiras manifestações do Poder Judiciário brasileiro e da doutrina jurídico-trabalhista a respeito do tema. Noticiava julgado proferido por um dos Tribunais do Trabalho do País³⁸, que não reconhecera direito à reintegração ao emprego de trabalhador contaminado, que fora despedido. O Tribunal considerou que o empregador esteve acobertado pelo direito potestativo de romper o contrato, independente do motivo e com esse fundamento legitimou a prática discriminatória do empregador. Na 16ª Vara do Trabalho, encerrada a fase de instrução processual, os autos vieram a julgamento.

A tarefa de julgar é dificultosa. Francesco Carnelutti já considerava que formar um juízo é “dar um salto do conhecido ao desconhecido: desde o passado do juiz, ao passado do acusado e depois ao seu futuro”. Assim, “a função do juízo é essencialmente a de unir, através do presente, o passado ao futuro. Uma tarefa sobre-humana”³⁹.

E quando o juiz depara-se com situação extrema, como a da ação trabalhista, em que foi necessário colocar sobre a balança, de um lado, possível violação a direitos humanos, que poderia extrapolar a dimensão de uma pessoa que sentiu o peso da humilhação, do abandono e da injustiça para atingir direitos de

todo um segmento social marginalizado; e de outro lado, a aparente legitimidade da conduta do empregador, que procurava resguardar a regularidade de seu empreendimento e a proteção de seu corpo funcional e da sua atividade econômica, também protegida pela ordem jurídica, a dificuldade se potencializa.

Foi com a sensação de dificuldade potencializada que se iniciou o julgamento, interrompido várias vezes diante da dúvida. Se no exercício da tarefa de julgar o juiz alarga o presente; se para esse mister será necessário que veja o todo; se o sentido do todo deve ser apreendido com extrema prudência; se a prudência leva à ordem; e se o sentido de ordem é o sentido de bom, de que aflora a importância de “bom sentido”⁴⁰, como meio indispensável para julgar, então se pode imaginar o quanto dificultoso foi concluir aquela sentença. Extrair o bom sentido daquela ação judicial foi mergulhar no mistério do bem julgar, que não se desvenda com facilidade. A dúvida era de essência: qual a solução mais adequada e justa? Dessa solução preliminar e íntima dependeria toda a fundamentação a ser articulada⁴¹.

O desafio estava posto e deveria ser enfrentado. Deu-se início, então, à análise dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido inicial e da defesa.

Entre os fundamentos jurídicos contidos na petição inicial destacavam-se

38 Tratou-se do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, sediado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

39 CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito: seis meditações sobre o direito*. Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: Bookseller, 2001, p. 56.

40 *Idem*, p. 59-60.

41 Pode-se afirmar, aqui sem dúvida, de que se tratou da decisão mais difícil considerada a condição de magistrada desta expositora.

recomendações extraídas de Declaração de Consenso da OIT sobre AIDS; a ausência de previsão, à época, de proteção previdenciária; o princípio da isonomia contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988; a garantia de que ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III); a inscrição do trabalho como um direito social (art. 6º); a necessidade de restrição ao direito potestativo do empregador de despedir o empregado, especialmente porque a despedida teria sido discriminatória e atentatória contra os direitos sociais; a necessidade de se tornar efetivos os objetivos do Estado de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), entre outros valores e princípios inspiradores da ordem constitucional brasileira de 1988.

A defesa articulou-se basicamente na tese jurídica do uso do direito potestativo do empregador e na negativa de que a despedida tenha sido discriminatória, pois a gravidade da situação e suas repercussões no ambiente laboral não teriam apresentado alternativa diversa.

A sentença iniciou pela análise da despedida do *ponto de vista médico-científico*.

Reconhecida como enfermidade grave, com evolução que, ao menos à época, culminava sem exceção para o óbito, a AIDS foi analisada na sentença por seu potencial de afetar as pessoas infectadas, integrantes de certos grupos de riscos e seus familiares em todas as dimensões, em especial no trabalho. Neste aspecto, o Ministério da Saúde alertava que a desinformação da população, de que a doença não se transmite pela simples

convivência profissional e social, agravava significativamente a situação de trabalhadores infectados.

Na sentença procurou-se abordar estudos e pareceres médicos que vieram aos autos e alguns já disponíveis na literatura médica para esclarecer, primeiro, que ser portador de HIV não significa, necessariamente, ser uma pessoa enferma, pois poderá pertencer à situação denominada “infecção assintomática”⁴²; segundo, que “a infecção pelo HIV apresenta espectro clínico de desenvolvimento crônico, normalmente em vários anos e só se considera doença quando a sintomatologia indicativa de imunodepressão torna-se manifesta e surgem afecções oportunistas”⁴³; em terceiro, que já havia consenso perante a comunidade científica internacional de que “o vírus se transmite, de forma viável, dentro de células presentes no sangue e secreções (...), o que define que a transmissão se dá sempre que haja inoculação de um dos líquidos citados, de uma pessoa portadora do vírus a uma pessoa não portadora”⁴⁴; por fim, que a transmissão só poderia ocorrer em: “1) contato sexual; 2)

42 Infecção ou fase assintomática significa, na literatura médica, o estágio anterior à manifestação da AIDS, quando o paciente encontra-se apenas infectado pelo vírus. Nessa fase o estado clínico básico é mínimo ou inexistente, ou seja, não apresenta sintomas característicos ou aparentes. Após a infecção, o infectado poderá ficar até 20 anos sem manifestação clínica. PIETRA, Marta Schiappa. *As três etapas ou estágios diferentes ao longo da infecção por VIH*. Artigo. Blog Psisalpícos. Disponível em: psisalpícos.blogspot.com.br/2007/01/as-trs-etapas-ou-estagios-diferentes-ao.html. Acesso em 19/10/2012.

43 PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 16ª Vara do Trabalho de Curitiba. Autos nº 10.688/1993, fls. 148/149.

44 *Idem*, fls. 146.

contato através de sangue (transusão, uso comum de seringas e agulhas em drogadição); 3) transmissão mãe-filho, por via transplacentária, no momento do parto ou por amamentação; e 4) transplante de órgãos ou tecidos (córnea, p. ex.)”⁴⁵.

Procurou-se deixar claro que embora no parecer vindo aos

autos o médico tenha afirmado

que “os riscos de contágio existem durante todo o espectro clínico da infecção por HIV e não apenas na fase da doença”⁴⁶, esse parecer não abalava a conclusão de que, na hipótese analisada, por

suas atividades

laborais o autor não colocava em risco colegas de trabalho, nem clientes do empregador. Pareceres médicos reforçavam que embora a AIDS seja ocasionada por um vírus, não é transmitida por um vírus, mas pela inoculação de sangue ou secreção de um indivíduo infectado em outro não infectado. O perito nomeado havia esclarecido que “o vírus HIV é considerado extremamente sensível, tendo prazo de viabilidade muito curto fora de seu

‘habitat’, que é o organismo humano”⁴⁷. Não seria, portanto, transmitido pelo ar, nem por aperto de mão, ou por aproximação.

O embasamento teórico-científico e a perícia médica permitiram concluir que pelas tarefas desempenhadas, não havia risco potencial de transmissão. Do ponto de vista

médico, portanto, a atitude

do empregador, de despedir o trabalhador ao saber do diagnóstico, não poderia ser legitimada. O

receio em mantê-lo no emprego não procedia, até porque, de acordo com a perícia, o empregador poderia ter adotado cuidados básicos e observar princípios de biossegurança, se

necessários.

Passou-se a analisar a despedida, também, *do ponto de vista jurídico*.

A abordagem do problema começava a ganhar corpo na esfera jurídica e já era possível localizar reflexões com distintos enfoques. Considerou-se adequada à sentença a dimensão que se abria à defesa dos direitos sociais e que incluía o direito ao trabalho como forma de combate às despedidas discriminatórias do portador do HIV. Neste particular R. Limongi

[...] O perito nomeado havia esclarecido que “o vírus HIV é considerado extremamente sensível, tendo prazo de viabilidade muito curto fora de seu ‘habitat’, que é o organismo humano”. Não seria, portanto, transmitido pelo ar, nem por aperto de mão, ou por aproximação. [...]

45 *Ibidem*.

46 *Idem*, fls. 145.

47 *Idem*, fls. 149.

França assinalava que “além de obrigação social do homem, o trabalho é objeto de um direito inalienável do ser humano, indispensável à auto-realização em todos os setores de sua complexidade”. Não poderia, assim, o portador do HIV “ser discriminado na admissão e no exercício da atividade produtiva, a não ser que, em razão do tipo de trabalho e do estágio da moléstia, não haja possibilidade e de impedir o risco de contágio”. E acrescentava: “Do mesmo modo, não pode ser a AIDS considerada causa jurídica de despedida do empregado”⁴⁸.

Colhia-se, também, da doutrina de Oscar Ermida Uriarte, jurista e humanista uruguaio, que “ser portador do HIV ou ser doente de AIDS ou de uma enfermidade conexas não é causa de despedida” e que por não haver justificativa legítima à atitude do empregador, nessa hipótese, seria possível aplicar as consequências jurídicas de cada país⁴⁹.

Em extensa doutrina sobre a AIDS e o Direito, Irineu Antonio Pedrotti sustentava que o portador do HIV que firmar contrato de trabalho “não poderá ser prejudicado em seus direitos trabalhistas, previdenciários e acidentários”. Esclarecia que se estivesse em vigor o contrato, poderia “ser reintegrado em caso de despedida (por estar acometido de doença) e a entidade autárquica federal e seguradora obrigatória deve ampará-lo tanto no campo previdenciário

como no acidentário”. Observava, por fim, que nada poderia impedir o portador do HIV de desenvolver atividade laborativa: “o que deve ser observado é a sua possibilidade e os cuidados para que não transmita a doença”⁵⁰.

Essas contribuições doutrinárias foram fundamentais para reconhecer que, embora o ordenamento jurídico do Brasil não contemplasse nenhuma proteção ao emprego, naquela situação, pois nenhuma lei expressa existia, tampouco previsão em negociação coletiva da categoria, nem regulamento interno da empresa, ou cláusula contratual, essa garantia poderia ser reconhecida. Tal possibilidade decorreria de uma construção hermenêutica adequada, que conduzisse, em primeiro lugar, à tutela da dignidade daquela pessoa que viera ao Poder Judiciário para, ao menos, amenizar sua sorte infeliz.

Foi necessário demonstrar que a tutela daquele trabalhador, do seu emprego e dos direitos daí decorrentes não se condicionava, necessariamente, à existência de um texto exposto de lei. Sua possibilidade decorreria, também, da conjugação de princípios, tanto os gerais de Direito como os especiais de Direito do Trabalho, do uso da analogia, da equidade e do exercício de hermenêutica que despontava pela aplicação de normas do Direito constitucional do País e normas de direito internacional. Afinal, decorre da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT brasileira que a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirá, conforme o caso, “pela jurisprudência, por

48 FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*. Doutrina Cível. Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 661. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro de 1990, p. 18/19.

49 URIARTE, Oscar Ermida. *AIDS e Direito do Trabalho*. Doutrina. Revista de Direito do Trabalho, nº 83. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro de 1993, p. 52.

50 PEDROTTI, Irineu Antonio. *Da AIDS e do direito*. Doutrina Criminal. Revista dos Tribunais, Ano 82, Vol. 690. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 1993, p. 299.

analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado (...)”⁵¹.

Esse exercício de hermenêutica iniciou pela invocação do art. 1º da Constituição federal, que considera fundamento da República a tutela da dignidade da pessoa humana; do art. 3º, que estabelece como objetivos fundamentais “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (I) e a promoção “do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”(IV). Seguiu na linha do art. 5º para evocar o princípio da isonomia, no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e o princípio de que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII). Ainda, pelo art. 6º, que define o trabalho como um direito social, analisado em conjunto com outras disposições expressas sobre trabalho, a exemplo do art. 1º, IV, que trata dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” também como fundamentos da República.

Invocou-se, especialmente, o art. 7º, I, da Constituição, que entre os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais assegurou o direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...)”.

As formulações teóricas em torno desse

dispositivo eram ainda retraídas, mas já se podia colher da doutrina venturosa interpretação progressista, como se verificava na doutrina de José Afonso da Silva. Lecionava o doutrinador que nem o art. 6º, que define o trabalho como direito social, nem o 7º encerrariam norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Porém, esse direito “sobressai do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho”⁵². Como procurava esclarecer, no art. 1º, IV, os valores sociais do trabalho inserem-se como fundamentos da República; no art. 170, considerou-se que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho; e no art. 193, estabeleceu-se que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Concluía, assim, que esse conjunto normativo “tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição efetiva de existência digna (fim da ordem econômica e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento também da República (...)”.

O doutrinador ultimava sua análise para assegurar, como intérprete do Direito Constitucional, que “a garantia de emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja: a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto”⁵³.

Diante da extraordinária abertura concedida pelo art. 8º da CLT, em especial no que se refere ao uso da analogia, e da

51 BRASIL. Consolidação Das Leis Do Trabalho-CLT, art. 8º.

52 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 261-163.

53 *Idem*.

necessidade de, naquele ponto da decisão, invocar fundamentos mais concretos, mais palpáveis do ponto de vista legislativo, recorreu-se a alguns textos de lei vigentes no País.

Fez-se referência, primeiro, à Lei 7.670/1988, que no âmbito do Direito Previdenciário estendera aos portadores de AIDS os benefícios relativos à licença para tratamento de saúde, aposentadoria, reforma militar, pensão especial, auxílio-doença e levantamento do FGTS (art. 294). Considerou-se que o pedido do autor encontrava amparo também nessa Lei, pois seu texto é amplo, sem restrições, e poderia abranger garantia de emprego até o dia em que o trabalhador não apresentasse mais capacidade laboral e fosse obrigado a utilizar o Órgão Previdenciário. Invocou-se, também, a Lei 7.853/1989 que dispôs sobre as pessoas portadoras de deficiências e sua integração social, para o que impôs o cumprimento de cotas no ambiente de trabalho⁵⁴. Sua aplicabilidade pareceu evidente à hipótese daqueles autos, já que a AIDS constituía, à época, a maior e mais temida das deficiências. Deu-se especial ênfase à Lei 8.112/1990, que previu o benefício de aposentadoria a servidores públicos civis da União, portadores de moléstia grave, contagiosa e incurável e especificamente a AIDS. Por fim, no elenco da legislação existente à época, que propiciava algum amparo ao trabalhador doente, resgatou-se a Portaria Interministerial nº 3195, de 20.08.1988 que criou a Campanha Interna de Prevenção da AIDS, com o fim

54 A Lei 7.853, de 24.10.1989 prevê, inclusive, como crime punível de 01 a 04 anos de reclusão e multa, o fato de se “negar”, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho.

de divulgar conhecimentos e estimular as empresas a adotar medidas preventivas contra a doença nos locais de trabalho.

Os sistemas jurídicos são, naturalmente, imperfeitos. São incompletos, no sentido de que não é possível o legislador prever, pelo processo de abstração que caracteriza a criação legislativa, todas as situações da vida que requerem uma disposição justa para a mais adequada solução do caso. Defeitos como antinomias e lacunas são fenômenos presentes no ordenamento, pois refletem a própria falibilidade e imperfeição humanas, mas que podem ser corrigidas. Constatadas lacunas, entendidas como carência de preceito normativo, que em decorrência dos princípios axiológicos consagrados no ordenamento, deveria, de forma expressa, a ele pertencer⁵⁵, incumbe ao juiz proceder ao processo de integração⁵⁶.

Naquela tarefa de construção prudencial, movida pela incompletude do sistema jurídico, foi necessário articular leis, costumes, princípios gerais de Direito e juízo de equidade para assegurar àquele reclamante tratamento jurídico capaz de lhe propiciar o mínimo de dignidade, que fora atingida de forma

55 PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Integração normativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 133.

56 A doutrina identifica três operações decorrentes da prudência judicial. “A primeira diz respeito à conversão da norma genérica no preceito específico (...). É a *contemplação do caso*. O ‘direito das normas’ converte-se na jurisprudência da equidade (...). A segunda diz respeito à eliminação das contradições entre as normas que, em virtude, em virtude do princípio orgânico do sistema, não podem subsistir à legislação. É a *correção do direito*. A terceira relaciona-se com o preenchimento das lacunas, quando o ordenamento se apresenta inacabado. É a *integração normativa*. Idem, p. 26.

indelével com a descoberta da doença e com a consequente perda de referenciais afetivos, emocionais, psíquicos e físicos, agravada pela atitude do empregador.

O empregador invocara a seu favor o direito de despedir o empregado sem justa causa, assegurado pela legislação do trabalho. Considerou-se, na sentença, que embora a CLT contemplasse, como ainda contempla, essa forma de despedida, que reflete o direito de romper o contrato de trabalho sem que ocorra prática de falta grave pelo empregado, a qualquer momento e sem necessidade de declinar o motivo da ruptura, esse direito já não poderia ser admitido como imunidade absoluta do empregador.

A possibilidade de extinguir o contrato sem justa causa decorre da teoria dos direitos potestativos, de origem eminentemente civilista e vinculada, pode-se afirmar, a uma concepção de direito ultrapassada, pois atribui a uma das partes da relação contratual poder absoluto sobre a outra. Na CLT, promulgada em 1943, o direito potestativo de despedir ingressou por força do Código Civil de 1916, vigente à época, que sabidamente foi construído em bases patrimonialistas, individualistas e formalistas, como a maioria das codificações influenciadas pelo Código Napoleônico. A evolução que o Direito experimentou ao final do século XX e início do século XXI e que pavimentou, no Brasil, a elaboração da Constituição federal de 1988, instaurou uma nova ordem, o que, inclusive, culminou com a criação do novo Código Civil de 2002. Embora este ainda contemple situações

afetas ao uso do direito potestativo, não é mais possível conceber, nas relações de trabalho, poder absoluto de uma parte, o empregador, que ao encerrar o contrato quando lhe convém e sem considerar a situação da adversa, acarretar-lhe consequências desastrosas na vida pessoal, familiar, profissional e social. Nenhum poder pode ser exercido de forma absoluta, pois o outro, suas necessidades, carências e dignidade serão o limite.

Com fundamento nos limites que se deve imprimir ao direito potestativo do empregador, especialmente porque sob as vestes de um ato legítimo – a despedida sem justa causa – o empregador deixou revelar uma causa significativa e altamente discriminatória para a demissão, concluiu-se que a despedida foi arbitrária. A fundamentação doutrinária, neste ponto, completaria aquela atividade de prudência para concluir que, do ponto de vista jurídico, o ato do empregador foi ilegítimo e, assim, deveria ser anulado.

Havia um ponto de análise, ainda, que parecia mais fundamental: a despedida do *ponto de vista social e humano*.

Neste aspecto, considerados os fatos, as provas e o direito aplicável, foi forçoso reconhecer que o empregador, ao despedir o trabalhador infectado pelo HIV, sem outra razão que não fosse a infecção e suas eventuais repercussões na sua vida econômico-financeira, primeiro, olvidou seu relevante papel social como empresa, que é minimizar o conflito entre o capital e o trabalho. Em segundo, desconsiderou preceitos éticos mínimos, que impõem ao empregador tratar o empregado

não como uma peça sujeita a reposição, ou avaliada em preço, como se mercadoria fosse, ou ainda, descartável quando não se presta mais à finalidade, mas tratá-lo como pessoa humana, a ser valorada por sua dignidade.

Ponderou-se, também, que o empregador desatendeu ao princípio da solidariedade, incorporado pela Constituição de 1988 no art. 3º, I. Esse princípio, que hoje se expande para conceber-se como um verdadeiro dever jurídico, já inspirava a ideia de que se pode pensar em alterar a clássica definição romana de justiça de “dar a cada um o que é seu”, para “dar a cada um o que **deve** ser seu”. Nesse sentido, João Del Nero observava que já em 1850 empregadores cristãos reconheciam que “o patrão deve ao operário mais do que o salário”⁵⁷.

Na base da referência ao princípio da solidariedade encontra-se o art. 3º, I, da Constituição de 1988. A ordem principiológica, na Constituição, seja em um sentido geral, seja específico à diretriz daquele dispositivo, ou mais especificamente ainda, ao objetivo de construir uma sociedade solidária, pautase na consciência de uma das mais relevantes questões morais: o respeito à dignidade humana. Promover a dignidade humana é condição mínima à efetivação da própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. E se, como pontuou Pietro Perlingieri, “ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa”, efetivamente, pode-se considerar que “a pessoa

é inseparável da solidariedade”⁵⁸.

Adotando-se a concepção de Immanuel Kant, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade seriam as únicas coisas providas de dignidade. Como mencionou, se “as coisas tem preço; as pessoas, dignidade”⁵⁹, tem valor, o que coloca o valor moral “infinidamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente”⁶⁰.

Invocar o princípio da solidariedade e da dignidade foi fundamental para impedir, por meio daquela sentença, que ao violar preceitos éticos, morais e jurídicos o empregador se perpetuasse na prática de discriminar trabalhadores e continuasse a se prevalecer dessa possibilidade, fortalecida por sua natural condição de parte substancialmente mais forte na relação contratual. Afinal, por força do princípio da solidariedade deveria também se preocupar com a miséria humana e se ocupar da necessária assistência e apoio ao trabalhador, que fora colaborador no seu processo produtivo e na obtenção de seus

57 DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 6.

58 PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461.

59 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintal. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2008, p. 79.

60 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114.

lucros.

Com apoio nesses fundamentos, que levaram a reconhecer a invalidade do ato de despedida do ponto de vista médico-científico, jurídico, ético, moral e social, deferiu-se o pedido de reintegração do autor no mesmo local, nas mesmas funções e com todas as garantias salariais do período de afastamento.

6 OS TRÂMITES DA AÇÃO E A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO NOS TRIBUNAIS

A sentença daquela ação trabalhista foi proferida em 17 de junho de 1994. Após a sua prolação o autor traria notícia, nos autos, de julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo que, naquele mesmo ano, confirmara duas sentenças que também haviam reconhecido o direito a trabalhador infectado de se manter no emprego e asseguraram reintegração e vantagens salariais do período de afastamento.

O Poder Judiciário trabalhista, portanto, já se deparava com a realidade da AIDS no ambiente do trabalho e procurava, à sua maneira, suprir a omissão do legislador especificamente quanto à necessidade de proteção ao emprego, pelo alto potencial discriminatório que se verificava.

Com o resultado daquela sentença o empregador interpôs recurso perante o respectivo Tribunal Regional do Trabalho. A Turma julgadora, no Tribunal, deu provimento final ao recurso para reformar a sentença. Os julgadores, vencido o Relator originário que negava provimento ao recurso, não

reconheceram o direito do autor à manutenção do emprego e, como consequência, excluíram da condenação todas as parcelas vinculadas ao pedido principal.

Os julgadores consideraram, em síntese, que a sentença não encontrava respaldo na legislação vigente; que com a extensão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS a todos os trabalhadores, na Constituição de 1988, deixou de existir, como regra, o direito à manutenção do emprego, que permaneceu assegurado unicamente aos casos expressamente previstos em lei e todos de forma temporária; que por ser a garantia de emprego uma condição excepcional, no sistema brasileiro, seu reconhecimento exige previsão legal expressa, que não havia para a situação denunciada; que o art. 7º I, da Constituição careceria de regulamentação, não se enquadrando na categoria das normas de aplicabilidade imediata; que ao se eleger a infecção pelo HIV como justificadora de estabilidade, estar-se-ia discriminando portadores de outras enfermidades tão graves quanto ela; por fim, consideraram que de acordo com o art. 5º da Constituição, ninguém será obrigado de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e que não havia lei a obrigar o empregador manter o empregado no emprego, nas condições em que se encontrava⁶¹.

Já transcorria o ano de 1995 quando o julgamento foi proferido no Tribunal Regional,

.....
61 Na justificativa de voto vencido o juiz Relator originário, entre outros fundamentos, trouxe aresto do Tribunal Superior do Trabalho que, em julgamento de dissídio coletivo, respaldava cláusula asseguradora de estabilidade no emprego ao portador da AIDS. Invocou, também, a cláusula geral da solidariedade social.

em março daquele ano.

Superada a fase recursal no âmbito do Tribunal Regional, diante da modificação da sentença promovida naquele Tribunal, o autor é que interpôs recurso perante o Tribunal Superior do Trabalho, em regra, instância final de atuação da Justiça do Trabalho nos processos submetidos a seu exame. Para assegurar o cabimento do recurso, invocou a ocorrência de violação, pelo acórdão regional, a vários dispositivos de lei que invocara na petição inicial, além de divergência na solução do caso entre outros Tribunais Regionais do País. Demonstrou que, naquele estágio de evolução da matéria, os Tribunais Regionais do Estado de São Paulo (2ª Região) e de Minas Gerais (3ª Região) já asseguravam o direito ao emprego ao trabalhador e que a matéria já comportava previsão em alguns sistemas estrangeiros e tratamento também no sistema nacional.

Edição da Revista ISTOÉ, de junho de 1995, demonstrava que a regra, nas empresas, ainda era a discriminação e a exclusão do trabalhador infectado, embora se referisse a alguns registros de empresas que já começavam a reconhecer no problema, não um drama individual que devesse ser resolvido pelo trabalhador infectado, seus familiares e Poder Público, mas algo que também lhe dizia respeito, o que vinha ocorrendo especialmente em certas multinacionais que se viam pressionadas por seus países de origem a adotar postura colaborativa⁶².

O ano já era o de 1997, quando,

depois de recebido e processado o recurso do autor, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua Segunda Turma, julgava-o⁶³. Os fundamentos pelos quais o Ministro Relator discordava do acórdão Regional foram, na essência, assim colocados:

Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa, multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com a venda de sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atingisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro.

A simples e mera alegação de que não há preceito legal que garanta o direito do aidético de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e que lesiona de maneira categórica o princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º, “caput” da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esta Corte, certa feita, concluiu pela reintegração ao trabalho de um empregado que fora despedido tão-somente pelo fato de ser de origem negra. Creio estarmos, mais uma vez, diante de um caso relativamente igual.
(...)

62 REVISTA ISTOÉ. *Op. cit.* p. 100.

63 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-217791/1995, Acórdão 3473/1997, 2ª Turma, Relator Ministro Valdir Righetto, julgado em 14 de maio de 1997.

Como é triste pensarmos que, às portas do terceiro milênio, o homem ainda é capaz de desprezar, discriminar, condenar à própria morte outro ser humano que, pela singela razão de ser negro ou portador de uma doença incurável, já não possui mais dignidade aos olhos de uma sociedade na qual imperam os ditames de um capitalismo selvagem e degradante (...).

O acórdão prosseguiu para considerar que em razão dos aspectos médico-científicos da doença, o reclamante, em seu ambiente laboral, não se tornaria perigoso aos demais colegas; que o magistrado, no exercício de suas atribuições, deve valer-se dos costumes, dos princípios gerais de direito e da analogia para solucionar conflitos que não encontram solução no ordenamento jurídico; por fim, ressaltou o “exemplo de um cidadão que, embora esteja sendo consumido pelo mesmo mal que abateu o Demandante, comoveu toda nação brasileira na liderança de uma campanha que visa exterminar a fome num país onde tanta miséria e desigualdade ainda existe”. O Ministro Relator estava a se referir ao sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, “ser digno de todo respeito e admiração”⁶⁴.

64 Esse acórdão do TST contou com a seguinte ementa: “REINTEGRAÇÃO-EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS DA AIDS-CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a eles submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao adético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio insculpido na Constituição da República

Com essas considerações a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho marcava a história do Poder Judiciário brasileiro com demonstração de sensibilidade e alto senso de humanismo, ao analisar questão de relevante interesse social.

Proferido o julgamento em maio de 1997, a empresa ré opôs duas medidas de embargos de declaração, julgadas respectivamente em agosto de 1997 e em abril de 1998, ambas rejeitadas. Ainda perante o mesmo Tribunal Superior a ré opôs recurso previstos pela legislação nacional para serem julgados por uma Seção de Dissídios Individuais, com o objetivo de rever a decisão proferida por uma das Turmas daquele Tribunal. Por razões de ordem processual o recurso não foi conhecido, com o que se manteve a decisão proferida pela Turma.

Aquele julgamento foi proferido em fevereiro de 2000, quando ainda se registravam falecimentos de pessoas de destaque na sociedade, em vários âmbitos, em decorrência da enfermidade. Ao mesmo tempo, acentuava-se a esperança, senão de cura, ao menos de prolongamento e maior qualidade de vida de pessoas infectadas.

Nos autos daquela ação, a empresa ré ingressaria com nova medida de embargos de declaração, que seriam julgados em setembro de 2000, como improcedentes.

Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida”.

A ré, então, interpôs Recurso Extraordinário para discutir a matéria perante o Supremo Tribunal Federal, instância final e definitiva de todas as questões jurídicas submetidas ao Poder Judiciário nacional. Em juízo prévio de admissibilidade, em 2002, o recurso não foi admitido pelo Tribunal Superior do Trabalho, com o que a ré interpôs recurso, agora diretamente no Supremo Tribunal, para obter o processamento da medida.

Consta nos autos que foi proferido parecer pelo Ministério Público Federal, no sentido de manter o despacho do Tribunal do Trabalho que não havia admitido o Recurso extraordinário.

Enquanto os autos aguardavam análise pelo Ministro sorteado como Relator, o Supremo Tribunal Federal receberia solicitação da 16ª Vara do Trabalho de Curitiba para devolução dos autos, em razão de conciliação firmada entre as partes. Julgado prejudicado o recurso em abril de 2005, o autos retornaram à Vara do Trabalho de origem, onde o acordo foi apreciado e homologado, com o que se extinguiu a ação.

7 CONTEXTO SOCIAL E JURÍDICO ATUAL

Não obstante os avanços registrados no curso da história da doença, pode-se afirmar que a sociedade, de forma geral, ainda se ressentem em aceitar o trabalhador nessas condições.

Relatos oriundos de ações trabalhistas por todo o País denunciam práticas discriminatórias, a maioria vinculada à ignorância humana; quando não, ligam-se à falta de sensibilidade, de senso de

solidariedade ou de sentimento de compaixão com a situação trágica do outro. Assim ocorreu com trabalhador encarregado da reposição de alimentos de um buffet, em um restaurante, que após tornado pública sua contaminação foi imediatamente impedido de se aproximar dos pratos e, na sequência, despedido sem justa causa. Ocorreu, também, com trabalhador na área de promoção de eventos, que após vazamento de informações sobre seu estado ao empregador, foi sumariamente despedido. Ainda, com trabalhador professor de instituição de ensino de segundo grau, que teve o contrato rescindido após chegar ao conhecimento da Instituição e de alunos sobre seu estado; com o trabalhador açougueiro, com o motorista, com o pedreiro na construção civil, com o bancário, com o enfermeiro e tantos outros vítimas do preconceito e da discriminação, que procuram como último refúgio o Poder Judiciário.

Juízes de primeiro grau e de Tribunais Regionais do Trabalho deparam-se frequentemente com a matéria. Constatase, ainda, incompreensível resistência de alguns magistrados em reconhecer o direito do trabalhador ao emprego, mas a maioria já assimilou a necessidade de assegurar-lhe ampla proteção, ainda que com readaptação de funções, se necessário.

Do ano de 1997, quando proferido aquele acórdão pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, até os dias atuais, a jurisprudência daquela Corte experimentou gradual fortalecimento, até sedimentar posição firme acerca do tema. Julgados de 2009 a 2011 revelam posição de todas as Turmas para o mesmo norte: o de se presumir discriminatória a despedida do empregado portador de HIV

se o empregador, ciente do fato, despede o empregado sem justa causa e não apresenta outra justificativa capaz de legitimar o ato de despedida. Nesta hipótese, será do empregador o ônus comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa teve outra motivação lícita.

Em julgamento proferido em 2011 aquela Corte referiu-se à sua jurisprudência no sentido de se presumir a despedida discriminatória, em face das garantias constitucionais que vedam a prática de discriminação e asseguram a dignidade da pessoa humana⁶⁵. Ainda em 2011, acórdão no sentido de presumir discriminatória a despedida quando não comprovado motivo justificável, em face da circunstancial debilidade física causada pela doença e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade no que toca à discriminação e o preconceito contra o portador do HIV. Consta no acórdão que em razão da AIDS ainda representar um estigma na sociedade, em particular, no mundo do trabalho, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, a não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade, além de lembrar o compromisso do Brasil, na ordem internacional, por meio da Convenção 111 da OIT, que repudia qualquer forma de discriminação⁶⁶.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que é consentâneo com a normativa internacional sobre a matéria, atende não apenas a Convenção 111 da OIT como também a Recomendação 200, de 2010 especificamente sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho⁶⁷, além de preceitos de ordem constitucional e legislação ordinária. A posição da Corte restou sedimentada pela jurisprudência uniformizada, primeiro na sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, Subseções I e II⁶⁸ e mais recentemente por sua Súmula 443, nos seguintes termos:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012). Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal, não se tem verificado análise da matéria

65 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo RR 112900-36.2005.5.02.0432, 5ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, publicado no DEJT em 06.05.2011.

66 BRASIL. TRIBUNAL SUPRIOR DO TRABALHO. Processo RR-317800-64.2008.5.12.0054, 6ª Turma, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, publicado no DEJT em 10.06.2011.

67 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo RR 104900-64.2002.04.0022, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, publicado no DEJT em 02/09/2011.

68 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo E-RR 36600-18.2000.5.15.0021, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, publicado em 14.11.2008 e Processo ROMS 74000-64.2007.5.05.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, publicado em 06/02/2009.

em seu âmbito por razões de ordem processual, pois se considera incabível interposição de recurso extraordinário em hipóteses como a que se analisa.

A atualidade tem se revelado farta em termos de previsão normativa a respeito do tema.

No âmbito internacional, a principal fonte de direito do trabalho, inclusive no que se refere à garantia de direitos humanos e fundamentais decorre de normas expedidas pela OIT, embora alguns instrumentos de outras organizações, como a ONU e organismos regionais, a exemplo do Conselho da Europa, da União Européia, da Organização dos Estados Americanos e da Organização da Unidade Africana também contemplem temas de Direito do Trabalho. Os instrumentos de direitos humanos da OIT e da ONU, naturalmente, devem ser vistos como interdependentes e complementares, pois serão aplicados sempre de maneira integrada.

A Carta Internacional de Direitos Humanos, que se expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e que estabelece princípios e normas que se aplicam a todos os direitos humanos, conduz à observação de todos esses instrumentos em conjunto com o catálogo de direitos das pessoas no trabalho, disciplinado pela OIT.

No âmbito da OIT, de mais específico sobre o tema destaca-se a Recomendação 200, de 17/06/2010. Seus significados são incontáveis

e sua importância está, primeiro, em marcar aquele organismo como referência no combate à discriminação em todas as suas formas, especialmente quanto ao estigma das pessoas infectadas; está em proteger os trabalhadores a partir de programas voltados à segurança e a saúde no trabalho, em consonância com o Objetivo do Milênio a que se fez referência, de assegurar “qualidade de vida e respeito ao meio ambiente” e o de “combater a AIDS, a malária e outras doenças”; ainda, está na necessidade de se avaliar o papel de destaque do local de trabalho quanto às medidas básicas de informação, prevenção, tratamento e assistência ao trabalhador infectado; e por fim, em reconhecer que a prevenção e o combate da enfermidade e seus efeitos pessoais, sociais e profissionais é uma contribuição para a efetividade dos direitos humanos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O relato da ação e das circunstâncias que a envolveram contempla alguns elementos imprescindíveis a uma análise crítica, que não se pode ignorar no presente texto.

O autor foi despedido sem justa causa pela ré em junho 1991 e ajuizou a ação trabalhista em maio de 1993. Considerado o lapso entre a data da despedida até o desfecho da ação, quando se homologou o acordo, passaram-se quase 14 anos. Significa que quase 14 anos depois da despedida discriminatória a empresa ré pagou ao autor determinada importância, a título de indenização relativa à garantia de emprego. Com a formalização do acordo o autor cedeu ao pedido de garantia de emprego, o que permitiu que o empregador, que havia oposto resistência até as instâncias finais do

Poder Judiciário, não lhe acolhesse. A luta de 14 anos para reaver o direito fundamental ao trabalho esvaiu-se no acordo.

Se, por um lado, a maioria dos juízes e Tribunais do País sinaliza para a proteção, por outro lado, não se pode deixar de questionar aspectos fundamentais como a efetividade das decisões, o princípio da razoável duração do processo e o propósito de se desenvolver um Direito voltado à proteção da pessoa. A ação demonstrou que 14 anos se passaram para que os Tribunais assentassem uma tese: a da garantia do direito ao trabalho. Uma tese, contudo, não pode significar, como acabou significando, uma abstração, o resultado apenas de um processo de inteligência e de construção intelectual dos magistrados. O direito ao trabalho, que ficou assentado na tese, não obstante todos os argumentos médicos, jurídicos, sociais e humanos nunca se efetivou naquele caso concreto.

Transcorreram 14 anos de tramitação processual. Foram, também, 14 anos sem trabalho para aquele reclamante e o mesmo tempo de privação dos meios básicos de subsistência, pois de acordo com informações ele viveu dependente da solidariedade das pessoas e de instituições assistenciais. A formalização do acordo não permitiu seu retorno ao trabalho, como a Justiça havia assegurado. A resistência do empregador, que persistiu até o esgotamento das possibilidades, resolveu-se no uso do poder econômico para, definitivamente, manter o trabalhador afastado do convívio laboral. Ainda que se considere o estágio avançado da enfermidade, passado aquele tempo, consagrou-se a discriminação.

Em outras palavras, pagou-se para não ter o trabalhador no emprego,

A efetividade dos provimentos judiciais deve ser questionada. Os direitos humanos voltam-se às pessoas, à tutela de suas necessidades existenciais, e assim, exigem mais do que teses, de garantias processuais e prazos recursais. Exigem o imediato e incondicional retorno do trabalhador ao emprego, se houver, naturalmente, capacidade laborativa, que hoje se amplia substancialmente. Pode-se cogitar em complemento da extraordinária tarefa do Poder Judiciário com uma espécie de antecipação de tutela obrigatória, já que o trabalhador depende do trabalho para sobreviver e suprir necessidades, especialmente medicamentosas.

Olhar o direito por um viés humanista e existencialista, como se faz necessário, remete a medidas que assegurem, de forma incondicional, a defesa das pessoas e de suas necessidades existenciais. Nesse tema, a dignidade humana deve ser o norte, o que impõe às partes, na relação de trabalho, respeito mútuo, cuidado, auxílio do outro, especialmente o mais necessitado e cooperação, como forma de propiciar o bem estar humano em todas as suas dimensões.

REFERÊNCIAS

- AIDS-DST. Boletim Aids. Publicação. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf. Acesso em 05.10.2012.
- ARENDRT, Hannah. *As origens do totalitarismo*.

- Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979.
- BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: <http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837>. Acesso em 10 de outubro de 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- BRASIL. Ministério da Saúde. **AIDS**: recomendações técnicas e aspectos éticos. Brasília, 1988.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-217791/1995, Acórdão 3473/1997, 2ª Turma, Relator Ministro Valdir Righetto, julgado em 14 de maio de 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito: seis meditações sobre o direito*. Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: Bookseller, 2001.
- DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Tratado internacional. Viena 1993, Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 28.09.2012.
- DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: Editora RT, 1987
- FOLHA DE S. PAULO. Escolas vão rejeitar os alunos com o vírus HIV. Notícia. Jornal. Ano 72. Nº 23.043. 05 de maio de 1992. Disponível em <http://acervo.folha.com.br/fsp/1992/05/05/2/>. Acesso em 10.10.2012.
- FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*. Doutrina Cível. Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 661. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro de 1990
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Artigo. Disponível em: www.google.com=74fecb7f9bc5291&biw=1206&bih=670. Acesso em 28.09.2012.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2008.
- _____. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2008.
- KROKOSZ, Marcelo. *Alunos com Aids podem aprender?* Artigo. Revista Profissão Docente. UNIUBE-Universidade de Uberaba. Mestrado em Educação. Disponível em: <http://revistas.uniube.br/index.php/rpd/article/viewFile/86/333>. Acesso em 10.10.2012.
- MAN, Jonathan. Discurso. 42ª Assembléia Geral das Nações Unidas. Genebra, em 20 de outubro de 1987. Disponível em: <http://apps.nlm.nih.gov/againsttheodds/pdfs/OB0855.pdf>. Acesso em 05.10.2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114.
- NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 28.09.2012.
- OIT. Recomendação sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho. Conferência Internacional

do Trabalho, 99ª Sessão, 17 de junho de 2010. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/node/277. Acesso em 02 de outubro de 2012.

OLIVEIRA, Lucia Helena de; HEYMANN, Gisela. *AIDS hoje*. Revista Super Interessante. Ano 6, nº 7. São Paulo: Abril Editora, julho de 1992. Disponível também em: <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. Declaração do Milênio das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Oito Objetivos do Milênio. Oito jeitos de mudar o mundo. 2000. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>. Acesso em 02 de outubro de 2012.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Integração normativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Da AIDS e do direito*. Doutrina Criminal. Revista dos Tribunais, Ano 82, Vol. 690. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 1993

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PIETRA, Marta Schiappa. *As três etapas ou estágios diferentes ao longo da infecção por VIH*. Artigo. Blog Psisalpicos. Disponível em: psisalpicos.blogspot.com.br/2007/01/as-trs-etapas-ou-estagios-diferentes-ao.html. Acesso em 19/10/2012.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

RUDNICK, Dani. *AIDS e direitos humanos*.

Revista Jus Navigandi. Doutrina. Artigo. Março de 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1875/aids-e-direitos-humanos>. Acesso em 12.10.2012

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SUPER INTERESSANTE. Disponível em <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

THE NEW YORK TIMES. Jornal. Obituário. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/08/04/obituaries/hans-paul-verhoef-dutch-aids-patient-33.html>, acesso em 15/10/2012.

URIARTE, Oscar Ermida. *AIDS e Direito do Trabalho*. Doutrina. Revista de Direito do Trabalho, nº 83. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro de 1993.

AIDS E ÉTICA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: O DIREITO E A CIDADANIA EMPRESARIAL NA TUTELA DAS MINORIAS

Viviane Coêlho Séllos Knoerr e Mara Darcanchy

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para tratar de questões emergentes, é preciso lançar um olhar sobre a realidade e contextualizá-la, na medida dos elementos que compõem o concreto da vida e de que maneira ela se realiza no mundo atual. A sociedade industrializada elegeu o trabalho como mola propulsora do desenvolvimento, da inclusão social, da própria condição de ascensão dos indivíduos na sociedade de massas e durante longo tempo, a empresa se caracterizou por uma atitude apartada do meio social, criando suas próprias condutas e discursos.

No entanto, hoje, emerge a necessidade de investidores, empresários, governos e demais atores sociais se adaptem às situações que permeiam a relação de trabalho, para que, devido às possíveis crises sociais e econômicas e alterações paradigmáticas, o colaborador, não volte a ser tratado como no início dos tempos, sem qualquer ética, proteção ou respeito à sua dignidade humana.

Considerando-se que os princípios gerais ou básicos da ética são universais,

transcendem o tempo e o espaço, atingem a um sem número de destinatários e refletem a imprescindibilidade da convivência, da comunicação, da ajuda mútua, do intercâmbio e da tolerância entre os indivíduos, entre os povos e entre as gerações¹.

O presente trabalho, desta forma, tem por objetivo descortinar uma das janelas da realidade laboral, no intuito de se colocar em destaque a importância da ética no tratamento do trabalhador soropositivo, tanto por parte do empregador quanto de todos os integrantes do meio ambiente de trabalho, sendo, portanto, propósito deste artigo o de fomentar a reflexão a partir de três tópicos que o compõem, a saber, *Aids, Ética e Meio ambiente*, em que se coloca a fundamentação para o direito ao trabalho e à respectiva manutenção das mínimas condições de respeito à vida, ao ser humano e em especial, ao trabalhador soropositivo.

1 Neste sentido, leia-se: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-389-Viviane_Coelho_de_Sellos_Gondim.pdf

Viviane Coêlho Séllos Knoerr

Doutora em Direito do estado pela PUC/SP, Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Advogada.

Mara Darcanchy

Pós-Doutora em Direito (UniPg/IT); Mestre e Doutora em Direito do Trabalho (PUC/SP); Especialista em Didática do Ensino Superior e em Direito do Trabalho (USP). Parecerista.



2. TRABALHADOR SOROPOSITIVO

No Brasil os primeiros casos de HIV surgiram no início da década de 1980 e o coquetel em 1995, mas até hoje a cada ano quase 40 mil brasileiros se infectam. Isso, para não entrar na discussão sobre os interesses que estão por trás da triste realidade de uma África com 25% de sua população já infectada pelo HIV e de imigrantes que estão entrando no Brasil, principalmente pelo estado do Acre, o qual neste início de 2013 declarou-se oficialmente em estado de alerta social, pelo enorme número de imigrantes africanos, haitianos, bolivianos, entre outros, que estão ali vivendo, em condições de total miserabilidade, utilizando sanitário único e coletivo, totalmente imundo, além de outras condições de total abandono, estão trazendo muitos focos de contaminação de doenças e possivelmente contrairão várias

outras, entre as quais a Aids.²

A vida de qualquer trabalhador doente é sempre muito difícil, porém, uma pessoa com HIV tem uma dupla carga emocional visto que, na maioria das vezes, ao contrário de qualquer outro trabalhador, não pode expor sua doença³.

Um trabalhador que contraia qualquer doença física ou emocional, uma doença incapacitante ou que sofra um acidente de trabalho tem essa redução de condições físicas considerada, no seu ambiente laboral, como uma situação que o faz parecer uma vítima aos olhos dos colegas. Contudo, o trabalhador que, independente das razões, se infecta pelo

2 O governador do Acre, Tião Viana, decretou nesta data (09/04/2013) estado de emergência nos municípios de Brasileia e Epitaciolândia. Duas cidades que fazem fronteira com a Bolívia e são as duas principais portas de entrada de imigrantes ilegais haitianos e de outras nacionalidades.

3 Apresenta o Prof. Dr. Eduardo Milléo Baracat: <http://www.anamatra.org.br/artigos/a-discriminacao-ao-trabalhador-com-hiv-aids>

vírus HIV não é visto “com bons olhos” no seu ambiente de trabalho, pelo contrário, mesmo em pleno século XXI ainda é discriminado, rechaçado e humilhado pelos colegas e pelos seus superiores.

A Constituição reflete os valores e princípios éticos perseguidos por um povo, norteando as regras delimitadoras da ação humana em um dado território e assegurando sua soberania em face à comunidade internacional, além de fixar as regras gerais de conduta do próprio Estado perante os demais Estados e povos⁴.

Por outro lado, a Constituição brasileira prevê que não haverá nenhuma forma de discriminação, contudo, não tem como determinar sanções às discriminações veladas que ainda existem no cotidiano das pessoas que vivem com AIDS.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) estabeleceu que a saúde do trabalhador devesse assimilar o conceito ampliado de “completo bem-estar físico, mental e social, não apenas ausência de doença ou outros agravos”. Dessa premissa percebe-se que a dignidade do trabalhador, no seu

[...] Por outro lado, a Constituição brasileira prevê que não haverá nenhuma forma de discriminação, contudo, não tem como determinar sanções às discriminações veladas que ainda existem no cotidiano das pessoas que vivem com AIDS [...]

ambiente de trabalho, constitui conquista de uma etapa diferenciada de tutela. Com efeito, um *locus* de trabalho saudável é aquele aonde qualquer pessoa que tenha a intenção de trabalhar, de desempenhar uma determinada atividade, cujo trabalho seja útil à empresa, seguindo os aspectos organizacionais e ordenamentos internos, possa fazê-lo sem sofrer discriminação alguma, menos ainda por motivo de doença.

3. CONTAMINAÇÃO NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Há, contudo, outra situação, relativa a contaminação do trabalhador. A situação abaixo descrita é uma das que ocorrem por falta ou utilização inadequada de equipamento de proteção individual - EPI, quando é possível que se contraia o vírus no próprio ambiente de trabalho. Ocorre em geral com os trabalhadores em laboratórios, hospitais, entre outros, que manipulam sangue contaminado, mas pode ocorrer em qualquer ambiente de trabalho.

Nesses casos prevalece o entendimento da responsabilidade objetiva da empresa, pois, não é necessário que se comprove que houve culpa da empresa, porque mesmo que ela tenha

4 Leia-se neste sentido: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf

tomado todos os cuidados, trata-se de um risco da própria atividade econômica por ela exercida. Como aconteceu no ano passado (2012), em Porto Alegre, quando uma auxiliar de enfermagem se contaminou com material biológico de paciente portador do vírus HIV, durante coleta de sangue⁵.

A 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST indeferiu recurso do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, condenado a indenizar uma auxiliar de enfermagem que foi contaminada pelo vírus da AIDS, em acidente de trabalho. O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região (RS), com base em laudo pericial, considerou correta a sentença que fixou o valor da indenização em R\$ 145 mil. A Turma manteve a decisão do Regional, já que, para conclusão diferente, seria necessário o reexame das provas, o que é vedado pela Súmula 126 do TST. Os exames realizados após o ocorrido não apontaram contaminação. No entanto, seis meses depois do fato, o resultado foi positivo para o vírus HIV.

A empregada passou por exame pericial que apontou que a doença decorreu de acidente de trabalho. Com base na conclusão do perito, a sentença condenou o Hospital das Clínicas a indenizar a auxiliar de enfermagem por dano moral. Indignado com a condenação, o Hospital recorreu ao TRT do Rio Grande do Sul, afirmando ter adotado todas as medidas

de segurança e proteção para evitar o acidente, que ocorreu por culpa exclusiva da auxiliar de enfermagem. Sustentou ser improvável que a contaminação tenha ocorrido em razão do acidente, já que somente houve a reação mais de seis meses depois do fato. Suas alegações não foram acolhidas pelo Regional, que concluiu que a atividade desenvolvida pela empregada é considerada de risco, pois há grande probabilidade de causar dano a alguém.

Nesse caso, existe a responsabilidade objetiva do empregador, sendo, portanto, devida indenização independentemente de culpa, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. “A indenização não decorre da ação ou omissão para gerar o direito, porque ele advém tão somente do exercício da atividade de risco”, destacou o Regional.



Em Recurso de Revista ao TST, o Hospital das Clínicas garantiu que não foram produzidas provas da sua responsabilidade para a ocorrência do acidente. E atacou o valor fixado para a indenização, afirmando que este “ultrapassou os limites do bom senso”. A relatora, desembargadora convocada Maria

5
 Como já noticiado: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-14472010000400002

das Graças Silvano, explicou que a decisão do Regional teve como base as conclusões do perito, que afirmou que a doença foi adquirida em razão do acidente de trabalho. Pois, não obstante o fato de a soroconversão para o HIV ocorrer na maioria das vezes até 40 dias após o contato, esta pode se manifestar em até um ano.

Para se alterar tal conclusão, seria necessário o reexame dos fatos e provas, o que é vedado pela Súmula nº 126 do TST. A relatora concluiu, dizendo que o valor fixado para a indenização por dano moral levou em consideração não só o prejuízo sofrido pela empregada, mas também o caráter pedagógico da condenação. Processo: [RR-135200-72.2008.5.04.0030](http://www.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?acao=22/06/2012%2007:00:00&query=)⁶

4. DISCRIMINAÇÃO

A discriminação especificamente direcionada à infecção por HIV/AIDS tem relação com o seu surgimento na história da humanidade, o qual se deu em um contexto pós-revolução sexual no ocidente e se concentrou inicialmente em coortes populacionais já socialmente estigmatizados, como homossexuais, que naquela época chegaram a ser classificados como “população de risco”, conceito superado pela distribuição do vírus pela população.

A jurisprudência do TST, tendo por base a CF/88, art. 1º, incisos III e IV, a Lei 9.029/1995 e a Convenção 111 da Organização Internacional

do Trabalho - OIT, que vedam práticas discriminatórias para efeitos admissionais e de manutenção da relação de emprego, tem sido voltada para o entendimento de que salvo na hipótese de justa causa, toda dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV, cujo empregador está ciente da doença, é presumida como discriminatória e arbitrária.

Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus...

Neste sentido, o panorama do progresso material que parecia inesgotável e a revolução tecnológica que introduziu na sociedade uma alteração de grandes consequências para as relações humanas podem ser questionados⁷. Visto que devem ser novas as condutas para o enfrentamento de uma crise que expressa fundamentalmente a quebra de alicerces de um modelo de desenvolvimento que está em risco.

Dessa forma, o mundo contemporâneo se vê às voltas com premência de rever conceitos, noções, realidades que estão ligadas ao mundo do trabalho e seu meio ambiente, às forças produtivas, às condições de proteção dos que produzem, e, por uma questão de sobrevivência no mercado, uma nova mentalidade que exige da empresa uma postura mais humana, uma atitude responsável

6 Fonte: Secretaria de Comunicação Social do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em:

[<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?acao=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20135200-72.2008.5.04.0030&base=acordao&numProcInt=224877&anoProcInt=2010&dataPublicacao=22/06/2012%2007:00:00&query=>]. Acesso em: 09/04/2013.

7 Destaca-se a leitura: <http://jus.com.br/revista/texto/7989/responsabilidade-social-da-empresa>

diante do seu cliente ou consumidor, em todo e qualquer ramo de atividade.

4.1. LEIS ESTADUAIS

No Espírito Santo a Lei estadual n. 7.556, de 10 de novembro de 2003 proíbe a discriminação aos portadores do vírus HIV ou as pessoas com AIDS; em Goiás a Lei estadual n. 12.595, de 26 de janeiro de 1995 veda e penaliza qualquer ato discriminatório em relação às pessoas com HIV/AIDS; em Minas Gerais a Lei estadual n. 14.582, de 17 de janeiro de 2003 proíbe a discriminação contra portador do HIV e pessoa com AIDS nos órgãos e entidades da administração direta e indireta do estado; no Paraná a Lei estadual n. 14.362, de 19 de abril de 2004 veda a discriminação aos portadores do vírus HIV ou a pessoas com AIDS; no Rio de Janeiro a Lei estadual n. 3.559, de 15 de maio de 2001 estabelece penalidades aos estabelecimentos que discriminem portadores de vírus HIV, sintomáticos e assintomáticos e em São Paulo a Lei estadual n. 11.199, de 12 de julho de 2002 proíbe a discriminação aos portadores do vírus HIV ou às pessoas com AIDS.

5. MEIO AMBIENTE SOCIALMENTE RESPONSÁVEL

A constituição da empresa não diz mais respeito exclusivamente aos seus proprietários ou ao nicho a que se destina, ela pertence a uma cadeia de relações, tanto do ponto de vista social quanto no que concerne à utilização dos recursos e, mais a fundo, no que tange a suas posturas no contexto social.

A empresa socialmente constituída tem um papel modificador de estruturas, os valores e comportamentos das novas gerações têm

deixado bem claro que se espera muito mais de todos, que se exige muito mais também, porém a diferença está no *modus vivendi*, ou seja, a humanidade está chegando, enfim, a conclusão de que é mais importante o tempo de vida, lazer e saúde do que o tempo de trabalho, por isso, a inclusão laboral do trabalhador soropositivo será mais ampla a cada dia.

O meio ambiente está sofrendo uma profunda mudança em seu conceito⁸. A vida humana está estabelecida visceralmente ao meio em que se constitui. Todas as relações humanas, todas as suas determinações, todas as causalidades e efeitos sociais estão em vinculação direta ao meio ambiente. Todas as formações sociais, todo o modo de vida, a condição humana de sua atividade na transformação do mundo em produção material e simbólica estão compreendidas no meio ambiente. O trabalho é uma condição da socialização humana, toda forma de ação sobre a natureza no sentido de transformá-la em produto de uso e de troca só pode ser realizado no âmbito social⁹. Pois é na sociedade e com ela que estão fixadas as relações de consumo, de troca, de produção, de modo geral, mesmo que um único indivíduo seja responsável pela produção de algo, em algum momento este processo se dissipa no contexto de uma determinada coletividade.

Logo, o trabalho deve significar para o indivíduo além da garantia de renda e acesso a manutenção de consumo, sobrevivência,

8 SÉLLOS, Viviane (Org.); DARCANCHY, M. V. (Org.). Cidadania, ética e responsabilidade social. 01. ed. Rio de Janeiro: Editora Clássica, 2012. v. 01.

9 SÉLLOS, Viviane. A ressocialização do encarcerado: uma questão de cidadania e responsabilidade social. 01. ed. Rio de Janeiro: Editora Clássica, 2012. v. 01.



sensação de integração, apoio e engajamento sociais, uma fonte de prazer e satisfação pessoal¹⁰. Trabalhar, portanto, numa situação ideal, significa uma das mais importantes realizações do ser humano.

Sendo assim, o trabalho como formação social está intimamente ligado ao meio ambiente, são elementos indissociáveis, sem os quais não pode haver sequer a própria determinação da construção do homem como totalidade. Isto requer de todos aqueles que se debruçam sobre o problema do meio ambiente do trabalho a apreensão e compreensão do fato de que o processo da atividade humana não pode nem deve ser desvinculado da noção de preservação do próprio meio em que consiste o trabalho humano, mesmo que este esteja associado às lógicas do mercado capitalista.

Com isto, o conceito de meio ambiente tem sofrido um processo na sua concepção original e que se amplia à medida que a consciência social sobre o termo adquire novos

contornos, incluindo outros elementos que compõem a formação do mundo da empresa. Durante um período considerável, as empresas estiveram ligadas à noção da preservação do meio ambiente por meio de sua exploração. De alguma forma, inicialmente, este conceito se deveu às práticas predatórias da indústria, que, em grande medida, devastou o planeta em busca de recursos para o

fomento do processo industrial.

Era evidente que a sociedade industrial tinha ao seu alcance o mundo de recursos naturais, disponíveis para seu proveito, expressão da sociedade de mercado. Contudo, lentamente, a sociedade adquiriu a consciência de que este processo deveria sofrer algum controle por parte dos organismos civis e oficiais. O marco regulatório inevitavelmente atingiria a prática predatória da sociedade industrial e se alastraria por todas as relações de produção e trabalho.

A noção de um meio ambiente que seja, em última instância, o próprio meio equilibrado entre os seres vivos e suas relações, o espaço físico e a criação simbólica que neste espaço se processa, passou a ser um mote fundamental para o desenvolvimento de ambiente saudável e controlado, a fim de garantir, além de tudo, condições para que a qualidade de vida se expresse não somente nos produtos comercializados, mas, sobretudo, na própria existência dos indivíduos que compõem o processo social da produção.

Neste sentido, observa-se que a

10 DARCANCHY, M. V. . O Dano Existencial e o Direito Fundamental ao Trabalho Decente na OIT. *Direito e Justiça (URI)*, v. 12, p. 149-164, 2012.

mentalidade se expande no sentido de alcançar novos objetivos, como atividades de toda ordem. Os espaços laborais sofrem profundas modificações devido ao incremento de novas fontes de tecnologia, novas técnicas de atuação profissional, o que requer melhor preparo e adequação das empresas¹¹.

Assim sendo, a responsabilidade social se coaduna com o propósito de oferecer melhores condições de trabalho. Responsabilidade social é, em um grau mais avançado, a aproximação histórica do mundo empresarial do contexto social, em toda a sua magnitude¹².

A diversidade e a fragmentação com que a sociedade contemporânea se reveste na atualidade também coloca em pauta uma série de demandas que antes não faziam parte das relações sociais. Com a noção de que as empresas são responsáveis por parte das mazelas sociais, em comparação com o Estado, criou-se, paulatinamente, a ideia de que há uma expectativa responsável por parte da sociedade, em outras palavras, espera-se que a empresa assuma sua responsabilidade com os interesses sociais de modo abrangente.

No âmbito nacional, a preocupação com o meio ambiente do trabalho tem intensificado os esforços no sentido de garantir melhores condições aos trabalhadores, de modo geral, a Constituição Federal promulga que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e

essencial à sadia qualidade de vida” (Art. 225, *caput*).

Assim, a Constituição prevê “a proteção do meio ambiente, e mais diretamente, a tutela do meio ambiente do trabalho” então, a empresa passa a ter responsabilidade, não apenas pelo ambiente em que se trabalha, mas, notadamente, pela integridade dos seus próprios membros, ou seja, pela pessoa que está no processo produtivo.

Dessa forma, não se trata somente de contemplar uma ação positiva por parte das empresas. A manutenção do meio ambiente do trabalho passa a compor uma tarefa conjunta entre todos os agentes do processo social do trabalho, pois o produto final de qualquer empresa destina-se ao coletivo, isto é, numa perspectiva social, uma vez que os bens, serviços e as mercadorias têm uma destinação no âmbito da sociedade. É nela que o mundo do mercado se realiza e não em caráter abstrato.

Cada empresa, por conseguinte, atua com uma condição que a torna diferenciada, pelo produto, pela divulgação do mesmo, pela substancial capacidade de permanecer no mercado e de se relacionar com suas concorrentes, e mais: a ela é atribuída a responsabilidade de formar e construir o próprio fundamento das relações sociais, o que, em outras palavras, significa dizer que a empresa não é mais considerada como um elemento apartado do meio, ela se torna um dos eixos que dão sustentação à própria organização do meio social, daí a determinação corrente de que ela também compõe o cenário do meio, o meio ambiente que envolve a todos e ao qual todos pertencem. Um meio ambiente de trabalho ético no qual o trabalhador soropositivo seja tratado com respeito e dignidade.

11 DARCANCHY, M. V. . Responsabilidade social da empresa e a Constituição. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 63, p. 24-56, 2008.

12 SÉLLOS, Viviane (Org.) ; GUNTHER, L. E. (Org.) . Cidadania empresarial, dignidade humana e desenvolvimento sustentável. 01. ed. RIO DE JANEIRO: EDITORA CLÁSSICA, 2012. v. 01.

6. DIREITOS DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

Haja vista a necessidade de um amparo diferenciado aos trabalhadores soropositivos elenca-se alguns de seus direitos, que visam sua proteção frente à atividade empresarial.

Sigilo no trabalho

O portador do vírus tem o direito de manter em sigilo a sua condição sorológica no ambiente de trabalho, como também em exames admissionais, periódicos ou demissionais. Ninguém é obrigado a contar sua sorologia, senão em virtude da lei. A lei, por sua vez, só obriga a realização do teste nos casos de doação de sangue, órgãos e esperma. A exigência de exame para admissão, permanência ou demissão por razão da sorologia positiva para o HIV é ilegal e constitui ato de discriminação. No caso de discriminação no trabalho, por parte de empresa privada, recomenda-se registrar o ocorrido na Delegacia do Trabalho mais próxima.

Auxílio-doença

Esse benefício é concedido a qualquer cidadão brasileiro que seja segurado (pague o seguro em dia) e que não possa trabalhar em razão de doença ou acidente por mais de 15 dias consecutivos. A pessoa que vive com HIV/aids ou com hepatopatia grave terá direito ao benefício sem a necessidade de cumprir o prazo mínimo de contribuição e desde que tenha qualidade de segurado. O auxílio-doença deixa de ser pago quando o segurado recupera a capacidade e retorna ao trabalho ou quando o benefício se transforma em aposentadoria

por invalidez. Nesses casos, a concessão de auxílio-doença ocorrerá após comprovação da incapacidade em exame médico pericial da Previdência Social.¹³

Aposentadoria por invalidez

As pessoas que vivem com HIV/aids ou com hepatopatia grave têm direito a esse benefício, mas precisam passar por perícia médica de dois em dois anos, caso contrário, o benefício é suspenso. A aposentadoria deixa de ser paga quando o segurado recupera a capacidade e volta ao trabalho. Para ter direito ao benefício, o trabalhador tem que contribuir para a Previdência Social por no mínimo 12 meses, no caso de doença. Se for acidente, esse prazo de carência não é exigido, mas é preciso estar inscrito na Previdência Social. Não tem direito à aposentadoria por invalidez quem, ao se filiar à Previdência Social, já tiver doença ou lesão que geraria o benefício, a não ser quando a incapacidade resultar no agravamento da enfermidade.

Benefício de Prestação Continuada

É a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho, bem como ao idoso com 65 anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. Esse benefício independe de contribuições para a Previdência Social. A pessoa para recebê-lo deve dirigir-se ao posto do INSS mais próximo

13 Todo o procedimento administrativo relativo ao benefício, está regulado pelos artigos 274 a 287 da [Instrução Normativa INSS/PRES nº 45](#), de 6 de agosto de 2010.

e comprovar sua situação. Essa comprovação pode ser feita com apresentação de Laudo de Avaliação (perícia médica do INSS ou equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde). A renda familiar e o não exercício de atividade remunerada deverão ser declarados pela pessoa que requer o benefício.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando por premissa inicial a ideia de que a ética é um conjunto de regras que suplantam o tempo e o espaço, atingindo a toda a comunidade humana como uma necessidade fundamental à convivência, o anseio por celebrá-la em uma sociedade é refletido no exercício do poder constituinte, originário ou derivado, assim como na própria interpretação das normas constitucionais.

Entende-se também que a ética inspira a posituação do direito, para que a ninguém seja dado o direito de alegar o seu desconhecimento e para que o que for permitido, proibido ou obrigado, o seja a todos. A ética corresponde à conduta pautada na axiologia e é voltada ao desenvolvimento da antropologia, ou melhor, tem base em valores e destina-se à evolução do indivíduo em benefício da espécie humana.

A ética nas empresas está associada, desse modo, à ética nos negócios e à ética social. Cada vez mais a empresa parece tomar ciência de que é preciso mudar a postura diante da própria sociedade que é, em última análise, a legitimadora institucional da vida da empresa e de sua saúde no que tange aos ordenamentos de mercado. Uma vez que o mercado está na sociedade e é ela quem compra, quem produz, quem comercializa, quem distribui, etc.

Sociedade ética é sociedade justa. Uma e outra característica são correspondentes. E isto se justifica pelo fato de indivíduo/sociedade/espécie serem não apenas inseparáveis, mas co-produtores um do outro.

Assim, a dignidade humana adquire novos contornos no panorama social. A vida humana, gradativamente, passa a ser um conceito que abrange todas as esferas do comportamento empresarial. É, possivelmente, um caminho sem volta, que tem afetado, de modo cabal, a estrutura do ordenamento jurídico trabalhista em todos os níveis da organização social.

O direito tem se debruçado cada vez mais no sentido de dar respostas adequadas às mudanças de ordem social, às mudanças que colocam em risco a vida humana e seu meio ambiente de trabalho e o respeito às condições pessoais e à dignidade dos trabalhadores, pois, não basta começar a chamá-los de colaboradores no lugar de empregados, não é um vocábulo que altera o sentido de toda uma vida que tem direito acima de tudo à justiça.

8. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A POLÍTICA. TRAD. ROBERTO LEAL FERREIRA, SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 1991.

BARACAT, E.M. . A BOA-FÉ NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1ª. ED. SÃO PAULO: EDITORA LTR, 2003.

DARCANCHY, MARA VIDIGAL (ORG.). RESPONSABILIDADE SOCIAL NAS RELAÇÕES LABORAIS. SÃO PAULO: LTR, 2007.

DARCANCHY, M. V. . RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E A CONSTITUIÇÃO. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, V. 63, P. 24-56, 2008.

DARCANCHY, M. V. . O DANO EXISTENCIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DECENTE NA OIT. DIREITO E JUSTIÇA (URI), v. 12, p. 149-164, 2012.

DEJOURS, C. A BANALIZAÇÃO DA INJUSTIÇA SOCIAL. RIO DE JANEIRO: EDITORA FGV,1999.

DE MASI, DOMMENICO. O ÓCIO CRIATIVO. RIO DE JANEIRO: SEXTANTE, 2000.

_____. (ORG.) A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL. SÃO PAULO: EDITORA SENAC, 1999.

HABERMAS, JÜRGEN. TEORIA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA. TOMO I: RACIONALIDADE DE LA ACCIÓN Y RACIONALIZACIÓN SOCIAL. VERSIÓN MANUEL JIMÉNEZ REDONDO. 4. ED., MADRID: TAURUS, 1987.

KELSEN, HANS. TEORIA PURA DO DIREITO. 3. ED., TRADUÇÃO DE J. CRETELLA JR E AGNES CRETELLA. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2003.

KNOERR, VIVIANE SÉLLOS. A RESSOCIALIZAÇÃO DO ENCARCERADO: UMA PROPOSTA PARA REFLEXÃO. JURIS (FURG), v. 13, 2009.

LYOTARD, JEAN-FRANÇOIS. O PÓS-MODERNO. 3. ED. (2ª. IMPRESSÃO), TRADUÇÃO DE RICARDO CORREIA BARBOSA, RIO DE JANEIRO: JOSÉ OLYMPIO, 1990.

NASCIMENTO, AMAURI MASCARO. DIREITO CONTEMPORÂNEO DO TRABALHO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011.

SANGIOVANNI, ANDREA. GLOBAL JUSTICE, RECIPROCITY AND THE STATE. IN: PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS, VOLUME 35 , ISSUE 1 , PÁGINAS 3-39 , INVERNO 2007.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. PELA MÃO DE ALICE - O SOCIAL E O POLÍTICO NA PÓS-MODERNIDADE. 8. ED. SÃO PAULO: CORTEZ, 2001.

SÉLLOS, VIVIANE . A RESSOCIALIZAÇÃO DO ENCARCERADO: UMA QUESTÃO DE CIDADANIA E RESPONSABILIDADE SOCIAL. 01. ED. RIO DE JANEIRO: EDITORA CLÁSSICA, 2012. v. 01.

SÉLLOS, VIVIANE (ORG.) ; GUNTHER, L. E. (ORG.) . CIDADANIA EMPRESARIAL, DIGNIDADE HUMANA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. 01. ED. RIO DE JANEIRO: EDITORA CLÁSSICA, 2012.

SÉLLOS, VIVIANE (ORG.) ; DARCANCHY, M. V. (ORG.) . CIDADANIA, ÉTICA E RESPONSABILIDADE SOCIAL. 01. ED. RIO DE JANEIRO: EDITORA CLÁSSICA, 2012. v. 01.

SOROS, GEORGE. GLOBALIZAÇÃO. TRADUÇÃO DE AFONSO CELSO DA CUNHA SERRA. RIO DE JANEIRO: CAMPUS, 2003.

[HTTP://WWW.ANAMATRA.ORG.BR/ARTIGOS/A-DISCRIMINACAO-AO-TRABALHADOR-COM-HIV-AIDS](http://www.anamatra.org.br/artigos/a-discriminacao-ao-trabalhador-com-hiv-aids)

[HTTP://WWW.ESDC.COM.BR/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-389-VIVIANE_COELHO_DE_SELLOS_GONDIM.PDF](http://www.esdc.com.br/rbdc/rbdc-09/rbdc-09-389-viviane_coelho_de_sellos_gondim.pdf)

Publicado originalmente em Tutela Jurídica do Trabalhador Soropositivo. Eduardo Milléo Baracat e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (Coords.). São Paulo: Clássica, 2013.



Acórdão da 1ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2010-029-09-00-6 publicado no DEJT em 18/09/2012, Relator Desembargador Cassio Colombo Filho.

São pressupostos autorizadores da concessão da garantia de emprego, a teor do artigo 118 da Lei 8.213/91 e da Súmula 378, II, do TST, o afastamento do trabalho por período superior a 15 dias e o recebimento de auxílio-doença acidentário. Ausentes os pressupostos citados, não há que se falar no direito à garantia provisória de emprego e consequente reintegração ou indenização do período de estabilidade. Recurso ordinário da reclamada a que se dá parcial provimento.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. **20ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**, em que é recorrente (ré) e recorrida (autora).

I. RELATÓRIO

Inconformada com a r. sentença de fls. 436/440, proferida pelo Juiz do Trabalho Ariel Szymanek, complementada pela decisão resolutive de embargos de fls. 454, que acolheu parcialmente os pedidos elencados na inicial, recorre a reclamada.

A reclamada (...), em razões de fls. 460/481, pugna pela reforma do julgado no que se refere a: a) acidente de trabalho- garantia de emprego - ausência de afastamento (súmula 378 do TST); e b) indenização por dano moral - acidente de trabalho - ausência de culpa da reclamada.

[...]

2. MÉRITO

ACIDENTE DE TRABALHO- GARANTIA DE EMPREGO - AUSÊNCIA DE AFASTAMENTO (SÚMULA 378 DO TST)

Irresigna-se a reclamada quanto à sua condenação ao pagamento de 12 salários de contribuição, em razão do reconhecimento pelo Juízo “*a quo*” da garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho.

Está disposto em sentença que (fls. 437/438):

“Autora, qualificada na inicial, demandou em face de (ré). **Alegou que prestou serviços para a Ré no período de 17/12/2002 a 25/9/2008, exercendo a função de auxiliar de enfermagem a partir de agosto de 2006. No dia 8/9/2008 sofreu acidente de trabalho se ferindo com uma agulha de injeção durante o atendimento a paciente diagnosticado como portador de HIV e Hepatite B. Foi**

imediatamente encaminha para o setor de sorologia do hospital para realizar exames de sangue a fim de constatar se não houve contaminação. Já no dia 9/9/2008 o resultado dos exames afastou a contaminação por Hepatite. O exame de HIV, contudo, teria o resultado somente em 23/10/2008. Foi lhe então receitado o coquetel de medicamentos anti HIV e ficaria afastada de suas atividades como auxiliar de enfermagem, prestando serviços na área administrativa. No dia 24/9/2008 passou mal, provavelmente em razão do coquetel de medicamentos que vinha ingerindo, ficando afastada do trabalho nesse dia. Ao retornar ao trabalho no dia seguinte (25/9/2008) foi comunicada que estava sendo despedida, sendo submetida a exame demissional no dia 6/10/08, o qual atestou sua aptidão para o trabalho. Quando compareceu no Sindicato da categoria para fins de homologação da rescisão contratual, ante os fatos acima narrados, a entidade sindical se recusou a homologar a rescisão. A Ré determinou, então que a Autora permanecesse em casa até o resultado do exame de HIV, mas nesse período não recebeu salários. No dia 23/10/2008 foram divulgados os exames de HIV, mas os envelopes que lhe foram entregues pelo enfermeiro A. se encontravam violados. Ao que se presume, pois a Autora não informa na inicial, tais exames deram resultado negativo. Em 29/10/2008 a rescisão contratual foi homologada pelo Sindicato da categoria. Afirma, contudo, que somente aquele exame não era suficiente para afastar totalmente a contaminação por HIV, tendo permanecido em tratamento até agosto de 2009, não tendo logrado novo emprego em outro hospital, pois poderia estar infectada com HIV. Pretende o reconhecimento que por ocasião da despedida estava ao abrigo de garantia de emprego acidentária, a qual remanesceria até um ano após agosto de 2009 (presume-se que nessa data foi afastado definitivamente a possibilidade de infecção por HIV), com a reintegração ao emprego ou indenização respectiva. Busca, também, a indenização pelos danos morais decorrentes da despedida abusiva e da violação e divulgação do conteúdo do exame de HIV. Atribuiu à causa o valor de R\$ 53.000,00. Juntou documentos (fls. 12-45).

A Ré compareceu na audiência inicial (fls. 70) quando ofertou contestação escrita (fls. 72-89). Invocou a prescrição quinquenal. Reconheceu a ocorrência do acidente de trabalho, porém sustentou que não houve afastamento do trabalho, pois o acidente não implicou incapacidade para o trabalho. Por ocasião da despedida a Autora estava apta para o trabalho, pois os exames sorológicos haviam apresentado resultado normal. Negou que tenha havido violação dos envelopes dos exames sorológicos. Impugnou todos os pedidos, requerendo o decreto de improcedência. Juntou documentos (fls. 90-405).

Na audiência de instrução documentada às fls. 415, foram ouvidas as partes. Em prosseguimento, na audiência documentada às fls. 435, ausente a Autora, a Ré prescindiu da produção de outras provas, sendo encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas pela Ré por memoriais pela Autora (fls. 433).

Tentativa conciliatória final prejudicada.

É o relatório.

(...)

2. - DA NULIDADE DA DESPEDIDA/GARANTIA DE EMPREGO

Considerado o já relatado acima, tem-se que a prova produzida no feito dá conta que a Autora não chegou a se afastar do trabalho ou mesmo teve sua função alterada. Também, conforme informou a Autora em depoimento (fls. 415), mesmo antes de agosto de 2009, conseguiu nova colocação no mercado de trabalho, na mesma função.

Não obstante, não se pode ter como lícita a despedida da Autora antes da divulgação do resultado do exame de HIV. Com efeito, a possibilidade de infecção decorreu do acidente de trabalho (fato incontroverso). Assim, antes de ultimadas as medidas relativas a aferição da extensão do dano decorrente do acidente de trabalho (aqui considerada a possível infecção por HIV) o poder potestativo de rescisão contratual do empregador não opera.

Trata-se, primeiramente, da interpretação do disposto no art. 1º, III, e 3º, I, da Constituição da República, que não permite a sobreposição dos interesses econômicos (que em última análise refletem o poder potestativo de dispensa imotivada) sobre a dignidade da pessoa humana e impõe o dever de solidariedade.

O caso concreto é exemplo prático da desconsideração da função social da empresa (Constituição da República, art. 170, III), pois a Ré simplesmente descartou empregada que sofreu acidente de trabalho e, por conta disso, estava ainda na incerteza de ter ou não sido contaminada por HIV.

Considerando, pois, que o resultado do exame de HIV estava previsto para o dia 23/10/2008, até essa data não poderia ser o contrato de trabalho resilido pela Ré. Acrescente-se, ainda, que isso na eventualidade de o exame ter resultado negativo, pois, do contrário, segundo atual entendimento jurisprudencial do c. TST, a despedida seria presumidamente abusiva.

Impositiva, pois, a declaração da nulidade da despedida ocorrida no dia 25/9/2008.

Consigne-se, demais disso, que o preposto da Ré reconheceu em audiência (fls. 415) que “3) o procedimento padrão para casos de dúvidas quanto à contaminação com HIV é de 6 meses” e, portanto, somente pode ser tida como definitivamente afastada a possibilidade de contaminação em 24/9/2009.

Quanto à garantia de emprego alegada, cumpre analisar que a mens legis que deu origem ao disposto no art. 118 da Lei 8.213/91 é preservar o emprego do empregado acidentado com alguma gravidade. Para efeitos de se aferir a gravidade do acidente a lei fixou como parâmetro objetivo o afastamento superior a quinze dias (do qual decorre a necessidade de encaminhamento do empregado ao órgão previdenciário).

O caso concreto, embora não tenha demandado afastamento das funções, foi de gravidade extrema, pois expôs a Autora a risco concreto de contaminação por HIV, o que somente pode ser afastado completamente seis meses após. As consequências para a Autora foram terríveis, pois remanesceu na incerteza de ter ou não sido contaminada até o final do procedimento, sendo notórias as consequências pessoais e profissionais para a pessoa infectada ou com suspeita de infecção por HIV.

O acidente, pois, foi gravíssimo, atraindo a aplicação analógica do disposto no art. 118 da Lei 8.213/91, garantindo a Autora o emprego até um ano após a data da alta previdenciária, aqui tido como sendo o final do procedimento para averiguação da possível contaminação da Autora (24/9/2009).

Cita-se, a propósito, a Jurisprudência:

19700000520 JLBPS.118 - ACIDENTE BIOLÓGICO - AGULHA UTILIZADA EM PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - PERFURAÇÃO DO DEDO DA EMPREGADA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA CONVERTIDA EM INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA - O reconhecimento da estabilidade provisória, decorrente do acidente de trabalho ou de doença profissional, em princípio, exige a conjugação de dois requisitos: o afastamento do serviço por prazo superior a quinze dias; a percepção do auxílio-doença acidentário. Entretanto, não se pode valorizar a frieza da letra da lei em detrimento do espírito do legislador, que pretendeu proteger a saúde da trabalhadora e evitar sua dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, de cujo texto se deve extrair o máximo de efetividade, em contraste com a legislação ordinária, sem que essa possa obnubilar a efetividade daquela, denominada de Carta Magna, porque enverga os princípios, os objetivos, os fundamentos, os institutos e as normas do Estado democrático de direito. A jurisprudência avançou e se sedimentou sobre a desnecessidade de haver o recebimento do auxílio-doença acidentário, para que seja reconhecida a estabilidade do art. 118 da Lei 8.213/91, nos casos de doença profissional, consoante a Súmula 378, item II/TST. Existe fundamento jurídico, lógica, equidade e justiça nesse posicionamento pretoriano. No caso em exame, incontestemente que a Reclamante sofreu acidente biológico, ao se perfurar com uma agulha utilizada em paciente portador do vírus HIV. Assim, ainda que ela não tenha usufruído o auxílio-doença acidentário ou comum, avulta o direito à estabilidade provisória, na medida em que uma exegese sistemática e teleológica do artigo 118 da Lei 8.213/91 permite, sem muita controvérsia, concluir que à empregada, vítima de acidente biológico, se deve preservar o emprego, tendo em vista a especificidade da situação vivenciada, não parecendo justo que a empresa mantenha íntegro o seu direito potestativo de dispensá-la, ao menos durante o período de acompanhamento clínico-laboratorial acerca de eventual contaminação. A lei é que precisa ser interpretada de acordo com as diversas situações fáticas e não a realidade que deva se acomodar à lei.

Se a reintegração for desaconselhável, deve ser convertida em indenização substitutiva. (TRT 03ª R. - RO 00xxx-2009-137-03-00-4 - Quarta Turma - Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault - DJe 18.12.2009)

A Autora postulou a reintegração ao emprego ou a indenização substitutiva no importe de 12 salários de contribuição. Considerado que já exaurido o período de garantia de emprego, impositivo o acolhimento do pedido sucessivo, nos limites impostos na inicial, **condenando-se a Ré à indenização de doze salários de contribuição**, ora fixados como sendo o valor pago ao título de aviso prévio no TRCT de fls. 97, englobando os reflexos das médias de horas extras, adicional noturno, anuênio, adicional de insalubridade e prêmio assiduidade (R\$ 1.064,24).

Para efeitos de correção monetária deverá ser considerado o direito ao salário supra arbitrado no período de 24/9/2009 a 24/10/2010.” (g.n.)

Aduz a reclamada, fls. 461/469, que no dia 08/09/2008 a reclamante envolveu-se em acidente de trabalho com material biológico (perfurou o dedo com agulha de seringa utilizada por paciente com HIV); que houve o encaminhamento para exames e emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho).

Alega, outrossim, que não houve necessidade de afastamento da reclamante (conforme depoimento e sentença); que o acidente não ocasionou nenhuma incapacidade para o trabalho e tampouco o afastamento; que todos os exames tiveram resultados normais; que no momento da ruptura do contrato de trabalho a recorrida encontrava-se apta para o trabalho e que houve prestação habitual de serviços nos dias posteriores ao acidente.

Asseverou ainda a recorrente que no momento da rescisão do contrato de trabalho a reclamante não encontrava-se em licença médica, sendo certo que o contrato de trabalho não estava suspenso; que é perfeitamente lícita a rescisão contratual; que é necessário o preenchimento de requisitos para reconhecimento da garantia de emprego, conforme Súmula nº 378 do TST e artigos 59 e 118 da Lei nº 8.213/1991.

Por fim, requer que seja reformada a sentença para retirada da condenação em indenização substitutiva, tendo à vista que não houve afastamento da reclamante e que, do mesmo modo, não houve o recebimento de auxílio-doença acidentário.

Em contrarrazões, fls. 487/488, assevera a reclamante que *“muito embora, a Recorrida não tenha efetivamente se afastado do emprego, há que destacar que conforme restou esclarecido pela sentença, a despedida não pode ser tida como lícita, vez que ocorreu antes da divulgação do resultado do exame de HIV”*; que *“os resultados dos exames de HIV estariam disponíveis no dia 23 de outubro de 2008, porém a Recorrida foi informada que seria despedida no dia 25 de setembro de 2008, devendo realizar exame demissional no dia 6 de outubro de 2008. Entretanto, o Sindicato da categoria se recusou a época a realizar a rescisão”*.

Também alega que *“nota-se claramente pelo narrado que muito embora a homologação da rescisão tenha ocorrido posteriormente ao resultado dos exames, a Recorrente já havia rescindido o contrato, vez que afastou a Recorrida de suas funções, sem, no entanto, lhe manejar para outra função, ou lhe remunerar pelo tempo que ficou afastada”* e que *“o risco de contaminação por HIV somente pode ser afastado após 6 meses, o que se conclui que a margem de segurança, que afastaria o risco de contaminação se daria apenas em 24 de setembro de 2009”*.

Por fim, afirmou que *“as alegações da Recorrente não merecem prosperar, devendo ser aplicada analogicamente o art. 118 da Lei 8.213/91, garantindo a Recorrida a garantia de emprego até data de sua alta, no caso concreto, até o decurso do prazo de 6 meses estabelecido como procedimento padrão da Recorrente em casos semelhantes, qual seja, 24 de setembro de 2009”*.

Analiso.

Com razão a reclamada.

No que se refere à estabilidade, o art. 118 da Lei 8.213/91 estabelece que:

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

Por sua vez, os artigos 19, 20 e 21 da mesma Lei definem as hipóteses de acidente de trabalho, conforme segue:

“Art.19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (...)

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

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

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

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído

diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de: (...)

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: (...)"

Tratando da matéria o E. TST expediu a súmula nº 378, que prevê o seguinte:

“SUM-378 ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. CONSTITUCIONALIDADE. PRESSUPOSTOS

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado.

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego”.

Assim, verifica-se que o ordenamento jurídico garante a quem sofreu acidente de trabalho - recebendo auxílio-doença acidentário - a garantia de seu emprego por um período de 12 meses após o encerramento do benefício, todavia, são pressupostos autorizadores da concessão da garantia de emprego, a teor do artigo 118 da Lei 8.213/91 e da Súmula 378, II do TST já mencionados, o **afastamento do trabalho por período superior a 15 dias** e o **recebimento de auxílio-doença acidentário** (B-91).

Ocorre que, no caso em análise, apesar da gravidade do ocorrido, não houve afastamento ou recebimento de auxílio-doença acidentário conforme depoimento da própria reclamante, fl. 415, (*não esteve afastada do serviço quando ocorreu o acidente relatado na inicial*).

Existe a possibilidade de se relevar estes pressupostos apenas quando, após a rescisão contratual, constata-se doença profissional que guarde relação de causalidade com as atividades laborativas, o que não é a situação no presente caso.

Considerando que o MM. Juiz primeiro reputou, fl. 437-verso, que *“o acidente, pois, foi gravíssimo, atraindo a aplicação analógica do disposto no art. 118 da Lei 8.213/91, garantindo a Autora o emprego até um ano após a data da alta previdenciária”*, cabe reforma da sentença, tendo à vista que a reclamante não cumpriu nenhum dos requisitos para fazer jus à garantia provisória de emprego.

Sendo assim, reformo a sentença para afastar a condenação da reclamada ao pagamento da indenização de doze salários de contribuição e seus reflexos.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ACIDENTE DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE CULPA DA RECLAMADA

Pretende a reclamada a reforma do julgado no que tange ao dano moral.

O Juízo “a quo” sentenciou que (fls. 438/439):

“3 - DO DANO MORAL

Por dano moral, considera-se a ofensa àqueles bens insuscetíveis de valoração pecuniária implicando a lesão ao direito de personalidade, caracterizando dano patrimonial indireto. Por direitos da personalidade a doutrina entende as permissões dadas pela lei, a cada pessoa, de efetuar a defesa da integridade física, moral e intelectual.

Ensina Humberto Theodoro Júnior sobre o tema:

“No convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar a incolumidade de sua personalidade.

É ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não-econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado.

(...)

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração social’). Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana’. Traduzem-se em ‘sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida’ capaz de gerar ‘alterações psíquicas’ ou ‘prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral’ do ofendido.” (Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.37/38).

De início, consigna-se que não há nos autos comprovação ou mesmo indícios de que tenha havido violação dos envelopes dos exames de HIV da Autora. Dessa forma o pedido de indenização

por danos morais, quanto a esse fundamento, é desde logo rejeitado.

Tangente ao alegado dano moral decorrente da despedida arbitrária e ilegal, assiste razão à Autora. Com efeito, a conduta ilícita da Ré já foi analisada o item precedente e a reparação do dano material já foi determinada, nos limites do pedido.

O ocorrido (acidente de trabalho), embora não tenha implicado prejuízo a capacidade laboral da Autora, dada as condições que ocorreu, autoriza presumir como causador de prejuízos ao patrimônio imaterial. Com efeito, não se pode negar que a possibilidade de ter sido infectada por HIV é nefasta para qualquer pessoa, afetando a vida pessoal e profissional. Demais disso, tal situação foi extremamente potencializada pela conduta da Ré em, ilicitamente, despedir a Autora menos um mês após a suspeita de contaminação e antes mesmo do resultado do primeiro exame de HIV. A conduta da Ré, ao simplesmente descartar a empregada já debilitada em face da possibilidade de ter sido contaminada por HIV, veio trazer mais incertezas quanto ao seu futuro.

Tangente a alegada culpa exclusiva/concorrente da Autora, tem-se que nenhum elemento há nos autos que autorize o reconhecimento que ela tenha infringido alguma norma de procedimento da Ré, máxime tendo-se em vista que o preposto da Ré reconheceu em depoimento que: “2) acredita que o paciente em coma tem condições de movimentar-se involuntariamente”.

No caso concreto, o contato diário com pacientes portadores de doenças infecto contagiosas e a necessidade de realização de procedimentos nesses pacientes atrai o disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, vigente, conforme art. 8º parágrafo único do CLT e art. 7º caput, da Constituição da República. Com efeito, o risco a que a Autora era exposta em suas atividades era muito mais acentuado que aquele inerente ao cidadão comum em seu cotidiano e decorrente da própria atividade econômica da Ré.

Cita-se, a propósito, a Jurisprudência:

103000196336 JNCCB.927 JNCCB.927.PUN - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - Se a atividade desenvolvida pela empregadora submete seus trabalhadores a riscos maiores de desenvolver certa enfermidade, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, tornando-se objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários. Recurso de revista conhecido e não provido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A reclamante, embora tenha trazido declaração de pobreza, encontra-se assistida por advogado particular e não pelo sindicato da sua categoria profissional, razão por que o entendimento adotado pelo Tribunal Regional é dissonante da Súmula 219 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR xxx/2005-009-17-00.0 - Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho - DJe 03.12.2010 - p. 1315)v87

A indenização por dano moral é compensação para a vítima. A par deste caráter, também representa sanção ao ofensor, com o intuito de inibir a reincidência. Na fixação do quantum indenizatório, deve o juiz examinar a intensidade da violação do patrimônio imaterial e a capacidade econômica do ofensor, a par da intensidade da culpa deste no desencadeamento do infortúnio.

Conforme acima mencionado, **a Ré contribuiu de forma inequívoca para potencializar o sofrimento da Autora ao despedi-la ilicitamente, agravando uma situação que já era sofrível.**

Fixa-se a indenização por dano moral em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor esse, que se tem consentâneo com a extensão dos danos morais sofridos e com a capacidade econômica do Réu, bem como em face do grau de culpabilidade deste e de sua capacidade econômica. Esse valor deverá ser atualizado monetariamente a partir de 19/8/2011 (data da prolação desta decisão - súmula 11 do E. TRT da 9ª região)."

Em suas razões, 469/481, argumenta a reclamada que *"o conjunto probatório evidencia a absoluta ausência de culpa da recorrente quanto ao acidente de trabalho sofrido pela parte autora, não se verificando a negligência da empregadora a respeito das normas e medidas de segurança, que viesse a causar dano a outrem"* e que *"a reclamada sempre observou os ditames legais no tocante a segurança do trabalho de seus empregados"*.

Assevera também que *"a autora não sofreu qualquer dano decorrente do acidente de trabalho ocorrido"*; que *"conforme os exames médicos colacionados aos autos pela própria demandante, esta não sofreu qualquer prejuízo em sua saúde"* e que também *"não sofreu qualquer redução de sua capacidade laborativa"*.

Outrossim, aduz a recorrente que *"o acidente ocorreu por ato inseguro da própria autora, quando manuseava um "mandril", sendo certo que a ré em nada contribuiu para tanto"*; que *"na hipótese dos autos não restaram demonstrados os pressupostos aptos a ensejar o deferimento da indenização por dano moral, haja vista que ela própria, a reclamante, é quem teve culpa pelo infortúnio que a vitimou, certamente por ato inseguro da própria vítima"*; que *"o evento ocorreu por culpa exclusiva da autora, o que inviabiliza o reconhecimento do nexos causal entre o dano sofrido (gize-se, sequer demonstrado) e a conduta da ré"*.

Requerer, assim, a reforma da sentença para que seja excluída a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Sucessivamente, em relação ao valor atribuído à indenização, alega a recorrente que *"considerando as peculiaridades fáticas assentadas na hipótese dos autos, a pouca gravidade do dano e a ausência de culpa do empregador, além dos princípios da proporcionalidade, merece ser reduzido o valor a um patamar mais adequado"*.

Passo à análise.**Sem razão a reclamada.**

Os argumentos apresentados pela recorrente pretendem, de forma geral, no reconhecimento da culpa exclusiva da reclamante no acidente ocorrido em 08/09/2008, **todavia**, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais advém da conduta da reclamada no período posterior ao infortúnio, isto é, sua condenação deu-se em razão da despedida arbitrária e ilegal e também em virtude de ter contribuído para o sofrimento da recorrida ao despedi-la ilicitamente, tornando mais grave uma situação que já era péssima, como pode ser observado na sentença, fl. 439.

“(...)

Tangente ao alegado dano moral decorrente da despedida arbitrária e ilegal, assiste razão à Autora. Com efeito, **a conduta ilícita da Ré já foi analisada o item precedente e a reparação do dano material já foi determinada**, nos limites do pedido.

O ocorrido (acidente de trabalho), embora não tenha implicado prejuízo a capacidade laboral da Autora, dada as condições que ocorreu, autoriza presumir como causador de prejuízos ao patrimônio imaterial. Com efeito, não se pode negar que a possibilidade de ter sido infectada por HIV é nefasta para qualquer pessoa, afetando a vida pessoal e profissional. Demais disso, tal situação foi extremamente potencializada pela conduta da Ré em, ilicitamente, despedir a Autora menos um mês após a suspeita de contaminação e antes mesmo do resultado do primeiro exame de HIV. **A conduta da Ré, ao simplesmente descartar a empregada já debilitada em face da possibilidade de ter sido contaminada por HIV, veio trazer mais incertezas quanto ao seu futuro.**

(...) a **Ré contribuiu de forma inequívoca para potencializar o sofrimento da Autora ao despedi-la ilicitamente**, agravando uma situação que já era sofrível.

Denota-se que a reclamada não ataca os fundamentos da sentença, assim em face do **princípio da dialeticidade**, o fato de o recorrente não ter se manifestado de forma precisa contra o fundamento exposto na decisão de origem, constitui óbice à apreciação da questão, nos termos da Súmula nº 422 do C. TST, in verbis:

“SUM-422 RECURSO. APELO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 514, II, do CPC (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 90 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005 Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta. (ex-OJ nº 90 da SBDI-2 - inserida em 27.05.2002)”

Saliento, outrossim, que ainda que assim não fosse, a conduta da reclamada realmente lesionou a moral da reclamante.

A síntese fática é a seguinte.

A reclamante prestou serviços para a Ré no período de 17/12/2002 a 25/9/2008, exercendo a função de auxiliar de enfermagem.

No dia 8/9/2008 sofreu acidente de trabalho ferindo-se com uma agulha durante o atendimento a paciente diagnosticado como portador de HIV e Hepatite B, fl. 31. Foi encaminhada para realizar exames de sangue a fim de constatar se não houve contaminação.

Em 9/9/2008 houve a confirmação da inexistência de contaminação por Hepatite, todavia o exame de HIV teve seu resultado somente em 23/10/2008 (posterior ao fim do contrato de trabalho).

No dia 25/9/2008, menos de 20 dias após o acidente de trabalho, houve a comunicação de rescisão contratual, sendo submetida a exame demissional no dia 6/10/08, o qual atestou sua aptidão para o trabalho.

Quando compareceu no Sindicato da categoria para fins de homologação da rescisão contratual, ante os fatos acima narrados, a entidade sindical se recusou a homologar a rescisão. A Ré determinou, então que a Autora permanecesse em casa até o resultado do exame de HIV, **mas nesse período não recebeu salários.**

No dia 23/10/2008 foram divulgados os exames de HIV, com resultado negativo, fl. 39.

Em 29/10/2008 a rescisão contratual foi homologada pelo Sindicato da categoria, fl. 23, todavia somente aquele exame não era suficiente para afastar totalmente a contaminação por HIV, fato confirmado pela declaração do preposto da reclamada em audiência, fl. 415, (3) *o procedimento padrão para casos de dúvidas quanto à contaminação com HIV é de 6 meses*).

Pois bem.

Os fatos narrados, embora não indiquem prejuízo à capacidade laboral da reclamante, ante a ausência de contaminação, demonstram efetivos danos morais, pois a simples suspeita de contaminação por doença tão grave como o HIV já é suficiente para causar sofrimento e desespero incalculáveis a qualquer pessoa.

Não bastasse isso, a reclamada rescindiu o contrato de trabalho apenas alguns dias após o ocorrido, com manifesto objetivo de livrar-se de sua empregada que sofrera acidente de trabalho, sem nem mesmo existir qualquer confirmação de exames, muito menos respeito ao período de 6 meses necessário para extirpar, com total certeza, a dúvida de contaminação.

Assim, a conduta da reclamada de, como bem elucidado pelo Juízo *a quo*, “*descartar a empregada já debilitada em face da possibilidade de ter sido contaminada por HIV*” é extremamente reprovável e caracterizadora de dano à moral da trabalhadora.

Quanto ao valor arbitrado, também não possui razão a reclamada.

Nesse aspecto, há que considerar-se que o ofendido tem de receber uma soma que compense o dano, a dor e seu sofrimento, sem que tal quantia constitua-se em locupletamento, e também é necessário que se leve em conta o caráter punitivo e pedagógico da medida, uma vez que o valor deve corresponder a quantia que o ofensor não considere irrisória, o que culminaria na sensação de impunidade.

Concomitante a tais considerações, é preciso que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade balizem a conclusão para que possa atingir-se uma indenização justa.

Por conseguinte, considerando a situação do presente caso, observa-se que o valor de R\$ 15.000,00, está satisfatoriamente arbitrado.

Mantenho a sentença.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para, nos termos da fundamentação, **reformular** a sentença para afastar a condenação da reclamada ao pagamento da indenização de doze salários de contribuição e seus reflexos.

Custas no importe de R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais), calculadas sobre o novo valor arbitrado à condenação de R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

Intimem-se.

Curitiba, 28 de agosto de 2012.

CASSIO COLOMBO FILHO
RELATOR



Acórdão da 1ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2004-008-09-00-3-ACO-xxxxx-2006, publicado no DEJT em 06/10/2006, Relator Desembargador Benedito Xavier da Silva

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **8ª Vara do Trabalho de CURITIBA - PR**, em que são recorrentes (ré) e (autor) e recorridos **OS MESMOS**.

V I S T O S, relatados [...]

2.1 RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

a) Transação - acordo (art. 625-A da CLT)

A ré reitera a arguição de carência de ação, a fim de que se declare a extinção do processo sem julgamento de mérito, tendo em vista que o autor firmou acordo perante a comissão de conciliação prévia, sem qualquer ressalva, dando quitação do extinto contrato de trabalho, conforme termo de fls. 20/21.

Não lhe assiste razão.

A respeito da matéria, o entendimento que prevalece nesta E. Turma é no sentido de que a submissão do conflito oriundo de relação de emprego à Comissão de Conciliação Prévia, ainda que nela as partes tenham conciliado, não constitui óbice ao ajuizamento da ação.

A atividade jurisdicional não deve ficar inviabilizada apenas por uma questão formal, fora do processo. O encerramento deste sem o julgamento do mérito representa grave ofensa ao direito de ação. Não se pode perder de vista o fato de que a finalidade essencial do processo é a paz social; por conseguinte, toda e qualquer manobra no sentido de inviabilizá-la ou retardá-la deve merecer pronta repulsa do Judiciário. A forma pela forma não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico. Ademais, conforme já mencionado, o monopólio jurisdicional pertence ao Judiciário.

A criação das comissões de conciliação prévia teve por objetivo desafogar o Judiciário e não inviabilizar o exercício do direito de ação. A atuação jurisdicional não pode ficar condicionada ao “poder” do setor privado.

Ressalte-se, ainda, que a Comissão de Conciliação Prévia tem por objetivo facilitar e viabilizar a composição do litígio e não o de dificultar ou impedir o acesso ao Judiciário.

No termo de conciliação, houve discriminação das seguintes parcelas e valores: rescisão complementar R\$ 175,00; participação nos resultados R\$ 105,00; horas extras R\$ 370,00; e FGTS R\$

50,00, totalizando R\$ 700,00.

Indubitavelmente, a quitação limitou-se aos valores discriminados.

Dispõe o art. 320 do CCB/2002: “A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.”

No mesmo sentido é o art. 477, § 2º, da CLT: “O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.”

Portanto, a quitação foi específica, no que se refere aos valores discriminados.

Considerando tratar-se de direitos trabalhistas (4 anos de trabalho), bem como o baixo valor do acordo e ainda o estado de saúde do autor (HIV) que, por certo, lhe gerou depressão, impossível, no presente caso aplicar de forma rígida e inflexível o parágrafo único do art. 625-E da CLT. Este deve ser interpretado em consonância com os arts. 320 do CCB/2002 e 477, § 2º, da CLT e com os princípios da boa fé e da proibição do enriquecimento ilícito.

Por último, registro que o autor não estava acompanhado de advogado, o qual poderia dar-lhe suporte técnico. Além disso, os dizeres do termo de conciliação seguem texto padrão e podem não refletir a realidade de cada caso concreto.

Assim, a quitação operada em razão da conciliação de fls. 20/21, somente, diz respeito às parcelas recebidas e discriminadas, nos respectivos valores, em relação aos quais foi determinada a compensação, conforme restou esclarecido na decisão dos embargos de declaração (fl. 202). Por conseguinte, não representa quitação total de outras prestações do contrato de emprego, não constituindo obstáculo a que o empregado exerça o direito de postular eventuais diferenças. Frise-se que a referida quitação não implica em renúncia de outros direitos trabalhistas conquistados no curso da contratualidade.

Conclui-se, portanto, que, embora tenha havido conciliação perante a Comissão de Conciliação Prévia (fls. 20/21), não se constata que a intenção fosse outra senão a de uma forma de compensar a perda do emprego, com o fim de solucionar o impasse decorrente da dispensa. Assim, há que se entender que houve a simples adesão do autor à proposta de conciliação oferecida pela ré para a extinção do contrato laboral, sendo-lhe paga determinada quantia, sob os títulos ali discriminados. Logo, o documento de fls. 20/21 deve ser tido como recibo das importâncias pagas e nada mais.

Mantenho.

[...]

e) Dano moral

O Juízo de primeiro grau, entendendo comprovada a tese obreira, de que a dispensa deu-se por atitude discriminatória da ré, pelo fato do reclamante ser soropositivo (portador de HIV), condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A ré recorre, alegando que os depoimentos testemunhais não são merecedores de credibilidade, pois recheados de contradições e tendenciosos. No mais, afirma que não incorreu em conduta preconceituosa, constrangedora ou discriminatória em relação ao reclamante, bem como que sua dispensa que deu-se por motivos administrativos, em razão do momento de dificuldade que a empresa atravessava, tanto é que veio a fechar após algum tempo. Sucessivamente, pede que seja diminuído o valor estabelecido para a indenização.

Razão, em parte, lhe assiste.

Primeiramente, observe-se que não há nos autos prova que corrobore a afirmação de que a empresa passava por momento de dificuldade, fato que, segundo ela, justificaria a redução de pessoal.

Tampouco se verifica a alegação de que os depoimentos testemunhais não são críveis, pois recheados de contradições e tendenciosos, como se verá a seguir.

A tese do autor, na inicial, limita-se ao pedido de indenização por danos morais, pelo fato de ter sido dispensado por ser portador de HIV, o que revela atitude discriminatória.

A ré, em defesa, negou que tenha agido com discriminação, ao dispensar o reclamante, pois, segundo ela, sequer tinha ciência de que o autor era soropositivo (portador de HIV).

A prova oral corrobora a tese do obreiro, no sentido de que foi dispensado após a ré tomar ciência da sua doença e por esta razão, conforme se observa pelas seguintes passagens:

Depoimento do reclamante (fl. 128): **“4. Que soube que estava doente através de exame de sangue realizado perante o SUS, no ano de 2003, aproximadamente um ou dois meses antes de ser despedido, sendo que ato contínuo comunicou para a Sra. T., proprietária da ré. 5. Que o depoente mostrou o exame para a Sra. T., que então lhe disse que o Estado daria o remédio para o depoente. 6. Que possui o exame referido em casa. 7. Que ato contínuo a Sra. T. contou para seu marido que então transferiu o autor para trabalhar como guarda. 8. Que como era bom funcionário entende que a despedida se deu em razão de tal fato. 9. Que avisou a médica que fez exame admissional que estava com HIV, a qual prosseguiu o exame e logo após liberou o autor. 10. Que chamaram o depoente na câmara de conciliação e pagaram R\$ 700,00 a ele sem explicar o que estava acontecendo, que também não foi entendido pelo depoente, porque tem pouco estudo. 11. Que também contou para a Sra. A. que tinha a doença, antes de ser despedido. 13. Que o exame através do qual constatou**

ser portador do HIV somente foi exibido para a Sra. T. **14. Que os demais colegas ficaram sabendo da doença através das pessoas que o depoente havia comunicado.** **15.** Afirma que após comunicar a doença percebeu que as pessoas começaram a ficar longe dele. **16.** Que a manifestação física da doença era descamação da pele e algumas feridas. **17.** Que antes de ter conhecimento de que era portador do HIV já tinha manifestação da doença da forma já declinada. **18.** Que não foi feito hemograma quando da saída do depoente. **20.** Que quando conversou com a Sra. T. somente o gerente estava presente. “ (grifei)

Depoimento da preposta (fls. 128/129): “**5.** Que a reclamada desconhecia que o autor tinha alguma doença quando foi despedido. **6.** Que o autor não tinha qualquer manifestação física da doença quando foi despedido.”

Depoimento da testemunha S. (fl. 129): “**6.** Que no referido período nada soube sobre a doença do autor. **7.** Que após a saída do depoente do local, quando estava trabalhando como motoboy, na empresa Conects, passou na frente da ré e viu o reclamante na frente da ré trabalhando como guarda. **8.** Parou a moto, cumprimentou o depoente e perguntou o que ele estava fazendo naquele local. **9.** O autor então respondeu que tinha dado conhecimento a dona da ré de que estava doente e então foi transferido de função. **10.** Que o fato referido aconteceu aproximadamente em outubro. **11.** Que passou uma segunda vez no local, aproximadamente uma semana depois, e viu o autor ainda trabalhando como guarda, sendo que o cumprimentou mas não entrou em mais detalhes. **21.** Que o autor não comentou com o depoente quando havia comunicado ao gerente da sua doença.”

Depoimento da testemunha I. (fls. 129/130): “**8.** O depoente lhe perguntou por que estava naquela atividade e o autor disse que havia contado para a dona do restaurante que estava doente e que ela conjuntamente com o marido resolveram colocá-lo em outra função. **17.** Que somente viu o autor na oportunidade já relatada. **18.** Que quando conversou com o autor o mesmo não lhe disse quando tinha comunicado e há quanto tempo estava doente. **19.** Que o autor aparentava pálido e abatido mas não tinha feridas.”

Depoimento da testemunha D. (fls. 130/131): “**8.** Que não tinha conhecimento que o autor estava doente. **9.** Que o autor não chegou a mudar de função no período que estava no local. **10.** Que não sabe se o autor foi mandado embora ou fez acordo. **13. Que na época que houve rescisão do contrato de trabalho do autor, foi o único que saiu.** **14. Que logo depois da saída do autor já foi colocada outra pessoa no local, porquanto não havia como ficar sem alguém trabalhando na referida função, pois faria “falta”.** **15.** Que o autor não aparentava qualquer tipo de doença quando ficava no local.”

Do exposto, como já dito acima, a prova oral corroborou a alegação do autor de que foi dispensado após a ré tomar ciência da sua doença e por esta razão.

Todavia, não há indício nos autos, nem sequer foi ventilado pelo obreiro eventual tratamento desrespeitoso por parte da reclamada, seja após a ciência a respeito da doença do reclamante, seja

por ocasião da dispensa.

A meu ver, para que se configure a ocorrência do dano moral, deve haver uma ação, comissiva ou omissiva, por parte do empregador (ou de seu agente), a ocorrência de um dano moral causado à vítima e o nexo da causalidade entre o dano e a ação (fato gerador de responsabilidade).

Já, o dano moral, segundo a melhor doutrina, é aquele que atinge bens incorpóreos como a alto-estima, a honra, a privacidade, a imagem, o nome, e causa dor, espanto, emoção, vergonha ou injúria.

No caso em tela, pelos elementos dos autos, denota-se que o reclamante não foi vítima de constrangimentos em decorrência da sua doença ou por ocasião da sua dispensa, apesar de comprovado o fato de que a rescisão deu-se em razão da doença.

Entretanto, o ato discriminatório ocorreu, pois o vínculo de emprego não teria sido interrompido se o autor não fosse soropositivo (portador de HIV), o que, segundo vem apontando a jurisprudência, por si só, causa abalo emocional ao empregado e, conseqüentemente, sobrevém o dano moral.

“222112 - AIDS - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA - DISCRIMINAÇÃO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT - PROVA INDICIÁRIA - REINTEGRAÇÃO - O contrato individual de trabalho caracteriza-se como importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art. 1º, o caput, e incisos X e XLI do art. 5º, o art. 6º, o caput dos arts. 170 e 193 da Constituição Federal. O nosso ordenamento jurídico, salvo raríssimas exceções expressamente previstas, refuta a estabilidade no emprego, apesar da trilha apontada, desde 1988, pelo art. 7º, inciso I, da Constituição. Dessa forma, o empregador enfeixa em suas mãos o poder de resilição contratual, por intermédio do qual pode dispensar o empregado sem justa causa. Não lhe é, contudo, outorgado o direito de abusar deste poder, desviando-o de sua finalidade. Uma coisa é despedir o empregado sem justa causa. Outra é preencher este vazio. Falta de justa causa. Com um motivo subjacente lastreado em ato discriminatório. O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do estado, quanto do particular, que não pode pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregador, empresa privada, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela via da ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas. A síndrome de imunodeficiência adquirida (sida ou aids) que, segundo Pedrotti, é “o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o

HTLV 3 ou lave e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de Kaposi” (Pedrotti, Irineu Antônio. Da aids e do Direito. In Revista dos Tribunais, v. 690, 1982, abr. 1993, p. 295), nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos infectados, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho. Muito embora o empregador não tenha manifestado expressamente que a dispensa tivesse por fundamento o fato de o empregado ser portador do vírus hiv, a prova indiciária apontou para a prática de ato discriminatório, não podendo o julgador esperar que em casos desta natureza a prova seja exuberante. A prova indiciária, que a cada dia ganha maior importância, compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. A inferência indiciária é um raciocínio lógico-formal, apoiado em operação mental, que, em elos, nos permite encontrar vínculo, semelhança, diferença, causalidade, sucessão ou coexistência entre os fatos que circundam a lide. Se a dispensa sem justa causa está oxigenada pela discriminação, o empregado tem direito à reintegração, com base no princípio constitucional da igualdade. Na sociedade moderna, por essência livre, democrática e pluralista, predomina a interpretação transtextual ou metatextual, que permitem uma visão atual e completa da realidade, que inúmeras vezes não se acomoda bem em textos genéricos, abstratos e concisos de dispositivos legais. A questão do aidético é um problema que precisa ser também enfrentado pelas empresas, que têm importantíssima função social. No plano interno, o estado brasileiro tem tradicionalmente tomado medidas efetivas de inclusão social do aidético, seja através de programas educativos, de distribuição de medicamentos, seja até mesmo mediante a possibilidade de movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, conforme art. 20, inciso XIII, da L. 8.036/90, regra essa desveladora da intenção do legislador quanto à manutenção do contrato de trabalho. No plano internacional, o Brasil ratificou a convenção nº 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na declaração universal dos direitos do homem. Assim, existe base jurídica para coibir-se a dispensa do empregado portador do vírus hiv, quando a distinção provoca a exclusão, que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de preservação do emprego. Dano moral. Requisitos. Configuração. Fere a honra e a dignidade do empregado o despedimento discriminatório em doença e que atenta contra os direitos e liberdades fundamentais, inviabilizando a continuação de uma vida digna e inclusiva. Ocorrência dos seguintes requisitos. A) ato ilícito; b) nexos causal; c) culpa; d) dano. Indenização que se arbitra,

quantificando-a em valores que visam à minoração do sofrimento da vítima e à coibição de outras práticas, levando-se em consideração a natureza do ato ilícito e a capacidade econômica da empresa. (TRT 3ª R. - RO 00350.2004.048.03.00.1 - 4ª T. - Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault - DJMG 22.07.2004) JCF.1 JCF.1.II JCF.1.III JCF.1.IV JCF.5 JCF.5.X JCF.5.XLI JCF.6 JCF.170 JCF.193 JCF.7”

Diante disso, entendo correto o Juízo “a quo” que condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Já, no que tange ao valor, julgo que deve ser proporcional à gravidade do dano ocorrido. Todavia, por não ser mensurável monetariamente, em virtude de não ter dimensão econômica ou patrimonial, dá origem a mais polêmica discussão sobre o tema: a liquidação de seu valor indenizatório, de sorte que pode atender a dois sistemas: a) o tarifário e b) o aberto. Pelo sistema tarifário, há uma predeterminação do valor da indenização; enquanto pelo sistema aberto, atribui-se ao juiz a competência para fixar o *quantum* subjetivamente na medida do caso concreto.

No Brasil, adota-se o sistema aberto e leva-se em consideração a situação econômica do ofendido e do ofensor, o risco criado, a gravidade e a repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, a intensidade do ânimo de ofender, a culpa ou dolo, entre outros.

Da mesma forma, a já revogada Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, estabelecia em seu art. 84: *“Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa”*.

No entanto, imprescindível a advertência de Francisco Antonio De Oliveira no sentido de que *“a valoração indenizatória do dano moral há que buscar parâmetro na razoabilidade”*, não cabendo ser causa de enriquecimento de uma parte e empobrecimento de outra.

Extrai-se dos autos que a ofensa ao patrimônio moral do autor se verificou, apenas, em razão da dispensa pelo fato dele ser soropositivo (portador de HIV), sem nenhuma outra conduta desrespeitosa por parte da reclamada.

Destarte, dentro desses parâmetros, considerando a condição econômica da reclamada e a situação ofensiva a que foi submetido o reclamante, entendo razoável a fixação do valor da indenização no equivalente a um ano de seus salários (13 salários, considerando-se o décimo terceiro salário), tomando como base o valor do último salário do reclamante (R\$ 310,00, TRCT - fl. 52), o que importa em R\$ 4.030,00.

Reformo.

Isto posto, **ACOLHO PARCIALMENTE O RECURSO DA RECLAMADA** para: a) determinar que

o abatimento das importâncias pagas a título de horas extras seja efetuado sobre o total, de forma global; b) limitar a condenação relativa às férias não concedidas ao seguinte: pagamento, **em dobro**, de 13 dias de férias, acrescido do terço constitucional, relativamente ao **primeiro e segundo períodos** (dezembro/2000 e dezembro/2001); pagamento, **de forma simples**, de 13 dias de férias, acrescido do terço constitucional, relativamente ao **terceiro período** (dezembro/2002); afastar da sentença a determinação do abatimento dos valores pagos sob igual título; c) fixar o valor da indenização por dano moral em R\$ 4.030,00, mantendo-se os demais parâmetros da sentença.

[...]

III - CONCLUSÃO

ACORDAM os Juízes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, EM CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS e das contra-razões. No mérito, por maioria de votos, parcialmente vencido o Exmo. Juiz Tobias de Macedo Filho, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA para, nos termos da fundamentação: a) determinar que o abatimento das importâncias pagas a título de horas extras seja efetuado sobre o total, de forma global; b) limitar a condenação relativa às férias não concedidas ao seguinte: pagamento, **em dobro**, de 13 dias de férias, acrescido do terço constitucional, relativamente ao **primeiro e segundo períodos** (dezembro/2000 e dezembro/2001); pagamento, **de forma simples**, de 13 dias de férias, acrescido do terço constitucional, relativamente ao **terceiro período** (dezembro/2002); afastar da sentença a determinação do abatimento dos valores pagos sob igual título; c) fixar o valor da indenização por dano moral em R\$ 4.030,00, mantendo-se os demais parâmetros da sentença. Sem divergência de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 19 de setembro de 2006.

BENEDITO XAVIER DA SILVA
RELATOR



Acórdão da 3ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2012-028-09-00-8, publicado no DEJT em 23/08/2013, Relator Desembargador Marco Antônio Vianna Mansur

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. 19ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**, tendo como partes Recorrentes (autor) e (réu) e partes Recorridas **AS MESMAS**.

I. RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de Primeiro Grau (fls. 175-185), proferida pela Juíza Tatiane Raquel Bastos Buquera, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, recorrem as partes a este Tribunal.

A parte autora (...), por meio do recurso ordinário de fls. 187-203 postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: a) despedida discriminatória - reintegração; b) danos morais; e c) honorários de advogado.

[...]

2. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE VALDIR BERTIPALHA

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA - REINTEGRAÇÃO

Decidiu o Juízo de origem:

02 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO - DANO MORAL Assevera o Reclamante que foi admitido aos serviços do Reclamado em 23/10/2001, para exercer a função de agente fiscal, mediante remuneração de R\$ 1.732,94. Aduz ter permanecido afastado do trabalho por dois anos para tratamento de saúde, sendo que, ao retornar, o Réu efetuou o seu desligamento sem apresentar-lhe qualquer justificativa. Sustenta que sua dispensa foi discriminatória, haja vista que motivada pelo fato de ser portador de doenças (AIDS, neoplasia grave e epilepsia). Em decorrência, postula a nulidade da dispensa operada e a reintegração ao emprego ou o pagamento de indenização substitutiva, além de danos morais face à conduta

discriminatória do empregador. O Réu, por sua vez, refuta a alegação obreira de que a dispensa do Autor foi discriminatória e desmotivada, argumentando que esta decorreu de imposição do Tribunal de Contas da União, o qual determinou que providenciasse a anulação de todos os contratos de trabalho celebrados após 18/05/2001 com empregados sem prévia aprovação em concurso público, caso do Reclamante. Frisa que, no caso concreto, a efetivação da anulação do contrato obreiro foi protelada porquanto à época da determinação do Tribunal de Contas da União tal contrato estava suspenso devido ao afastamento do Autor para tratamento de saúde. Consigna, por derradeiro, que das doenças declinadas pelo Reclamante na petição inicial, tinha conhecimento tão-somente da epilepsia. Pois bem. De ingresso, cumpre esclarecer que o demandado se trata de uma autarquia especial criada com o escopo de fiscalizar a atividade profissional de odontologia, para o que detém autonomia administrativa e financeira. Diante disso, é cediço que o Réu não está submetido aos princípios e disposições elencados no artigo 37 da Constituição Federal e, no que tange à situação da contratação e dispensa de empregados, possui as mesmas obrigações previstas na CLT e atribuídas às empresas privadas, inclusive o direito potestativo de rescisão imotivada. Destarte, a relação jurídica havida entre as partes in casu foi regida pela CLT, com registro do contrato de trabalho em CTPS (fl. 25) e opção pelo regime de FGTS. Feita tal consideração inicial, tenho que os exames carreados aos autos não deixam dúvidas de que o demandante é portador das doenças declinadas na peça vestibular. No que diz respeito à ciência do Réu, o preposto afirmou ao Juízo que tinham conhecimento da epilepsia, mas não das outras enfermidades (fl. 145). O documento de fl. 46 não corrobora a alegação obreira quanto à ciência do empregador acerca das enfermidades, dado que se trata de e-mail posterior à dispensa do Reclamante. Incontroverso, ainda, que no caso em apreço o Autor foi contratado pelo Réu sem prévia aprovação em concurso público (vide documentos de fls. 151/152) e que o Tribunal de Contas da União exigiu a anulação dos contratos celebrados com os empregados não submetidos a concurso público. Ora, é verdade que o empregador tem obrigação legal de preservar a saúde do empregado no ambiente laboral e que a liberdade de iniciativa patronal não representa um aval para dispensas abusivas. Contudo, não basta que o empregador dispense um empregado doente para configurar a dispensa como discriminatória: é necessário que o desligamento seja desmotivado, de modo a evidenciar que o empregador lançou mão de forma abusiva da faculdade legal de despedir seus empregados. Assim, na ausência de motivação, seja de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira, presume-se que a dispensa decorreu de discriminação e deve ser declarada nula. Porém, este não é o caso dos autos. Vejamos. O Autor relatou no seu depoimento pessoal que: "(...)" (fl. 145). Totalmente compreensível, na hipótese dos autos, que o Reclamado não tenha efetuado o desligamento do Reclamante concomitantemente com outros empregados não concursados, afinal, o contrato de trabalho do obreiro estava suspenso à época por conta de afastamento para tratamento de saúde. Não vejo como discriminatório o fato do empregado aguardar poucos dias em casa a realização do exame demissional e a formalização da sua dispensa. Trata-se de ocorrência comum nas rescisões contratuais, configurando tempo à disposição do empregador. Tampouco prospera a alegação de que o Autor foi surpreendido pela dispensa: esta era esperada ou ao menos previsível, seja porque vários colegas de trabalho não concursados já haviam sido desligados; seja porque o próprio

demandante afirmou em Juízo que tinha conhecimento da determinação do Tribunal de Contas da União para dispensar os empregados em tal condição (fl. 145). Também não entendo discriminatório o fato do Réu ter readmitido ex-empregados não concursados para função comissionada, haja vista que tal função, por ser de confiança, é de livre escolha de quem nomeia. Somente o fato do Autor não ter recebido multa rescisória quando a receberam outros empregados demitidos não é suficiente para caracterizar a discriminação e gerar a angústia da forma como alegada pelo obreiro. Com efeito, o direito potestativo do empregador em resilir o contrato de trabalho não deve prevalecer ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana insculpido no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Tenho, inclusive, que o empregado acometido de doenças graves como aquelas aventadas nos autos carece de inclusão social e proteção aos direitos à isonomia, saúde e trabalho. Entretanto, no caso sub judice, não obstante a condição física periclitante do Reclamante, não houve discriminação na dispensa operada, sequer falta de humanidade do empregador, posto que a consumação do ato rescisório - não adstrito ao Autor - foi motivada pela imposição do Tribunal de Contas da União, sem qualquer vinculação com o quadro clínico do demandante. Afora isto, não é verdade que o Reclamante se encontra desamparado, pois, como relatado na petição inicial, passou a auferir aposentadoria por invalidez, o que lhe permite dar continuidade ao tratamento de sua saúde. Face a todo o exposto, rejeito o pleito obreiro no particular, inclusive com relação aos danos morais.

Insurge-se o reclamante. Alega, em síntese, que: o réu tinha conhecimento das doenças das quais o Reclamante é portador; a preposta confessou que o autor chegou a passar mal na Reclamada em virtude de uma das doenças, a epilepsia; quando o Reclamante retornou do auxílio-doença, em 11/10/2011, a Reclamada determinou que ele aguardasse em casa “para saber o que iriam fazer”; em 24/10/2011 o réu resolveu “anular” o contrato do trabalhador; se havia alguma determinação do TCU no sentido de anular o contrato de trabalho, o réu deveria tê-lo feito imediatamente, evitando a tortura psicológica da espera; após o seu afastamento pelo INSS, o autor se submeteu a exame de retorno ao trabalho, conforme documentos anexados; o exame demissional somente foi realizado no dia 10/11/2011 (fls. 74), ou seja, quase 30 dias depois; autor retornou para trabalhar e não tinha a ciência de seria dispensado; no ato da rescisão, sequer lhe foi assegurado quais seriam os motivos do desligamento; o depoimento do autor em processo similar apenas demonstra que o obreiro sabia da determinação do TCU, porém, não teve desconfiança de que seria dispensado após o retorno de sua licença saúde, pois vários colegas de trabalho, na mesma situação, trabalham no CRO-PR sem concurso público; é incontroverso que apenas em 28/10/2011, após o Exame Periódico de 24/10/2011 - no qual o Reclamante revelou as complicações de suas doenças ao médico da empresa, dentre elas, o HIV - que a Reclamada determinou a rescisão contratual; doente, desempregado e sentindo-se discriminado, o obreiro foi exposto ao ridículo e à vergonha preconceituosa diante dos colegas, da família, e da sociedade; aplica-se a Súmula 443/TST; a discriminação se confirmou quando da rescisão do contrato de trabalho do autor, pois a ré não pagou a Multa do FGTS e não proporcionou o recebimento do Seguro-Desemprego, como o fez com os demais empregados; outros trabalhadores celetistas, contratados “sem concurso” e na mesma situação do Reclamante, receberam a Multa do

FGTS no momento da rescisão; verifica-se ofensa aos arts. 5º, caput e 7º, I, CF/88.

Requer seja reconhecida a dispensa discriminatória e condenando o réu ao pagamento dos pedidos indicados na exordial.

Prequestiona violações das seguintes normas: art. 3º, IV, CF/88 (princípio da dignidade humana), art. 5º. I e II, CF/88 (princípio da legalidade e isonomia), art. 7º., XXVIII, CF/88, art. 186, CC (ato ilícito), art. 187, CC (abuso de direito), art. 421, 422 CC (boa-fé), art. 927, CC, Lei 9.029/95, bem como as Convenções nºs 111 e 117 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e ainda, a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, na qual foi reafirmado o compromisso da comunidade internacional em promover a “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

Sustenta que não há como negar a discriminação, que atingiu sua dignidade, tendo enfrentado mau-trato por parte do empregador. Afirma que foi humilhado, viu-se numa corrente de espera e ansiedade, sem saber se iria ser dispensado ou não, situação que causa desconforto e miserabilidade.

Analiso.

Na inicial o reclamante relata que: foi admitido em 23/10/2001 para exercer a função de Agente Fiscal, e dispensado sem justa causa em 11/10/2011, mas a data real de desligamento foi dia 24/10/2011; a dispensa se deu de forma discriminatória (Lei 9.029/95), pelo fato de ser portador do vírus do HIV, Neoplasia Grave e Epilepsia, tendo ficado afastado em auxílio doença pelo INSS de 2008 a 2011; teve como termo final do seu afastamento por licença de saúde (INSS) o dia 11/10/2011, com seu retorno designado para o dia 12/10/2011, feriado; em 13/10/2011 entregou para o empregador o documento do INSS; depois foi informado que não poderia retornar ao trabalho sem passar pelo médico do reclamado; em 14/10/2011 foi informado que o seu exame para retorno ao trabalho seria realizado apenas no dia 24/10/2011; o médico considerou o Reclamante apto ao trabalho, porém, devendo retornar em outra função; somente foi comunicado da sua dispensa no dia 24/10/2011, após o exame em que o médico soube que o autor estava afetado pelo vírus do HIV, Câncer e Epilepsia.

O TRCT aponta como causa do afastamento “anulação do contrato de trabalho, inciso II, art. 37 da CF” (fl. 33).

O atestado de saúde ocupacional (fl. 37) de 10.11.2011 dá parecer: “apto para função”, observando a inaptidão para função que exija a condução de veículo auto motor. O atestado de 24.10.2011 (fl. 38) aponta que está apto para tarefas que não conduza veículo automotor, tarefas em altura ou manuseio de máquinas perigosas.

Laudo de exame aponta como diagnóstico anatomopatológico “neoplasia maligna fusocelular metastática em linfonodo” (fl. 40), e à fl. 43 encontra-se resultado de exame de quantificação de carga viral de HIV-1. À fl. 44 encontra-se formulário para entrega de medicamento, justificando que

o paciente tem epilepsia de difícil controle.

À fl. 71 encontra-se a portaria do CRO, com data de 28.10.2011, determinando que fica anulado o ato de admissão do reclamante no cargo de auditor, com efeitos a partir de 11.10.2011.

À fl. 75 encontra-se declaração médica de que o autor necessita de tratamento com anticonvulsivante em doses altas, devendo ser afastado definitivamente de suas funções, com data de 10.10.2011.

O reclamante depôs como testemunha nos autos xxxxx-2010-652-09-00-1, em 21.02.2011, tendo afirmado que (fl. 80): “1- trabalha na ré desde outubro de 2001, esclarecendo que não fez concurso quando da contratação e que não foi demitido por conta da determinação do TCU porque se encontrava afastado do trabalho em auxílio doença na época em que ela foi feita, situação que permanece até os dias de hoje; ...”

Em defesa o réu afirma que em 11.10.2011 o autor foi dispensado por imposição do Tribunal de Contas da União, por ter sido admitido sem a realização de concurso público. Diz que apenas tinha conhecimento da epilepsia, que causou o afastamento desde o ano de 2.008, e que o fato de ser portador do vírus HIV apenas veio a seu conhecimento após a anulação do contrato. Esclarece que todos os empregados que haviam sido admitidos sem concurso tiveram seus contratos anulados, não havendo discriminação.

Em audiência de instrução (fls. 145-146), foram ouvidas as partes:

Depoimento do reclamante: 1. que quando foi dispensado, não lhe foi explicada a razão da dispensa; 2. que se sentiu discriminado pois no dia em que retornou ao trabalho, a ré pediu que permanecesse em casa até que decidisse o que iria fazer; 3. que ficou em casa do dia 11 ao dia 24; 4. que quando retornou foi efetivada a dispensa; REPERGUNTAS PELO(A) RECLAMADO(A): 5. que não recebeu nada do Tribunal de Contas da União; 6. que alguns dias antes do depoimento prestado como testemunha, juntado à fl. 80, ficou sabendo que havia uma determinação do TCU para dispensa dos empregados que não fizeram concurso quando contratados; 7. que, ao que sabe, os empregados que foram demitidos em razão da determinação do TCU receberam todas as verbas rescisórias. Nada mais.

Depoimento da preposta do reclamado: 1. que o autor foi dispensado por determinação do TCU; 2. que todos os empregados que não tinham concurso, em torno de 20, foram dispensados; 3. que não sabe dizer se todos receberam as verbas rescisórias; 4. que quando o autor retornou de licença, foi determinado que o autor fizesse exame médico, que era procedimento padrão, porém já havia determinação do TCU para que fosse dispensado; 5. que a ré somente tinha conhecimento que o autor tinha epilepsia, não sabendo de outras enfermidades; 6. que não sabe dizer qual foi o último dia em que o autor ficou à disposição; REPERGUNTAS PELO(A) RECLAMANTE: 7. que devido à epilepsia o autor passou várias vezes mal na ré; 8. que conhece os empregados, S. F., A. B. e E., que trabalham com função comissionada na ré; 9. que tais pessoas foram contratadas sem concurso, depois demitidos

por decisão do TCU, depois recontratados com cargo em comissão; 10. que tais empregados foram mantidos porque eram chefes de setor, e os demais empregados não foram mantidos.

O réu trouxe aos autos cópia de parte do acórdão do TCU (fls. 151-152) contendo os nomes dos empregados a serem dispensados em razão da contratação sem concurso público, dentre os quais o do reclamante.

A Caixa Econômica Federal enviou ofício listando os empregados que receberam a multa de 40% na rescisão (fl. 155).

Pois bem.

Não se verifica que a dispensa do autor tenha ocorrido por ato discriminatório do réu.

Incontroverso que o réu foi obrigado a dispensar grande número de empregados, os quais se encontravam na mesma situação do reclamante, ou seja, foram contratados sem prévia aprovação em concurso público.

O contrato de trabalho do reclamante encontrava-se suspenso nessa época, enquanto o autor recebia auxílio-doença, sendo que a dispensa somente ocorreu quando do seu retorno ao trabalho.

O depoimento do reclamante nos autos xxxxx-2010-652 demonstra de forma inequívoca que o mesmo tinha ciência da determinação do TCU de dispensa dos empregados que não foram aprovados em concurso, bem assim que não foi dispensado em razão de estar recebendo benefício previdenciário.

De fato, entende esta Turma que para a admissão de empregados dos conselhos profissionais é necessária a prévia aprovação em concurso público.

Encontrando-se o réu obrigado à dispensa do autor, e não havendo nos autos prova da ciência de que o autor era portador do vírus HIV, a não ser por mensagem eletrônica enviada pelo mesmo após a rescisão, não é possível acolher a tese da inicial.

O pagamento da multa de 40% a outros empregados dispensados não evidencia discriminação.

Note-se que o ofício de fls. 155-156 relaciona dispensas desde 2002 a 2009, e não especifica se o motivo da ruptura foi a contratação irregular, como ocorreu no caso do reclamante.

Inexistente ato de discriminação, não é possível acolher os pedidos de reintegração e pagamento de indenização por danos morais.

Diante dos fundamentos expostos, não se verifica ofensa às normas mencionadas pelo recorrente.

Mantenho.

[...]

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**, nos termos da fundamentação; e **DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU** para, nos termos do fundamentado: a) afastar a determinação de retificação da CTPS; e b) excluir da condenação o pagamento do aviso prévio de 60 dias, da multa de 40% do FGTS, do valor equivalente ao seguro-desemprego e da multa do artigo 477 da CLT, julgando improcedente a ação.

Custas invertidas, pelo reclamante, e dispensadas por ser beneficiário da justiça gratuita (fl. 185). Intimem-se.

Curitiba, 14 de agosto de 2013.

MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

JUIZ RELATOR



Acórdão da 5ª Turma do TRT-PR, nº xxxxx-2010-002-09-00-1, publicado no DEJT em 13/03/2013, Relator Desembargadora Patrícia de Matos Lemos

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **2ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**, em que é Recorrente (**autor**) e Recorridos (réus).

RELATÓRIO

Inconformada com a sentença (fls. 309/318), da lavra da Juíza Lisiane Sanson Pasetti Bordin, que acolheu parcialmente os pedidos formulados, recorre o autor a este e. Tribunal.

Nas razões apostas às fls. 319/338, postula a reforma do julgado quanto aos itens: a) dispensa discriminatória; b) jornada de trabalho - possibilidade de controle - horas extras devidas; c) vale transporte; d) indenização pelo uso de sua residência; e) reembolso das despesas relativas à viagem para acordo perante câmara arbitral; f) dano moral; e g) honorários advocatícios.

[...]

2. MÉRITO

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

O reclamante não se conforma com a sentença, no aspecto em que rejeitou o pedido de nulidade da dispensa e consequente reintegração no emprego. Afirma que, embora lhe tenha sido prometida a transferência para a sede da reclamada em Guarulhos, com a qual inclusive já havia concordado, posteriormente a reclamada mudou de ideia e rescindiu o contrato de trabalho, “*em evidente demonstração de ato discriminatório*” (fl. 321). Sustenta que, uma vez comprovado que a empregadora tinha conhecimento da sua condição de portador do vírus HIV, cabia à reclamada demonstrar o fato impeditivo ou modificativo do seu direito, qual seja, a recusa do convite para trabalhar em São Paulo; o que não restou comprovado, haja vista que a reclamada não produziu qualquer prova acerca do motivo para a não efetivação da transferência. Acrescenta que “*...somente depois do ora Recorrente ter informado à empresa de seu estado de saúde é que começaram os atos discriminatórios, onde os Réus, inclusive, encerraram as atividades da filial no estado do Paraná*” (fl. 322).

Embora vencida, entendo que assiste razão ao reclamante.

Na inicial, o reclamante informou que foi contratado pela primeira reclamada em 11.10.2005, para exercer a função de motorista carreteiro. Alegou que no início do mês de março/2010 foi

informado de que entraria em férias e que, quando do retorno, seria levado para trabalhar em São Paulo, na sede da reclamada, *“assunto que ficou resolvido como sendo definitivo”* (fl. 07). Alegou que em 14.04.2010, todavia, ao retornar das férias, foi surpreendido com a notícia de que seria dispensado e que deveria comparecer na sede da reclamada em São Paulo para o acerto de contas. Disse que ficou sabendo, na ocasião, que a empresa desativaria a filial em Curitiba, como de fato ocorreu. Acrescentou que já havia concordado com a transferência para Guarulhos, até porque lhe faltavam apenas dois anos para completar o tempo de contribuição necessário para a aposentadoria especial, de modo que não tinha interesse na dispensa. Argumentou que, tendo em vista o comportamento da reclamada, verifica-se que a dispensa foi discriminatória, eis que decorrente da grave doença de que foi acometido o trabalhador. Com base na Lei n. 9.029/95, postulou a reintegração ou, sucessivamente, a indenização prevista no art. 4º, II, da referida lei.

Na contestação, a reclamada negou a conduta discriminatória e afirmou que a ruptura contratual, ocorrida em 14.04.2010, teve como motivo o fechamento da filial sediada em Curitiba, acrescentando que *“Quando do rompimento do contrato de trabalho em 14 de abril de 2010, o reclamante foi convidado a trabalhar na matriz da empresa em São Paulo, pois conforme dito a filial de Curitiba teve suas atividades encerradas, porem obteve uma resposta negativa do reclamante pois ficaria muito longe de onde reside”* (sic - fl. 169).

A declaração médica de fl. 52, datada de 04.05.2009, indica que o reclamante é portador do vírus HIV, bem como que na ocasião apresentava imunossupressão grave. Incontroversa nos autos a ciência do empregador acerca da doença, até porque tal circunstância não foi negada em defesa.

De fato, conforme alegado pelo autor, prevalece na jurisprudência atual o entendimento de que há presunção da dispensa arbitrária do empregado portador de HIV quando o empregador conhece tal circunstância, mormente quando o empregador não demonstra outro motivo justificável para a ruptura contratual. Nesse sentido, cito a seguinte ementa:

“RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista,

considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido” (TST. RR - xxxxxx-64.2008.5.12.0054. 6ª Turma. Data de Julgamento: 01/06/2011, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Data de Publicação: DEJT 10.06.2011).

No caso dos autos, a tese de defesa é a de que a filial da empresa em Curitiba foi desativada e que, tendo sido convidado para laborar na sede, em São Paulo, o autor recusou o convite.

O fechamento da filial da primeira reclamada em Curitiba é incontroverso, tendo sido formalizado em fevereiro/2010, conforme se infere do documento de fls. 249/252. Entretanto, tal circunstância, por si só, não constituía obstáculo para a continuidade do contrato de trabalho que, de acordo com os termos ajustados pelas próprias partes, poderia ser desenvolvido *“tanto no âmbito da unidade para qual foi admitido como para outras, em qualquer localidade deste Estado ou de outro dentro do País”* (cláusula 9 - fl. 223). Ressalte-se que, na situação sob exame, tanto era viável o aproveitamento do reclamante em outra unidade da reclamada que esta afirmou que ofereceu ao empregado a possibilidade de transferência para a sede em Guarulhos, a qual segundo ela, só não se concretizou porque o empregado não a aceitou.

Reconhecida a possibilidade de o autor continuar a prestar serviços em outra localidade, e tendo em vista o disposto no art. 818, da CLT e art. 333, II, do CPC, cabia à reclamada comprovar que isso não ocorreu por vontade do empregado, ônus do qual não se desincumbiu, não havendo nos autos qualquer elemento que subsidie sua tese.

Assim, porque não comprovado motivo justificador válido para a dispensa do reclamante, presume-se o seu caráter discriminatório, de modo que entendo fazer jus o autor à reintegração no emprego e, diante desse contexto, reformaria a sentença, para declarar a nulidade da dispensa e condenar a parte ré a reintegrar o reclamante no emprego.

Entretanto, como já salientado, prevaleceu nesta Turma o entendimento esposado pela Exma Desembargadora Revisora, Nair Maria Ramos Gubert, que peço vênia para transcrever como razões de decidir:

“Conforme consta na jurisprudência citada pela Relatora presume-se discriminatória a ruptura arbitrária de empregado portador de HIV, “...quando não comprovado um motivo justificável em

face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento...”.

No caso em análise entendo devidamente comprovado o motivo justificável da despedida do Autor.

O autor em seu depoimento (fls. 302) disse que a empresa encerrou as atividades em Curitiba e que foi convidado para trabalhar em São Paulo, afirmando ainda que foi dispensado quando a empresa fechou a filial em Curitiba. Além disso afirmou ter comunicado a empresa de sua condição de saúde por volta de 6 meses antes de ser dispensado.

O preposto confirmou os mesmos fatos.

Não foram ouvidas testemunhas.

Note-se que em depoimento o Autor em momento algum fez qualquer referência ao fato de ter a empresa desistido da sua transferência para São Paulo e da mesma forma o preposto também não faz referência ao fato da negativa ter partido do autor.

Entretanto o motivo da dispensa restou provado, ou seja, o encerramento da filial em Curitiba. Assim, apresentado um motivo justo e sendo incontroverso que a empresa ofereceu a oportunidade ao autor de trabalhar em São Paulo entendo não ser possível neste caso presumir a dispensa discriminatória, ainda mais porque a dispensa, além de decorrer do encerramento da filial em Curitiba, ocorreu 6 meses depois do conhecimento pela empresa da condição do autor de portador de HIV.

Além disso não há nos autos qualquer prova de que o autor estivesse debilitado fisicamente em razão da doença em comento. O único atestado juntado aos autos que consigna estar o autor com imunossupressão grave está datado de 04/05/2009, ou seja, um ano antes da despedida e não há prova de que o auxílio-doença requerido tenha sido deferido, o que confirmaria o estado físico debilitado do autor.

Por tais razões entendo que a sentença não merece reforma.

MANTENHO.”

Mantém-se a sentença.

[...]

DANO MORAL

Pretende o reclamante a reforma da sentença, no que rejeitou o pedido de indenização por danos morais. Sustenta que restou comprovado que não havia depósitos em sua conta vinculada, impedindo o saque de FGTS autorizado em razão da doença que o acometeu. Alega também que o dano moral decorre da dispensa discriminatória, a qual foi “agravada pelo fato dos Réus terem tentado quitar todo o contrato de trabalho através de acordo firmado perante Câmara de Arbitragem no Estado de São Paulo” (fl. 334).

Vejamos.

O dano moral exsurge da gravidade do ilícito perpetrado, tendo em vista sua repercussão na esfera extrapatrimonial da vítima, impingindo-lhe dor, sofrimento, constrangimento, humilhação, menosprezo, baixa autoestima, etc. Não é exigida comprovação pelo Autor de que “*o suposto abalo psíquico tenha consequências reais em sua vida*”. Trata-se de dano extraído de presunção decorrente da própria gravidade do fato em relação ao contexto vivenciado pela vítima.

Nesse sentido, discorre Sérgio Cavalieri Filho:

“O dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 80. Apud: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 262/263).

Entretanto, se por um lado o dano em si não precisa ser comprovado, não há como prescindir da demonstração da efetiva ocorrência do fato ilícito que o teria causado, eis que é exatamente essa circunstância que autoriza presumir a ofensa ao patrimônio moral do trabalhador.

Particularmente, entendo que houve dispensa discriminatória, o que justificaria a condenação ao pagamento de danos morais. **Todavia, fiquei vencida** diante do entendimento esposado pela maioria desta e. 5ª Turma, que concluiu não ter sido comprovada a irregularidade da dispensa.

De todo o modo, no caso sob exame, restou incontroverso que o reclamante era portador do vírus HIV, bem como que ficou impossibilitado de utilizar plenamente seu FGTS para o tratamento da grave doença, eis que em muitos meses do pacto a ré não procedeu o depósito devido. Na condição de portador do vírus HIV, o autor era autorizado a sacar seu FGTS (art. 20, XIII, da Lei n.8.036/90).

O entendimento unânime deste Colegiado, quanto a esse aspecto, é o de que o não cumprimento pelo empregador da previsão legal, no caso, trouxe inequívoco dano para o autor, que não pôde usufruir do FGTS que lhe era devido para fazer frente às despesas havidas com o tratamento de saúde decorrente da grave doença de que é portador. Os danos causados ao empregado, portanto, são inequívocos, não só de natureza material, mas também ao seu patrimônio moral, pois subtrai do trabalhador importante fonte de subsistência, expondo-o, além das privações materiais, a constrangimentos sociais.

Portanto, encontra perfeita aplicação o art. 927 do Código Civil, que dispõe: “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Levando-se em conta a gravidade do ato praticado pelo empregador e a sua capacidade econômica e considerando, de outra banda, que a indenização não pode dar ensejo a enriquecimento ilícito, entendo razoável para a reparação do dano moral, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que se mostra compatível com o constrangimento sofrido pelo reclamante.

Os juros e correção monetária incidirão a partir da data de publicação da presente decisão.

Reformo, pois, para condenar a parte ré no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00.

[...]

CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER** do recurso ordinário do autor. No mérito, vencida parcialmente a Exma. Juíza Patrícia de Matos Lemos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso para, nos termos da fundamentação, acrescer à condenação: a) horas extras e reflexos; b) indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00; c) autorizar os abatimentos das contribuições previdenciárias e fiscais devidas pelo autor, bem como seu recolhimento ao respectivo órgão arrecadador, juntamente com a parcela de contribuição previdenciária devida pelo empregador sobre as parcelas ora deferidas.

Custas pelas reclamadas, no importe de R\$ 800,00, calculadas sobre o valor acrescido à condenação, provisoriamente arbitrado em R\$ 40.000,00.

Intimem-se.

Curitiba, 01 de março de 2012.

PATRICIA DE MATOS LEMOS
Relatora

Agência de Notícias da Justiça Eleitoral



**Acórdão da 1ª Turma do STF, publicado no DEJT em 10/11/2011,
Relator Ministro Dias Toffoli**

Agravo regimental no recurso extraordinário. Trabalhista. Portador de HIV. Dispensa arbitrária. Reintegração. Princípio da legalidade. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República.

2. Inadmissível em recurso extraordinário o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário com agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de outubro de 2011.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

(Ré) interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que se conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (fls. 542 a 549), com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. 1. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada por portador do HIV, ciente a reclamada da doença, presume-se a ocorrência de discriminação. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. **2. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO.** Traduz-se o requisito do prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso de revista, pela emissão de tese expressa, por parte do órgão julgador, em tomo dos temas destacados pelo interessado, em suas razões de insurreição. Não estará atendida a condição se silenciar o julgado. Incidência da Súmula 297/TST. Recurso de revista não conhecido’ (fl. 394).

Opostos embargos declaratórios (fls. 402 a 406), foram rejeitados (fls. 411 a 413).

No recurso extraordinário sustenta-se violação dos artigos 1º, caput e inciso III, 2º, 5º, caput e incisos II e XLI, 7º, incisos I e IV, 44, 59, 196 e 200, inciso I, da Constituição Federal.

Decido.

Inicialmente deve ser afastada a extemporaneidade do

recurso extraordinário assentada pelo Tribunal de origem, uma vez que a jurisprudência desta Corte já assentou que se termo final do prazo adicional previsto no art. 2º, caput, da Lei nº 9.800/99 *'Recair em feriado ou em dia em que não haja expediente forense normal, será prorrogado até o primeiro dia útil subsequente, nos termos do art. 184, § 1º, do CPC'* (AI nº xxxxxx/MG-EDv-AgR-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 8/11/10).

Ultrapassada essa preliminar, passo ao julgamento o apelo extremo.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a afronta aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação dos atos decisórios, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependente de reexame prévio de normas infraconstitucionais, seria indireta ou reflexa. Nesse sentido, anote-se;

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional e do reexame de provas na via do recurso extraordinário. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa *julgada* e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa reflexa à Constituição da República' (AI nº 000000/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJ de 30/11/07).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes' (AI nº 000000/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 20/9/02).

No que tange à questão acerca da rescisão contratual em razão da configuração de ato discriminatório, o acórdão recorrido concluiu pela existência de nexo de causalidade entre a enfermidade apresentada pelo reclamante e o ato de dispensa da empresa. Nesse caso, para acolher a pretensão do recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem seria necessário o reexame das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Nesse sentido, anote-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO TRABALHO. DISPENSA POR JUSTA CAUSA ANULADA POR DECISÃO JUDICIAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: IMPROCEDENCIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI nº 000000/ES-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 24/9/10).

‘CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PROCESSUAL TRABALHISTA. OFENSA REFLEXA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - O acórdão recorrido decidiu a causa à luz da legislação processual trabalhista. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - Matéria que demanda a análise de fatos e provas, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo regimental improvido’ (AI nº 0000000/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 6/6/08).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. DIREITO DO TRABALHO. EMBARGOS PARA A SDI/TST. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. GREVE. PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS EMPREGADOS. FALTA GRAVE CAPAZ DE SUSTENTAR A RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATADO. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Saber se houve simples adesão à greve ou participação efetiva dos empregados no movimento paredista, capaz de sustentar a rescisão unilateral do contrato de trabalho, implica revolvimento da matéria fático-probatória, inadmissível no extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. 2. Embargos para a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Pressupostos de admissibilidade. Questão afeta à norma infraconstitucional. Inexistência de violação direta e frontal à Constituição Federal. Recurso extraordinário. Não-cabimento. Agravo regimental não provido' (RE nº 000000, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 19/5/2000).

No mesmo sentido, e em caso análogo ao dos presentes autos, a seguinte decisão monocrática proferida pela Ministra Cármen Lúcia no AI nº 000000/SP, DJe de 31/5/10:

'1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.

O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

'RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE, trabalhador portador do vírus HIV. Demissão por justa causa arbitrária e discriminatória. A atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição no respeito aos direitos fundamentais que dela são emanados, dentre os quais os princípios

gerais do direito à dignidade da pessoa humana, à vida e ao trabalho. Assim, mesmo naquelas hipóteses em que não haja previsão expressa a albergar determinada proteção estabilitária, referido direito, como de regra qualquer outro, subordina-se aos ditames constitucionais calcados nos direitos fundamentais. Nesse contexto, a circunstância de o sistema jurídico pátrio até o presente momento não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede que o julgador, na análise do fato concreto, conclua pelo direito do trabalhador à reintegração no emprego decorrente da presunção de discriminação. Na hipótese dos autos, verifica-se que a demissão do reclamante por justa causa, efetivada pela reclamada, além de discriminatória, causou-lhe sérios prejuízos, pois, como bem salientado pela Corte Regional: tal benefício após a dispensa é limitado e muito mais burocrático, tanto que o reclamante relata que pleiteou o benefício há 3 ou 4 meses, não tendo obtido resposta favorável. Isto porque, sendo a empregadora conhecedora do acometimento do empregado de doença incurável, era seu dever encaminhá-lo ao órgão previdenciário, para que pudesse usufruir do seu direito ao gozo do auxílio-doença previdenciário durante o prazo que fosse necessário ao tratamento e, se for o caso de constatada a incapacidade laborativa, possa este usufruir do benefício de aposentadoria por invalidez. A jurisprudência, atenta à realidade social no que diz respeito à ainda enorme carga de preconceito e discriminação que o portador de AIDS/SIDA sofre em todos os setores da sociedade, tem evoluído no entendimento de que, em circunstâncias nas quais o trabalhador seja portador do vírus HIV, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade (Precedentes

desta Corte). Conclui-se, portanto, que a condenação da reclamada em reintegração do reclamante ao emprego não contraria a legislação pertinente à matéria, e está em conformidade com o entendimento desta Corte Uniformizadora. Recurso de revista não conhecido' (fls. 193-194).

2. A decisão agravada teve como fundamentos para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a incidência na espécie da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal e a circunstancia de que a ofensa à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta (fls. 226-227).

3. A Agravante alega que o Tribunal a **quo** teria contrariado o art. 5º, inc. II, da Constituição da República.

Argumenta que 'o próprio C. TST admite ser inexistente dispositivo legal que autorize a estabilidade no emprego aos empregados portadores do vírus HIV, não podendo a Agravante ser condenada à obrigação de fazer, para qual não possui previsão legal expressa' (fl. 8).

Sustenta que 'a função social da empresa deve ser sopesada como o poder diretivo, uma vez que a demissão imotivada se deu por motivos alheios à existência da doença, revelação essa, aliás, que não ficou provada nos autos' (fl. 8).

Afirma que ficou 'incontroverso nos presentes autos que a dispensa do Agravado não foi discriminatória, tendo inclusive sido julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais' (fl. 9).

Assevera que 'não há que se aplicar ao caso em tela a Súmula 279 do STF, uma vez que é fato incontroverso o desconhecimento da Agravante quanto à soropositividade de HIV de seu ex-colaborador' (fl. 9).

Analisada a matéria posta à apreciação, DECIDO.

4. Razão jurídica não assiste à Agravante.

5. O Tribunal a **quo** assentou que:

Na hipótese dos autos, verifica-se que a demissão do reclamante por justa causa, efetivada pela reclamada, além de discriminatória, causou-lhe sérios prejuízos' (fl. 199).

Concluir de forma diversa do que foi decidido pelas instancias originárias demandaria o reexame do conjunto probatório constante dos autos, procedimento incabível de ser adotado validamente no recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

'DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO REEXAME DE PROVAS (SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO' (AI 0000000-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 2.10.2009).

E:

"Para se chegar à conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos da causa, o que é vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI 0000000-AgR, Rei. Min. **Joaquim Barbosa**, Segunda Turma, DJ 28.4.2006).

E ainda:

TRABALHISTA. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGISLAÇÃO PROCESSUAL TRABALHISTA. OFENSA INDIRETA. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPRÓVIDO. I - O acórdão recorrido decidiu a causa à luz da legislação processual trabalhista. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta.

Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à penhorabilidade dos depósitos judiciais, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo regimental improvido' (AI 0000000-AgR, Rel. Min. Ricardo **Lewandowski**, Primeira Turma, DJe 9.10.2009).

6. Ademais, a alegada contrariedade ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República esbarra no óbice da Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe não caber 'recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.'

7. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante.

8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).'

Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.”

Alega a agravante que teriam sido violados os arts. 1º, **caput** e incisos III e IV; 2º; 5º, **caput** e incisos II e XLI; 7º, inciso I; 44; 59; 193; 196; e 200, inciso I, da Constituição Federal, e o art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Sustenta que “não há necessidade de se revolver fatos e provas” (fl. 554).

Aduz, ainda, in verbis, que:

“(…) o acórdão recorrido NÃO concluiu pela existência de nexo de causalidade entre a enfermidade apresentada pelo reclamante e o ato de dispensa da empresa.

Houve uma presunção. Nada mais.

E exatamente sob essa ótica que a agravante postula a prestação jurisdicional, instando a que essa Suprema Corte se pronuncie sobre a existência ou não de dispensa discriminatória apenas porque o trabalhador dispensado é portador do vírus do HIV.

(…)

Portanto, é fato incontroverso que não há previsão no ordenamento jurídico pátrio para a estabilidade do empregado portador do HIV. E com essa solene admissão, tem-se por totalmente desnecessário rever interpretação de normas infraconstitucionais.

(…)

(…) embora ciente de ser o recorrido portador da moléstia, apenas o dispensou cerca de sete (07) anos após, como registrado no v. Acórdão principal recorrido, mantendo em seu favor a assistência médica integralmente paga” (fls. 554 a 558).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não merece prosperar a irresignação.

Inicialmente, registre-se que as alegadas violações dos arts. 1º, inciso IV, e 193, da Constituição Federal, constituem inovações recursais manifestas em momento inoportuno, haja vista que não foram mencionadas nas razões do recurso extraordinário.

De resto, a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República, o que não enseja reexame em recurso extraordinário. Nesse sentido, anote-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Os postulados da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 0000000-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010; e AI 0000000-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Grade, DJe de 22/10/2010. 2. Agravo regimental desprovido” (ARE nº 0000000/RS-

AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/11).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. 1. O acórdão que mantém o indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária não ofende o artigo 5º, LV, da Constituição do Brasil. Precedentes. 2. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI nº 0000000/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros **Grau**, DJ de 14/11/07).

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configuram ofensa reflexa à Constituição da República. Precedentes. 2. Agravo Regimental desprovido” (AI nº 0000000/RJ-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 22/6/07).

Ademais, colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido:

“O Tribunal Regional deu parcial provimento ao apelo ordinário obreiro, para determinar a reintegração do Reclamante ao emprego e a condenação ao pagamento dos salários vencidos a partir da dispensa, com os reflexos

devidos, por entender arbitrária a dispensa do portador do vírus HIV.

Recorre de revista a Ré, indicando ofensa aos arts. 1º, 'caput' e III, 2º, 5º, 'caput', II e XLI, 7º, I, 196, 200, I, da Constituição Federal e 10 do ADCT da Carta Magna. Alega que o art. 5º, XLI, da CF é norma constitucional de eficácia limitada, não existindo lei que regule a matéria. Aduz a inexistência de dispensa arbitrária, ressaltando a impossibilidade de presunção em tal sentido. Salienta, também, o longo prazo entre a ciência da doença e a dispensa, além da manutenção do plano de saúde, mesmo após o término da relação de emprego. Colaciona julgados para o confronto de teses.

(...)

Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do vírus HIV, presume-se a ocorrência de discriminação.

(...)

Registre-se, também, que não restou evidenciado que o Reclamante, à época da dispensa, não estava apto a exercer as atividades laborais.

Diante destas considerações, a dispensa imotivada, no presente caso, conduz à presunção de ocorrência de discriminação, razão pela qual, apesar de inexistir previsão legal para estabilidade do empregado portador do HIV, pode ser deferida a reintegração" (fls. 395 a 398).

Desse modo, é certo que as instâncias ordinárias concluíram, com base nos fatos e nas provas dos autos, que a agravante, por não ter apresentado qualquer motivo para dispensar o agravado, teria dado ensejo à demissão sem justa causa unicamente em razão da grave doença que acomete o ora recorrido. Assim, para acolher a pretensão da agravante, no sentido da inexistência de dispensa discriminatória, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso extraordinário. Incidência

da Súmula nº 279/STF.

Nesse sentido, anote-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO REEXAME DE PROVAS (SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, configurariam ofensa constitucional indireta” (AI nº 000000/GO-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 2/10/09).

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PROCESSUAL TRABALHISTA. OFENSA REFLEXA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPRÓVIDO. I - O acórdão recorrido decidiu a causa à luz da legislação processual trabalhista. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - Matéria que demanda a análise de fatos e provas, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo regimental improvido” (AI nº 000000/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 6/6/08).

Nego provimento ao agravo regimental.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.RES. NO RECURSO EXTRAORDINARIO COM AGRAVO xxxxxx

PROCED.:SÃO PAULO

RELATOR:MIN.DIAS TOFFOLI

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário com agravo, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 18.10.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Compareceram os Senhores Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski para julgar processos a eles vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian

Foto: Ascom - TRT 4ª Região



**Acórdão da 4ª Turma do TST, publicado no DEJT em 09/11/2012,
Relator Ministro Vieira de Mello Filho**

ACÓRDÃO

4ª TURMA

RECURSO DE REVISTA MANUTENÇÃO DO PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - SUPRESSÃO DA VANTAGEM APÓS APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DO TRABALHADOR - CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO - CONTINUIDADE DAS CONDIÇÕES DE USUFRUTO DO PLANO MÉDICO SÚMULA Nº 440 DO TST. “Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez”.

Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-xxxx-88.2010.5.04.0221, em que é Recorrente (ré) e Recorrido (autor).

[...]

1.1 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE

A Corte regional manteve a sentença que determinara a manutenção do plano de saúde do reclamante, não obstante houvesse sido aposentado por invalidez.

Eis a decisão regional a fls. 770-776, no que interessa:

Examino.

Na hipótese, resta incontroversa a suspensão do contrato de trabalho em virtude da concessão da aposentadoria por invalidez ao reclamante.

Nesse aspecto, em que pese a ausência da prestação do labor, do pagamento dos salários e contagem do tempo de serviço, permanece íntegro o vínculo jurídico existente entre as partes, o que justifica a manutenção do empregado no plano de saúde da empresa.

Não se admite, porque suspenso (e não extinto) o contrato de trabalho, o cancelamento do benefício até então fornecido pela empregadora, o que, inclusive, contraria justamente a finalidade do plano de saúde, qual seja, amparar o beneficiário quando acometido por enfermidade.

Nesse sentido, são inúmeros os julgados do TST, destacando-se, a propósito, as razões de decidir do processo nº TST-RR-xxxx-21.2003.5.17.0006, da lavra do Exmo. Ministro Lelio Bentes Corrêa, julgado pela 1ª Turma em 09/09/2011, verbis:

“APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. Esta Corte superior tem se posicionado no sentido de que a aposentadoria por invalidez, apenas suspende o contrato de trabalho. O reclamante continua a ser empregado dos reclamados, tendo jus à manutenção do plano de saúde nas mesmas condições de quando estava em atividade. Precedentes desta Corte uniformizadora. Recurso de revista não conhecido”.

[...]

“Ao exame.

“Conforme se depreende do excerto transcrito, o reclamante, portador do vírus **HIV**, de síndrome depressiva e de outras doenças relacionadas ao referido vírus, teve o plano de saúde suprimido pela empregadora seis meses após a concessão da aposentadoria por invalidez.

“Esta Corte superior tem decidido de forma reiterada que a aposentadoria por invalidez apenas suspende o contrato laboral e os efeitos principais do vínculo, como a contagem por tempo de serviço, o pagamento de salários e a prestação de serviços. Os efeitos do pacto laboral não vinculados diretamente à prestação de serviços, como o direito ao plano de saúde, permanecem inalterados.

“Nesse sentido, os seguintes precedentes da SBDI-I desta Corte uniformizadora:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PLANO DE SAÚDE. MANUTENÇÃO.

Cinge-se a controvérsia em definir se a aposentadoria por invalidez constitui-se causa para a suspensão do plano de saúde, fornecido pelo empregador aos seus empregados e dependentes no curso do contrato de trabalho, até eventual retorno do obreiro à ativa. A suspensão do contrato de trabalho, seja por aposentadoria por invalidez ou concessão de auxílio-doença, apenas importa em suspensão das obrigações principais do contrato de trabalho - como a prestação dos serviços e o pagamento de salário. Nessa linha, o direito ao acesso ao plano de saúde - por decorrer diretamente do contrato de emprego e não depender da prestação de serviços para a sua manutenção - deve ser resguardado enquanto durar a concessão do benefício previdenciário. Precedentes. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-RR-xxxxx-81.2005.5.05.0021, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, publicado no DEJT de 6/8/2010)

(...)

“RECURSO DE REVISTA - PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA MANTIDO DURANTE AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO OBREIRO - SUBSEQUENTE SUPRESSÃO DA VANTAGEM APÓS APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DO TRABALHADOR – MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO - CONTINUIDADE DAS CONDIÇÕES DE USUFRUTO DO PLANO MÉDICO. Muito embora a suspensão constitua a sustação plena e absoluta de todas as cláusulas expressas e implícitas do contrato, há hipóteses em que persistem obrigações do pacto empregatício, como por exemplo, cláusulas que dizem respeito a condutas omissivas das partes, como as relacionadas à integridade física e moral do empregado, a teor do que dispõe o art. 483, ‘e’ e ‘f’, da CLT. Imprópria, pois, a exclusão do empregado do plano de saúde implementado espontaneamente pelo empregador com equívoco esteio na jubilação por invalidez. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-RR - xxxxx-68.2006.5.04.0291, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, publicado no DEJT de 30/3/2010)

(...)

A matéria também tem sido objeto de aná lise neste Regional, no mesmo sentido do entendimento ora adotado, valendo transcrever ementas de julgamentos desta Turma Julgadora:

“EMENTA: APOSENTADORIA POR INVALIDEZ SUSPENSÃO DO CONTRATO - PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. Suspenso o contrato de trabalho, não é cabível a rescisão e nenhum ato de supressão de direito pode ser praticado pelo empregador, salvo quanto àqueles cujo exercício esteja temporariamente prejudicado pela própria suspensão, como é o caso do direito a salários, por exemplo.” (xxxxx-81.2009.5.04.0403 RO, Relator Exmo. Des. Ricardo Tavares Gehling, 4ª Turma, 07/10/2010).

(...)

Diante das razões acima expendidas, irrepreensível afigura-se a decisão de origem, já que a vantagem instituída pela reclamada, conferindo plano de saúde aos seus empregados e dependentes, incorporou-se no patrimônio jurídico do trabalhador, configurando alteração lesiva a sua supressão.

Sendo assim, e porque a presente decisão não implica em afronta aos dispositivos constitucionais invocados no recurso, nego-lhe provimento.

Aduz a reclamada que a decisão não pode permanecer porque não há provas nos autos de que o reclamante não se encontra sem assistência médica e odontológica, sequer alegando estar submetido a tratamento médico, não havendo nos autos documento que comprove essa situação, não havendo, ademais, previsão de manutenção do benefício por meio de acordo ou convenção coletiva ou mesmo pela legislação ordinária.

Relata que é de conhecimento público que a assistência médica é concedida pelo Estado a todos os cidadãos e seus familiares, podendo estes se valer do Sistema Único de Saúde SUS, para a realização de exames, consultas e internações hospitalares.

Indica violação dos arts. 5º, II e 196 da Constituição Federal; 30 e 31 da Lei nº9.656/98 e 475 da CLT. Colaciona arestos para a comprovação de dissenso jurisprudencial.

As normas internas da empresa aderem ao contrato de trabalho do reclamante, que ainda se encontra em vigor, eis que a aposentadoria por invalidez não extingue o vínculo empregatício, mas, tão-somente, o suspende, o que resulta consignar que a situação retratada encontra-se balizada pela regra contida no art. 468 da CLT, uma vez que não poderia tal vantagem ser suprimida pelo empregador, de forma unilateral. Vale ressaltar que o ato empresarial encerra ultraje ao princípio contido no art. 468 da CLT, pois as vantagens acrescidas espontaneamente pelo empregador e mantidas habitualmente amalgamam-se ao contrato de trabalho, de forma tácita, tornando-se insuscetíveis de posterior supressão ou diminuição (arts. 444 e 468 da CLT e Súmula nº 51 do TST). Assim, imprópria a exclusão do empregado do plano de saúde implementado espontaneamente pelo empregador com equivocado esteio na jubilação por invalidez.

Ademais, a suspensão do contrato de trabalho pela fruição do referido benefício previdenciário decorre de malefício infligido ao empregado oriundo da atividade por ele desenvolvida na empresa.

Nessa senda, os postulados da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) e da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) vedam que o empregador, no momento em que ao empregado é indispensável a manutenção do plano de saúde, deixe de oferecer o benefício em exame, sob pena de privar o obreiro das condições necessárias ao restabelecimento de sua saúde.

A mencionada vedação representa um dos corolários da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal), que deve, além de satisfazer as necessidades econômicas do seu proprietário, ser útil ao corpo social.

Isso sem mencionar que o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da Constituição da República), fundamento da República Federativa do Brasil, impõe a adoção de todas as medidas possíveis para que se preserve a saúde e as integridades física e mental daquele que presta serviços subordinados a outrem.

Em razão de tais argumentos e da reiterada jurisprudência sobre a matéria, esta Corte Superior editou, muito recentemente a Súmula nº 440, (Resoluções nº 185 e 186, publicadas no DEJT em 25 e 26/9/2012) que assim dispõem:

AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE OU DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

Por todo o exposto, incólumes os artigos reputados vulnerados e superada a jurisprudência colacionada, ante o óbice da Súmula nº 333 do TST e da alínea “a” do art. 896 da CLT.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 31 de Outubro de 2012.

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO

Relator

EMENTAS

DANOS MORAIS - DOENÇA CONTAGIOSA. Determinação para que empregada portadora de HIV não manuseie objetos cortantes é medida razoável, para que se evite riscos no ambiente de trabalho, não podendo ser considerada ordem ilegal. Trata-se do poder diretivo da Empresa, não ensejando dano moral, sobretudo, por se tratar de cautela no cuidado com seus empregados, diante da possibilidade de contágio. **TRT-PR-xxxxx-2011-001-09-00-2- 1ª TURMA - Relator: ADAYDE SANTOS CECONE - DEJT em 04-09-2012**

BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. TRABALHADOR SORO POSITIVO DE HIV. PEDIDO ADESÃO AO PLANO REJEITADO POR FUNDAMENTO DIVERSO. Não evidenciada a ocorrência de injustificável conduta discriminatória por parte da ex-empregadora, Fundação de Previdência complementar, pelo fato de ser o autor soropositivo de HIV, e comprovado o não atendimento de condições previstas no Regulamento do plano de benefícios de aposentadoria complementar vigente à época, a sentença que rejeitou pedido de condenação ao pagamento de aposentadoria complementar exige confirmação. Recurso ordinário do autor não provido quanto ao particular. **TRT-PR-xxxxx-2010-002-09-00-5- 2ª TURMA - Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU - DEJT em 19-10-2012**

Reintegração - portador do vírus HIV - despedida discriminatória - sonolência - desídia. Discriminatória é a despedida de empregado portador do vírus HIV, cuja sonolência em serviço era efeito dos remédios que tomava. Argumento de “desídia” por quem é empregador e conhece dos fatos só revela alto grau interior de incompreensão e insensibilidade que, na prática, ao invés de justificar, só agrava a discriminação. Direito à reintegração reconhecido. **TRT-PR-xxxxx-2003-322-09-00-9 – 2ª TURMA - Relator: MÁRCIO DIONÍSIO GAPSKI - DJPR em 15-03-2005**

EMPREGADO PORTADOR DE HIV - TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO PELO EMPREGADOR - CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Comprovado que prepostos do empregador passaram a adotar atitudes discriminatórias em relação a empregado portador de HIV, após o conhecimento da enfermidade, como forma de resguardar à dignidade humana e o valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória, é impositiva a condenação em indenização por danos morais. Este provimento torna concretos, na ordem jurídica pátria, destacadamente no ambiente de trabalho, os direitos fundamentais inscritos na Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, especialmente 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 ordinário do réu a que se nega provimento para manter a sentença que deferiu

indenização por danos morais. **TRT-PR-xxxxx-2009-643-09-00-6- 2ª TURMA - Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU - DEJT em 26-11-2010**

TRABALHADOR SORO POSITIVO - ÁREA DE SAÚDE - As atividades de auxiliar de enfermagem demandam contato direto com pacientes e manipulação com sangue, o que, em tese, seria restritivo à contratação de empregados com doença contagiosa de elevado poder letal. Entretanto, a Ré não menciona tal situação como impedimento à admissão de trabalhadores portadores do vírus HIV, muito menos juntou eventual estudo técnico esclarecendo as atividades que um trabalhador soro positivo possa desempenhar sem riscos aos pacientes. Outrossim, a pior atitude da Ré não foi deixar de contratar o Autor em face da sua doença, mas sim, omitir-lhe o fato, impedindo que o mesmo recebesse tratamento médico adequado desde então (junho-2000)- o que somente veio a ocorrer a partir de agosto-2000, quando o Autor descobriu que estava infectado. **TRT-PR-xxxxx-2002-013-09-00-5- 4ª TURMA - Relator: LUIZ CELSO NAPP - DJPR em 23-01-2007**

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV (AIDS) - NECESSIDADE DE PROVA DE ATO DISCRIMINATÓRIO DA EMPREGADORA PARA INVALIDAR A RESCISÃO CONTRATUAL - A rescisão contratual de empregado portador de AIDS, em razão da necessidade de redução de pessoal, não constitui ato discriminatório praticado pelo empregador. Sentença que se mantém. **TRT-PR-xxxxx-2009-029-09-00-0- 4ª TURMA - Relator: SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS - DEJT em 28-01-2011**

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. A contaminação pelo vírus HIV e a doença AIDS dela decorrente, como é sabido tem causado grande impacto na humanidade, e os portadores desta enfermidade sofrem, sem dúvida, discriminação e dificuldades muitas vezes até para sobreviver. Entretanto, quando o empregado alega discriminação pelo seu estado de saúde por parte do empregador, deve fazer a competente prova. **TRT-PR-xxxxx-2003-664-09-00-2- 4ª TURMA - RELATOR: ARNOR LIMA NETO - DJPR em 03-09-2004**

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

TRT-PR-xxxxx-2004-653-09-00-0- 4ª TURMA - Relator: ANA MARIA DAS GRAÇAS VELOSO - DJPR em 27-01-2006

EMPREGADO PORTADOR DE HIV. DESPEDIDA NÃO DISCRIMINATÓRIA. POSSIBILIDADE. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), provocada pelo vírus HIV, não se trata de doença ocupacional, vez que suas vias de transmissão são escassas, não guardando correlação com nenhuma atividade profissional. Desse modo, por não ter origem em suas condições de trabalho, a doença de que o Reclamante é portador (AIDS), por mais grave que seja, não pode ser considerada como patologia ocupacional para fins de estabilidade provisória nos moldes do art. 118 da Lei nº 8.213/91. A jurisprudência pátria, em especial a do C. TST, vem buscando proteger os empregados portadores do vírus HIV de atitudes discriminatórias por parte de seus empregadores, encontrando referida proteção páblio no princípio da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, insculpidos nos arts. 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, e justificando-se socialmente à medida que, em razão da desinformação, o portador de HIV é estigmatizado, sofrendo, por isto, muitos preconceitos. Por tal razão, tem presumido discriminatória toda dispensa de trabalhador portador de HIV e, conseqüentemente, tem entendido caber ao empregador provar o contrário, ou seja, que demitiu o empregado por outros motivos alheios às condições de saúde deste, ou que não tinha conhecimento da moléstia apresentada pelo obreiro. Contudo, não se confere ao trabalhador vítima da AIDS qualquer direito a estabilidade no emprego, mas, apenas, admite-se a presunção de que sua demissão foi por motivos discriminatórios, cabendo ao empregador provar o contrário. "In casu", a parte Reclamada demonstrou em Juízo que a demissão do Autor ocorreu por razões eminentemente técnicas, devido a seu comportamento inadequado, o qual, inclusive, prejudicava todo o trabalho e a produtividade do setor em que estava lotado, tendo sido evidenciados, além da dificuldade de convivência dos seus colegas, problemas com os clientes, em razão de seu humor e temperamento. Mais reforça esse entendimento o fato de a Ré conhecer a doença do Autor há quase seis anos antes (admissão em 22.08.05 e dispensa em 01.08.11) e, mesmo já tendo motivos de ordem disciplinar para manter uma primeira dispensa havida anteriormente, não o fez. A Ré dispensou o Autor em 2005 e, assim que soube de sua doença, o readmitiu imediatamente, o que torna indubitável jamais ter havido qualquer discriminação pelo fato de ser portador do vírus HIV. Ao contrário, a Ré tentou, da melhor maneira possível, cumprir com sua função social, realocando em seus quadros um trabalhador vítima de doença infectocontagiosa extremamente grave. Caso houvesse qualquer sentimento de discriminação em razão do quadro clínico do ora Recorrido, a Recorrente jamais o readmitiria sem uma ordem judicial. Não praticou a Ré, portanto, qualquer ato discriminatório ao demitir o Reclamante, não gozando este de garantia no emprego em razão de ser portador do vírus da AIDS, já que tal moléstia, apesar de extremamente grave, não guarda relação com suas condições laborais, sendo, portanto, legítima sua resilição contratual. Recurso ordinário da Reclamada a que se dá provimento. **TRT-PR-xxxxx-2011-008-09-00-0- 7ª TURMA - Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES - DEJT em 29-05-2012**

TRT-PR-07-12-2010 MANDADO DE SEGURANÇA - REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO - PORTADOR DO VÍRUS HIV - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - Presume-se discriminatória a despedida sem justa causa de empregado portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Existem dispositivos legais e constitucionais, que, por uma interpretação sistemática, asseguram o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela de reintegração ao emprego, tais como os artigos 1º (II, III e IV), 5º (X e XLI), 6º, 170 (III) e 193 da Constituição Federal, bem como o Decreto nº 62150/1968, que introduziu em nosso ordenamento a Convenção nº 111 da OIT (concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão). Irreparável, assim, a decisão de primeiro grau que, com base nas provas documentais juntadas na reclamatória trabalhista, considerou presentes os requisitos exigidos no art. 273 do CPC para a concessão antecipada dos efeitos da tutela de mérito. O *periculum in mora*, por sua vez, resta caracterizado pelo simples fato de que o reclamante sofreu supressão de sua fonte de renda, por um ato presumivelmente discriminatório, o que, com certeza, compromete a sua própria subsistência com dignidade (artigo 1º, III, da CF). Mandado de segurança, que busca afastar a reintegração, que se rejeita. **TRT-PR-xxxxx-2010-909-09-00-5-2010 - SEÇÃO ESPECIALIZADA - Relator: LUIZ EDUARDO GUNTHER - DEJT em 07-12-2010**

EMENTAS DO TST

RECURSO DE REVISTA. 1. EMPREGADO PORTADOR DO **HIV**. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do **HIV**, ciente a reclamada da doença, presume-se a ocorrência de discriminação. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. 2. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. Traduz-se o requisito do prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso de revista, pela emissão de tese expressa, por parte do órgão julgador, em torno dos temas destacados pelo interessado, em suas razões de insurreição. Não estará atendida a condição se silenciar o julgado. **NÚMERO ÚNICO PROC:** RR - xxx/2002-056-02-00 **PUBLICAÇÃO:** DJ - 05/06/2009

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. **DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.** No direito trabalhista brasileiro, em

regra, a análise dos pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais se dá à luz da responsabilidade subjetiva, sendo imprescindível não só a comprovação do dano, mas também da culpa do empregador e do nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Assim, ao contrário do item anterior, em que consagrado o uso da presunção de dispensa discriminatória, para fins de reintegração, a configuração do dano moral exige a prova cabal da culpa ou dolo da reclamada. Registrado no acórdão regional que não comprovada a conduta discriminatória, não há como entender caracterizada a culpa da reclamada, tampouco o sofrimento ocasionado ao autor, segundo exige a teoria da responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 186 do Código Civil. Precedentes deste Tribunal. Revista conhecida e não-provida, na matéria. **NÚMERO ÚNICO PROC:** RR - xxx/2006-005-24-00 **PUBLICAÇÃO:** DJ - 27/03/2009

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EMPREGADO PORTADOR DE VÍRUS **HIV**. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. Reintegração determinada em face da constatação, de que, ao tempo da dissolução contratual, o recorrido era portador do vírus **HIV**. Diante desse quadro, a concessão de tutela antecipada para fim de reintegração do empregado não fere direito líquido e certo da recorrente. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 142 da SBDI-2 desta Corte. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e desprovido. **NÚMERO ÚNICO PROC:** ROMS - xxx/2007-000-05-00 **PUBLICAÇÃO:** DJ - 06/02/2009

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. De acordo com a OJ nº 119 da SDI-I do TST, é inexigível o prequestionamento quando a alegada violação de dispositivos de lei federal ou da Carta Magna nasce da própria decisão recorrida. Recurso de Revista não conhecido. ESTABILIDADE EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS **HIV** CONTRATO NULO EFEITOS. Não há previsão legal de estabilidade no emprego para o empregado portador do vírus **HIV**. Esta Corte Superior somente tem vedado a dispensa quando está em questão especificamente a existência de flagrante discriminação em decorrência do estado de saúde do obreiro, ou seja, quando está demonstrado que o motivo da demissão foi a perseguição pelo fato de o empregado estar contaminado pelo vírus **HIV**. Todavia, se o contrato é nulo em decorrência da ausência de concurso público, a dispensa decorre da própria observância da legislação constitucional (art. 37, II e § 2º, da CF/88), pelo que não se poder falar, juridicamente, em dispensa injusta, arbitrária ou discriminatória. Desse modo, no caso sob exame, não se há falar em afronta ao art. 3º, IV, da CF/88 (que veda o preconceito e a discriminação), tampouco ao art. 5º, caput, da CF/88 (na parte em que trata do princípio da igualdade). A proteção aos direitos do trabalhador (entre eles a observância do valor social do trabalho art. 1º, IV, da CF/88) pressupõe a normalidade, a regularidade, a validade da relação jurídica havida, o que não ocorreu no caso deste processo, em que está configurada a hipótese de contratação ilícita, em razão da inobservância da regra do concurso público (art. 37, II e § 2º, da CF/88). Pelo menos até o presente momento, os direitos constitucionais do portador do vírus **HIV** à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), à saúde (art.196 da CF/88) e

à vida e à segurança (art. 5º, caput, da CF/88) são atendidos pelo Estado Brasileiro não pela via da atribuição de estabilidade no emprego, mas: a) pela vedação da dispensa decorrente da pura e simples discriminação, o que não é o caso deste processo, ou; b) na hipótese de a dispensa ter sido lícita, como no caso concreto, pelo tratamento gratuito na rede pública inclusive com o fornecimento de coquetéis anti-virais, como se verifica no elogiado programa implantado e executado em âmbito nacional pelo Ministério da Saúde. Recurso de Revista não conhecido. **PROCESSO: RR NÚMERO: xxxxx ANO: 2000 PUBLICAÇÃO: DJ - 19/11/2004**

STJ

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE DEFINITIVA. GRAU DE DESENVOLVIMENTO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À REFORMA COM A REMUNERAÇÃO CALCULADA COM BASE NO GRAU HIERARQUICAMENTE IMEDIATO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). 1. “Segundo o entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o militar portador do vírus HIV tem o direito à reforma ex officio por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS.” (AgRg no Ag 000000 / RJ, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 05.05.2008) 2. A verificação da incapacidade definitiva do servidor militar enseja o reexame fático-probatório contido nos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte. 2. Agravo interno ao qual se nega provimento. DJe 13/10/2008

PROCESSO CIVIL ADMINISTRATIVO - LEVANTAMENTO DE VERBAS REMANESCENTES - FGTSE PIS-PASEP - TERMO DE ADESÃO - ALVARÁ JUDICIAL EXPEDIDO POR JUIZ DE DIREITO A FUNDISTA PORTADOR DE HIV - POSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - SÚMULA 161/STJ 1. O cerne da decisão recorrida, que denegou a segurança porfiada pela Caixa Econômica Federal, é a manutenção ou não de ordem judicial emanada de Juiz de Direito que concedera alvará para o levantamento dos expurgos inflacionários atinentes às contas do FGTS e PIS-PASEP, em decorrência do seu titular ser portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, tudo com base na Lei n. 1.711/52, art. 178, I; Lei Complementar n. 76.670/88 e Resolução n. 2 de 17.12.1992. 2. O pedido de levantamento das contas do PIS-PASEP e FGTS, feito em nome do titular sob a alegação de enfermidade que impede o trabalho, constitui matéria de jurisdição graciosa, submetida, pois, à apreciação da Justiça Estadual, uma vez que não se instaura lide, no sentido de pretensão resistida da CEF, que é mera destinatária da ordem de levantamento. 3. A legislação de regência permite ao fundista portador de doença grave, como reconhecidamente é o caso da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, o levantamento não apenas do saldo remanescente do PIS-PASEP e de sua conta de FGTS, mas também dos créditos do complemento de atualização monetária, ou seja, dos expurgos inflacionários, independentemente de ter aderido ao Termo de Adesão a que alude a LC n. 110/01. Recurso ordinário improvido. DJe 03/03/2008.

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente. II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador. III - Recurso desprovido. DJ 01/07/2002 p. 377

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DEVIDA À MÃE DE TRABALHADOR FALECIDO. CONDIÇÃO DE SEGURADO MANTIDA APÓS O SEU AFASTAMENTO DO TRABALHO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. Comprovado nos autos que o filho falecido da recorrida era portador de moléstia grave - síndrome da imuno-deficiência adquirida, e que somente deixou de trabalhar por estar totalmente incapacitado para o trabalho, deveria o INSS conceder-lhe a aposentadoria por invalidez, independentemente de carência, e não renda mensal vitalícia. 2. A jurisprudência deste STJ pacificou o entendimento de que não perde a qualidade de segurado, o trabalhador que deixa de contribuir para a Previdência Social por período superior a 12 (doze) meses, se tal interrupção decorreu de enfermidade. 3. Sendo, dessa forma, considerado segurado obrigatório da Previdência, e demonstrado ser arrimo de família, é de ser concedida a pensão por morte à sua mãe, na ausência das pessoas enumeradas na Lei 8.213/91, Art. 16, I. 4. Recurso não conhecido. DJ 18/10/1999 p. 266

STF

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR. VINGANÇA. A SUBMISSÃO DA PACIENTE AO CÁRCERE É INCOMPATÍVEL COM O DIREITO, AINDA QUE SE POSSA TER COMO ADEQUADO À REGRA. MANTER PRESA EM CONDIÇÕES INTOLERÁVEIS UMA PESSOA DOENTE NÃO RESTABELECE A ORDEM, ALÉM DE NADA REPARAR. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. ORDEM CONCEDIDA 1. Controvérsia a propósito da possibilidade,

ou não, de concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Irrelevância para o caso concreto, face a sua peculiaridade. 2. Paciente primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária. Liberdade provisória deferida pelo Juiz da causa, posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça local. Mandado de prisão expedido há cinco anos, não cumprido devido a irregularidade no cadastramento do endereço da paciente. Superveniência de doença contagiosa [AIDS], acarretando outros males. Intenção, da paciente, de entregar-se à autoridade policial. Entrega não concretizada ante o medo de morrer no presídio, deixando desamparada a filha menor. 3. Dizer “peculiaridade do caso concreto” é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque, a afirmação da dignidade da pessoa humana acode à paciente. 4. A transgressão à lei é punida de modo que a lei [= o direito] seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porque não era devido. 5. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima no caso dos autos não é identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacifica em face, talvez, da frustração que resulta de sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece a ordem, além de nada reparar. A paciente apresenta estado de saúde debilitado e dela depende, inclusive economicamente, uma filha. Submetê-la ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Ordem deferida, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008

Sentença nº xxxxx-2012-663-09-00-0 da 4ª Vara do Trabalho de Londrina/PR, Publicada em 23/07/2012, Juiz do Trabalho Substituto Roberto Joaquim de Souza.

Vistos etc.

Texto

I - RELATÓRIO

Trata-se de reclamação trabalhista aforada em 31 de janeiro de 2012 por (autora) em face de **1) (ré) e 2) (ré)**, em que aduz fatos e pretende a condenação da parte demandada ao pagamento das parcelas elencadas no rol contido na petição inicial.

[...]

4. Danos morais

A reclamante pretende uma indenização de ordem moral, alegando ter sofrido um tratamento preconceituoso, humilhante e discriminatório por parte das reclamadas, a partir do momento em que estas tomaram conhecimento de que a mesma era portadora do vírus HIV. Informa que foi impedida pela nutricionista responsável de retornar à cozinha onde atuava, tendo se espalhado a notícia pelo local de trabalho, de modo que os funcionários da 2ª reclamada passaram a dizer que se a autora permanecesse na cozinha ou servindo refeições não iriam mais comer. Prossegue declinando que foi transferida para o C., a fim de trabalhar exclusivamente com serviços de limpeza, mediante coação para que formulasse pedido de demissão; como isto não ocorreu, houve a dispensa arbitrária da autora aos dois meses de gestação.

Contudo, o dano moral suscetível de reparação pecuniária pelo empregador é aquele consumado enquanto lesão à dignidade do trabalhador, em situação denexo de causalidade com a prestação laboral e por ato doloso ou culposo do tomador dos serviços ou a sua ordem.

No caso vertente, não restou demonstrado qualquer excesso por parte das reclamadas, muito menos no sentido de constranger ou humilhar a reclamante, nem mesmo que esta tenha sido exposta a qualquer situação vexatória.

Os elementos dos autos não autorizam a conclusão de que a conduta dos prepostos das demandadas tenha causado dano moral à demandante.

Veja-se que, pela prova oral colhida, não restou demonstrado sequer que as reclamadas tivessem ciência de que a obreira era portadora do vírus HIV (fls. 115/116).

Sobre o tema cito o entendimento jurisprudencial:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. *A contaminação pelo vírus HIV e a doença AIDS dela decorrente, como é sabido tem causado grande impacto na humanidade, e os portadores desta enfermidade sofrem, sem dúvida, discriminação e dificuldades muitas vezes até para sobreviver. Entretanto, quando o empregado alega discriminação pelo seu estado de saúde por parte do empregador, deve fazer a competente prova. (TRT-PR - xxxxx-2003-664-09-00-2 - ACO - 19127-2004 - RELATOR: ARNOR LIMA NETO - Publicado no DJPR em 03-09-2004).*

Salienta-se que as questões inerentes à garantia provisória no emprego e consequente violação de ordem moral foram objeto de outra reclamatória (RT xxxx/11), na qual houve inclusive conciliação entre as partes, conforme cópias apresentadas às fls. 76/89, ou seja, superadas as questões relativas à rescisão contratual.

Outrossim, impõe-se observar ainda a limitação temporal inerente à responsabilização da 2ª reclamada, como já apreciado.

Como é cediço, o processo civil comum subsidia o processo do trabalho no que seja este omissivo e no que haja compatibilidade principiológica (CLT, 769).

E o processo civil é norteado pelo **princípio dispositivo**, segundo o qual o juiz, mantendo-se equidistante, aguarda a iniciativa das partes no que se refere à afirmação dos fatos constitutivos de seu direito e a respectiva produção de provas, até porque deve o juiz observar seu dever de imparcialidade e dispensa de tratamento igualitário entre as partes, como quer a regra estatuída no art. 125, I do CPC.

Noutro dizer, o juiz depende das partes no que concerne à afirmação e à prova dos fatos, devendo, por isso, aguardar que procedam à discussão da matéria de acordo com o que entenderem conveniente, requerendo a produção das provas que lhes pareçam adequadas para, apenas no final, diante do contexto criado exclusivamente por elas (as partes), poder sentenciar, à luz do adágio *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*.

Não havendo elementos processuais conducentes à formação da convicção do Julgador, aplica-se o princípio da verdade formal, corolário do princípio dispositivo, de tal sorte que a decisão vai refletir a atividade probatória processual das partes.

Embora a versão da causa de pedir tenha sido em grande parte confirmada pela reclamante em seu depoimento, essa circunstância atua exclusivamente na manutenção da possibilidade (e ônus) da prova no tocante às alegações (CLT, art. 818 e CPC, art. 333, I), cumprindo à parte que

sustenta a consumação dos fatos constitutivos de seu direito, demonstrá-los, em Juízo, havidos.

Tendo a reclamante admitido que o exame que deu conta de sua condição teria sido apenas apresentado (mas não entregue) à parte reclamada, e bem assim, que os atestados entregues não faziam constar a CID, o único meio probante ao qual poderia se socorrer seria a prova testemunhal.

Os prepostos e a testemunha ouvida não confirmaram a tese obreira, razão pela qual o pleito não merece acolhida por absoluta falta de prova.

Rejeito, portanto, a pretensão.

[...]

III - DISPOSITIVO

Posto isso, **REJEITO** os pedidos formulados por (autora), em ação trabalhista promovida em face de **1) (ré) e 2) (ré)**, na forma da fundamentação que passa a ser parte integrante do dispositivo.

Custas, pela parte reclamante, devendo ser calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), importando em R\$ 500,00 (quinhentos reais), dispensadas.

Cientes.

Nada mais.

ROBERTO JOAQUIM DE SOUZA
Juiz do Trabalho Substituto

Sentença nº xxxxx-2010-303-09-00-0 da 3ª Vara do Trabalho de Foz do Iguaçu/PR, Publicada em 21/10/2011, Juíza do Trabalho Angélica Candido Nogara Slomp

Vistos etc.

I. RELATÓRIO.

(autor), já qualificado nos Autos, às fls. 02, demanda em face de (réu), igualmente qualificado. Pleiteia em resumo: a reintegração do autor ao emprego; a apresentação, pela ré, do TRCT, a fim de aferir as verbas pagas; apresentação de extrato da conta vinculada do FGTS; pagamento dos salários retroativos até a data da efetiva reintegração; pagamento de indenização; concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita; honorários advocatícios.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais).

[...]

REINTEGRAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA.

Assevera o autor que em março de 2008 comunicou o presidente da entidade reclamada acerca de sua situação como portador do vírus HIV, bem como que fora aconselhado a pedir demissão eis que estaria com o estado de saúde fragilizado e “poderia contagiar alguém”.

Afirma o autor que se recusou a firmar documento de pedido de demissão, em razão do que fora despedido.

Especificou que esteve em fruição de benefício previdenciário entre novembro de 2008 a 16.03.2009.

Diante da despedida discriminatória, pretende sua reintegração ao emprego e o pagamento de indenização do período a contar do afastamento até a efetiva reintegração.

Em contestação o réu nega que o desligamento do autor tenha decorrido de discriminação. Nega também que fora “oficialmente” comunicado de que o autor seria portador do vírus HIV. Refere o réu a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de dispositivo que assegure garantia de emprego ao portador do referido vírus HIV.

Aduz o réu que o autor foi despedido, assim como todos os demais empregados admitidos na gestão da diretoria anterior, pois existe desavença entre esta e atual diretoria. Menciona ainda o reclamado que tais empregados foram despedidos em 06.03.2009 e o autor somente foi

despedido depois eis que se encontrava em fruição do benefício previdenciário.

Menciona o réu que a diretoria atual foi reintegrada em 02.03.2009, em razão de decisão judicial.

Integra a peça de resposta alegação de que a rescisão foi homologada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, bem como que nesta oportunidade não foi feita qualquer ressalva, pelo autor, ao seu desligamento.

Após cognição exauriente, se denota que razão assiste ao autor.

Presumível é a discriminação da despedida do trabalhador portador do vírus HIV e, no caso em tela, tal discriminação restou comprovada. Diversamente do contido na peça de resposta, o reclamado foi cientificado da condição do autor, como portador do vírus HIV. O próprio presidente da entidade, A. H., fls. 143, que prestou depoimento como testemunha, disse que o autor lhe comunicou que era portador do vírus HIV (resposta 4) e lhe entregou documento constando tal informação, o qual fora encaminhado ao escritório de contabilidade que prestava serviços à entidade. Disse ainda a testemunha que entregou para a atual diretoria toda a documentação contábil, inclusive de RH.

Assim, conclui-se que o documento que atesta estar o autor doente, por certo, encontrava-se dentre aqueles recebidos pela atual diretoria.

Ainda mais incisivo é o depoimento da testemunha C., que disse ter ouvido, na sede da entidade sindical ré, comentários de que o “rapaz da sede campestre”, no caso, o autor, teria sido despedido “porque tinha AIDS e poderia contaminar alguém”.

Portanto, inegável que o autor foi vítima de flagrante despedida discriminatória, atitude esta intolerável e condenável que afronta flagrantemente dispositivos constitucionais, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF/88) e Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil, cujas normas, portanto, integram nosso ordenamento jurídico, como é o caso da Convenção 111 da OIT, de 25.06.1958, que trata de discriminação no emprego e profissão. Da referida Convenção, publicada em espanhol, extrai-se como sendo discriminação qualquer forma de exclusão:

*“1. A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende:*

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores,

cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

Se não bastasse, após o desligamento do reclamante, adveio ainda a Recomendação 200 da OIT, que trata especificamente do HIV, da qual se extrai os seguintes princípios gerais:

“3. Los principios generales siguientes deberían aplicarse a todas las actividades que se realicen en el marco de la respuesta nacional contra el VIH y el sida en el mundo del trabajo:

a) se debería reconocer que la respuesta al VIH y el sida contribuye a la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la igualdad de género para todos, incluidos los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo;

b) el VIH y el sida deberían reconocerse y tratarse como una cuestión relativa al lugar de trabajo, que debería ser uno de los elementos esenciales de la respuesta nacional, regional e internacional a la pandemia con la plena participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores;

c) no debería haber ninguna discriminación o estigmatización contra los trabajadores, en particular contra las personas que buscan empleo y los solicitantes de empleo, por su estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH o por su pertenencia a regiones del mundo o a grupos de la población supuestamente expuestos a un mayor riesgo de infección por el VIH o más vulnerables a ella;

d) la prevención de todos los modos de transmisión del VIH debería ser una prioridad fundamental;

e) los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo deberían tener acceso a servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH y el sida, y poder beneficiarse de los mismos, y el lugar de trabajo debería desempeñar una función facilitando el acceso a esos servicios; f) se debería reconocer y reforzar la participación y el compromiso de los trabajadores en la formulación, aplicación y evaluación de los programas de nivel nacional y del lugar del trabajo;

g) los trabajadores deberían beneficiarse de programas destinados a prevenir los riesgos específicos de transmisión del VIH relacionados con el trabajo y de las enfermedades transmisibles conexas, tales como la tuberculosis;

h) los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo deberían gozar de una protección de su vida privada, incluida la confidencialidad en relación con el VIH y el sida, en particular por lo que se refiere a su propio estado serológico respecto del VIH;

i) no se debería exigir a ningún trabajador que se someta a una prueba de detección del VIH ni que revele su estado serológico respecto del VIH;

j) las medidas relacionadas con el VIH y el sida en el mundo del trabajo deberían formar parte de las políticas y programas nacionales de desarrollo, incluidos los relacionados con el trabajo, la educación, la protección social y la salud, y

k) la protección de los trabajadores que desempeñan ocupaciones particularmente expuestas al riesgo de transmisión del VIH.”

Portanto, se reconhece que, de fato, a despedida do autor teve nítido caráter discriminatório, pelo que o acolhimento do seu pedido de reintegração é a medida que se impõe, como forma de observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, assim como as disposições insertas na Convenção 111 da OIT. O E. TRT 9ª. Região já apreciou casos análogos e conclui, também, pela reintegração:

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. **(TRT-PR-xxxxx-2006-025-09-00-7-ACO-xxxxx-2008 – 2ª. TURMA, Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU, Publicado no DJPR em 15-04-2008)**

Condena-se, pois, o réu, a reintegrar o autor, nos exatos termos da Decisão que antecipou os efeitos da tutela de mérito, fls. 40, a qual resta integralmente mantida.

Condena-se, ainda, o réu, no pagamento, ao autor, dos salários, 13º Salário, férias + 1/3 e FGTS 8%, do período desde o desligamento até a data da reintegração (ocorrida por força da Decisão que antecipou a tutela de mérito) em 29.07.2010 (fls. 44). Como base de cálculo deve ser observado o valor pago, ao autor, a título de salário no mês da rescisão contratual, qual seja, de R\$ 636,75.

ACOLHE-SE.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Inegável que a atitude do réu afetou a dignidade do autor, constitucionalmente protegida (art. 1º. III CF/88). Isto porque o réu rescindiu o contrato de emprego pelo simples fato de que o autor é portador do vírus HIV.

Inegável que o ato ilícito praticado pelo réu ensejou lesão ao patrimônio imaterial do autor, o que ocasiona o reconhecimento do dano moral.

É bem verdade, no entanto, que não pode a lesão ser plenamente reparada, na medida em que o direito não pode reverter o tempo para impedir seus efeitos, correspondentes à angustia, tristeza e constrangimento sofridos pelo autor. Não bastasse estar o autor doente, o reclamado o lançou ao desemprego, ciente de que nova colocação no mercado de trabalho seria difícil, senão impossível.

Assim, o mínimo que se pode impor ao réu é que repare os danos causados (inciso X do art. 5º CF e art. 927 do NCCB), através de indenização pecuniária.

Por certo que o sistema brasileiro, para a fixação e quantificação da indenização por dano moral, é “aberto” e, para tanto, observada a razoabilidade, o grau de culpa do reclamado, o nível sócio econômico do reclamado e autor, se fixa a indenização a ser paga a este no valor correspondente a R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

A indenização por dano moral tem natureza compensatória e punitiva, pois além de confortar o autor lesado, visa inibir o reclamado de reincidir na prática do ato.

Casos análogos já foram objeto de apreciação pelo E. TRT 9ª. Região, que assim entendeu:

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. (TRT-PR-xxxxx-2006-025-09-00-6-ACO-xxxxx-2008 – 2ª. TURMA, relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU, Publicado no DJPR em 09-09-2008).**

[...]

III. DISPOSITIVO.

Isto posto, decide o Juízo da 3ª **VARA DO TRABALHO DE FOZ DO IGUAÇU**, no mérito, **ACOLHER PARCIALMENTE** os pedidos deduzidos por (autor) em face de (réu), **CONDENANDO-SE o reclamado a reintegrar o autor, bem como a pagar** as verbas contidas na fundamentação, que passa a fazer parte integrante deste dispositivo, devendo observar-se os parâmetros determinados.

Este Juízo mantém integralmente a Decisão de antecipação de tutela.

[...]

Cumpra-se no prazo legal.

INTIMEM-SE AS PARTES.

Prestação jurisdicional entregue.

Nada mais.

ANGÉLICA CANDIDO NOGARA SLOMP

JUÍZA DO TRABALHO

Sentença nº xxxxx-2013-084-09-00-1 da 22ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, Publicada em 18/11/2013, Juiz do Trabalho José Alexandre Barra Valente

(autor) propôs demanda trabalhista em face de (ré), pleiteando: declaração de nulidade da dispensa havida em 01/12/2012 [discriminação] + reintegração ao emprego + salários do período de afastamento; indenização por danos morais [dispensa discriminatória]; integração do vale-refeição ao conjunto remuneratório + repercussões; horas extras + repercussões; intervalo intrajornada violado + repercussões; intervalo especial do artigo 384 da CLT + repercussões; multa do § 8º do artigo 477 da CLT; justiça gratuita; e, por fim, honorários advocatícios (inicial – fls. 02-19). Juntou documentos (fls. 20-26). Atribuiu à causa o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

[...]

FUNDAMENTOS

[...]

DA NULIDADE DA DISPENSA – DA ALEGAÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR SER PORTADOR DE HIV – DA REINTEGRAÇÃO – DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O reclamante alega, em síntese, que foi admitido na reclamada em data de 18/10/2012, na função de auxiliar de escritório e que em 07/11/2012 iniciou a utilização de um novo medicamento para a doença da qual é portador (HIV), medicamento esse que lhe causava sonolência. Nesse contexto, achou por bem comunicar seus superiores, visando não prejudicar sua rotina de trabalho. Aduz que na mesma data lhe foi exigido a apresentação de declaração médica atestando sua capacidade laborativa, como também a inexistência de riscos para os colegas de trabalho, a qual foi providenciada pelo reclamante.

Aduz que a partir dessa data percebeu que o tratamento a ele dispensado mudou drasticamente, fulminando na dispensa em data de 01/12/2012, quando encerrou o prazo de 45 dias do contrato de experiência.

Como base na súmula nº 443 do TST, requer a declaração de que sua dispensa foi discriminatória, bem como a consequente reintegração ao posto de trabalho, com pagamento dos salários do período de afastamento, além de indenização por danos morais.

A reclamada se defende, negando que a dispensa tenha sido discriminatória. Afirma,

outrossim, que o reclamante não atingiu as expectativas da reclamada e, portanto, foi dispensado ao final do contrato de experiência. Esclarece a atividade desenvolvida pelo reclamante era de concentração e produção (setor administrativo), mas o autor constantemente demonstrava lentidão para desenvolvê-las, ocasionando sobrecarga em colegas.

Refere que no ambiente de trabalho também não houve qualquer ato discriminatório, pois, a fim de preservar o reclamante, não houve a revelação da doença.

Analisa-se.

De acordo com a redação da Súmula 443 do TST, presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. E, nesse caso, tem direito o empregado de ser reintegrado ao emprego.

Assim, de acordo com a jurisprudência majoritária, presume-se que a dispensa de qualquer empregado que seja portador de HIV é discriminatória (presunção relativa), e, desse modo, cabe à empresa o ônus de comprovar que o fato do autor ser doente não foi a motivação do ato rescisório. Se desse ônus não se desincumbir, o empregado deverá ser reintegrado ao seu posto de trabalho.

Pois bem.

No caso dos autos, a empresa, sabedora do ônus probatório que sobre ela recaiu, trouxe aos autos uma testemunha para comprovar que o fato de não prorrogar o contrato de experiência do autor nada teve a ver com sua doença, mas sim com seu baixo rendimento no período de experimentação.

Constou do depoimento da única testemunha ouvida, Sr. A. C. S., sobre o rendimento laboral do autor, o seguinte (ata de fl. 84/85): (...); **que o reclamante não teve o contrato de trabalho mantido com a reclamado(a) por falta de iniciativa dele, sabendo disso pelo que percebia no dia a dia do trabalho**, embora ratifique que não era sua obrigação avaliar o trabalho do reclamante; que **o chefe imediato dos auxiliares de escritório é o Sr. A.** e é a pessoa que avalia o trabalho dos funcionário(s); **que o Sr. A. chegou a comentar com o depoente que faltava ao reclamante iniciativa no desempenho de suas funções além de mais atenção**, explicando que o Sr. A. falava essas coisas ao depoente por ser este um dos mais antigos da função no setor; **que entre os funcionário(s) ninguém sabia que o reclamante tinha a doença alegada na inicial e também não houve qualquer comentário de que sua demissão teria ocorrido por conta desse fato (...).**

Assim, o que se extrai dos autos é que, embora a presunção relativa na situação vivenciada na lide seja favorável à tese do autor, o fato é que a reclamada trouxe aos autos um colega de trabalho do demandante, que desempenhava a mesma função que ele e que comprovou que o autor não teve seu contrato de experiência prorrogado motivado por baixo rendimento e por não atender às expectativas da empresa quanto ao seu desempenho laboral.

Desse modo, a presunção relativa à tese do reclamante foi elidida por prova testemunhal robusta em sentido contrário.

Em sendo assim, porque a instrução processual demonstrou não haver dispensa discriminatória, rejeito o pedido de nulidade da dispensa, bem como de reintegração ao emprego e pagamento do salário do período de afastamento.

Rejeito, por consequência, também o pedido de pagamento de indenização por danos morais, uma vez que não houve dispensa discriminatória.

[...]

DISPOSITIVO

Ante o exposto, decide-se **ACOLHER EM PARTE** os pedidos formulados na inicial, para condenar a reclamada a pagar ao autor a multa do artigo 477, § 8º da CLT, nos termos da fundamentação, que passa a integrar esse dispositivo para todos os fins de direito.

[...]

Nada mais.

JOSÉ ALEXANDRE BARRA VALENTE
Juiz do Trabalho

• Sentença nº XXXXX-2012-009-09-00-0 da 9ª Vara do Trabalho
• de Curitiba/PR, Publicada em 08/11/2013, Juíza do Trabalho
• Fernanda Hilzendeger Marcon

ESPÓLIO DE (autora), (autor) (falecido no curso deste processo) e **(autora)** ajuizaram ação trabalhista em desfavor de (ré), formulando os pedidos no item “IV” da petição inicial (fls. 12-13). Fixaram a alçada em R\$ 35.000,00 e juntaram documentos (fls. 14-70).

[...]

II – FUNDAMENTAÇÃO

[...]

7. Acidente de Trabalho

A parte autora relata que a empregada F. sofreu acidente de trabalho em 22-10-2007, tendo sido infectado por vírus HIV. Afirma que houve negligência da empregadora, pois não foi observado o procedimento estabelecido nas normas coletivas quanto ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional. Explica que (fls. 5-7):

Quando iniciou o seu trabalho, não tinha qualquer problema de saúde, conforme exame realizado quando da sua admissão.

A trabalhadora foi vítima de acidente de trabalho em 22/10/2007, envolvendo perfuração com seringa, sendo infectada com o vírus HIV.

Contudo, como não se trata de uma doença que se manifesta imediatamente a reclamante não foi afastada continuando a trabalhar, tão somente foi lhe determinado que realizasse exame de sangue.

A trabalhadora realizou exame de sangue junto a própria reclamada, porém a empregadora jamais permitiu que aquela tivesse acesso aos resultados desses exames, sempre sob as falsas alegações de que esta “não tinha com o que se preocupar...”.

Assim a enfermeira continuou trabalhando por mais de 02 (dois) anos, contudo, após passar mal por várias vezes seguidas, e sem maiores informações sobre os motivos dos problemas de saúde que lhe atormentavam, a trabalhadora conseguiu que uma colega de trabalho lhe desse uma requisição para exame e lhe entregasse pessoalmente o resultado. Através da requisição

100204000364, o exame de sangue, coletado em 19 de fevereiro de 2010, da reclamante relatou ter ela sido contaminada com o HIV.

A obreira foi afastada do trabalho no último mês, quando caiu em estado de definhamento, ficando impossível a continuidade de que se arrastara por tanto tempo, em razão das patologias B22.0 (doença pelo HIV resultando em encefalopatia), A85.8 (Outras encefalites virais especificadas), G93.1 (Lesão encefálica anóxica, não classificada em outra parte), momento em que ficou acamada até sua morte.

Por fim, em data de 11 de outubro de 2010, o pior aconteceu, a Sra. F. G. de O. veio a contrair óbito em decorrência da sua patologia.

Ou seja, a trabalhadora infectada com um vírus mortal (HIV) há mais de 02 (dois) anos, trabalhando em um ambiente que por si só é um ambiente com alto grau de infecções de todos os gêneros, além de estar colocando em risco a sua saúde colocava em risco também a saúde daqueles de quem ela tinha obrigação de cuidar. [...]

Quando do acidente, podem ter ocorrido duas hipóteses: primeira – a Reclamada ao realizar o exame apresentou resultado negativo (até porque sabemos que o vírus pode se manifestar somente algum tempo depois da infecção); ou, segunda – a reclamada observou que o resultado foi positivo, mas negligenciou deixando a enfermeira trabalhando.

Nas duas hipóteses a conduta da ré é reprovável, por óbvio a segunda mais, pois de plano, além de colocar a vida da enfermeira em risco deixando-a trabalhar em um ambiente com alto risco de infecção, colocava em risco também a vida daqueles a quem ela atendia.

Neste caso, a atitude da ré além de ser uma atitude negligente, seria uma atitude criminosa dolosa.

Preferimos crer na primeira, que a reclamada agiu com negligência em não observar os preceitos legais e realizar os exames periódicos a que estava obrigada, tanto pela CCT da categoria como pela observância da NR 7.

Em vista desses fatos, pretende a responsabilização civil da ré.

A ré sustenta que F. não estava submetida a cargas altamente viróticas e que o acidente alegado não ocorreu com perfuração de agulha. Explica que antes de 12-02-2010 não tinha conhecimento de que a empregada era portadora do vírus HIV, pois os atestados apresentados não continham tal diagnóstico. Relata que F. “fazia periodicamente os exames de saúde, por gripe, conjuntivite, infecção urinária e diarreia, sendo o último realizado em 13/07/2009. A Reclamada jamais solicitou a Reclamante, exceto quando do acidente de trabalho em 2007, o exame de HIV. Tal pedido serviria de afronta à Lei nº 9.029/1995” (fl. 115). Acrescenta que (fl. 116):

Não obstante, a Reclamante descreve que se submeteu a realização de exames,

mas que a Reclamada não a permitiu vê-los, apenas afirmou que “não tinha nada com o que se preocupar...”, ora, a Reclamante age de má-fé, eis que além de não haver acontecido tal fato de negar exames para a Reclamante, veja que em 02/08/2010, a mesma autuou na Justiça do Trabalho processo de nº RTOrd xxxxx-2010-084-09-00-1, junto à 22ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR, contra a (...), no qual a Reclamante pleiteava dano moral em virtude de doença adquirida em acidente de trabalho sob a mesma argumentação, documentos anexados a presente defesa.

Com efeito, pelo fato da Reclamante ter sido atendida no Hospital do Trabalhador por causa do acidente e ali ter ficado todos os exames que porventura ora realizado, por sua vez a Reclamada, que não tem nenhum vínculo com este hospital, não poderia negar algo, no caso os exames, em virtude do não acesso, contrariando o relato da Reclamante em peça de ingresso.

Os documentos anexados não comprovam que a autora contraiu o vírus HIV em razão dos serviços prestados para a reclamada, já que também prestava serviços para outro empregador.

Ademais, após o acidente de trabalho onde a Reclamante foi encaminhada ao Hospital do Trabalhador e que fora solicitado exames de Sangue, estes deram HIV NEGATIVO, e também negativo para hepatite, e que após esta data nenhum exame mais fora solicitado pela ISCMC, ou seja, pela Reclamada.

Analiso.

A constituição da obrigação de indenizar depende do preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, quais sejam a adoção de conduta ilícita ou abusiva, a ocorrência do dano, a existência de nexos causal entre os dois elementos anteriores, e a culpa (lato senso) do agressor.

Negados os fatos constitutivos do direito, incumbia à parte autora comprová-los, nos termos do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A testemunha N. C., técnica de enfermagem e que também trabalha na ré, declarou que presenciou o acidente narrado nos autos, sendo que depois do plantão F. “abriu CAT e foi para o Hospital do Trabalhador”, relatando posteriormente à depoente que realizou exames naquele estabelecimento de saúde.

O documento da fl. 1023 demonstra que o acidente descrito na inicial e na CAT da fl. 227 ocorreu em 16-10-2007 e que o infortúnio não envolveu manuseio de agulha, mas o esvaziamento de dreno (conforme a própria parte autora admitiu mais tarde na manifestação da fl. 330); o que também foi confirmado pela testemunha N. C.

No prontuário médico encaminhado pelo Hospital do Trabalhador consta que o resultado do

teste de HIV do “paciente fonte” foi “zero”. O mesmo documento aponta que o “laudo de resultado de 2010 em anexo demonstra HIV reagente” e que para F. a “**amostra de 17-10-2007 já era positiva**”.

De fato, o documento das fls. 598-599 ou 793 demonstra que o exame do “paciente fonte” apresentou resultado negativo e o documento da fl. 1036 confirma a informação anotada no prontuário médico, vale dizer, de que o exame laboratorial coletado em 12-02-2010 indica no campo das observações: “paciente com sorologia anterior REAGENTE para HIV, 17/10/2007”, o que permite concluir que F., em 17-10-2007, estava infectada por HIV.

Logo, a empregada não se contaminou no acidente ocorrido em 16-10-2007, até mesmo pelas razões explanadas pela norma técnica das 986-1004.

Com relação à alegação de que houve negligência da ré depois de ela ter contraído o vírus HIV, não há prova nos autos a respeito da data em que isso efetivamente aconteceu. Ademais, os documentos acostados revelam que eram realizados os exames periódicos (fls. 308-316, 320 e 321), incluindo os previstos na NR-7 e na cláusula 48ª da Convenção Coletiva 2010-2012.

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de exigir, mesmo dos profissionais do ramo da saúde, o teste de HIV, ante o que estabelece a Lei n. 9.029/1995, em razão do estigma e do preconceito usualmente resultantes do diagnóstico positivo de HIV.

Seria no mínimo discutível dispensar por justa causa o profissional de saúde que se recusa a fazer teste de HIV, de modo que o regramento normativo invocado na petição inicial não tem o alcance pretendido, ou seja, impor uma obrigação de a empregadora exigir periodicamente exame de HIV dos seus empregados.

Ainda, registro que o procedimento para averiguar se F. foi ou não infectada pelo vírus HIV não competia à ré, mas à própria trabalhadora, que compareceu ao Hospital do Trabalhador e forneceu amostra de sangue para realização do exame (no LACEN - Laboratório Central do Estado), ao passo que, consoante declarou a testemunha N., ela “falava que tinha feito os exames depois do acidente e pegado os resultados”.

Destaco os relatos de N., no sentido de que a trabalhadora já tinha problemas de saúde visíveis na época do acidente tais, como vômito, diarreia, nódulos nas axilas e virilhas.

Ainda segundo a referida testemunha, a questão é que F. afirmava para os colegas de trabalho que estava acometida por “lúpus” e que fazia tratamento, tomando medicação.

A mãe da vítima, em depoimento, confirmou que sua filha era portadora desta doença, acrescentando que ela nunca se manifestou.

No prontuário médico das fls. 1031-1032 consta que F. não compareceu ao retorno da consulta após o acidente relatado na inicial, nem mesmo na consulta depois do segundo acidente ocorrido em 2009, no qual houve lesão puntiforme em região palmar, cujo “paciente fonte” também não era portador do vírus em questão. Ela sim era portadora desde 2007. Tudo isso corrobora a afirmação da

médica do trabalho, contida no documento da fl. 595, de que a empregada não seguiu o protocolo exigido pela ré em caso de acidente de trabalho para fins de acompanhamento.

Em nenhum momento se confirmou nos autos a alegação de que “a trabalhadora realizou exame de sangue junto à própria reclamada, porém a empregadora jamais permitiu que aquela tivesse acesso aos resultados desses exames, sempre sob as falsas alegações de que esta ‘não tinha com o que se preocupar..’” (fl. 6), pois, de acordo com a prova disponível, quem realiza o exame não é o empregador, porque em caso de acidente este encaminha o empregado ao Hospital do Trabalhador, que posteriormente expede requisição para coleta de exame laboratorial pelo LACEN (fl. 1031-1032).

Note-se: se F. não comunicou que era portadora do vírus HIV para a ré quando tomou conhecimento do fato (fl. 595), não havia como esta saber e, a teor do alegado na petição inicial, tomar alguma medida que supostamente evitasse a rápida evolução da doença. Ademais, ao que se percebe, a empregada não admitia ser portadora do vírus HIV, pois dizia que sua saúde estava debilitada em razão de outra doença (lúpus).

Em vista de todo o exposto, concluo que não foi em decorrência o acidente narrado na CAT da fl. 1023 que a empregada F. foi contaminada pelo vírus HIV, portanto ausente onexo causal para configuração do dano moral. Também entendo que não houve negligência da ré, que nem sequer tinha conhecimento quanto ao fato de F. ser portadora do vírus HIV antes de 2010 (ausente, pois, a culpa).

Destarte, **rejeito** o pleito indenizatório.

[...]

III - DISPOSITIVO

Pelo exposto, decido:

[...]

Partes intimadas.

Após o trânsito em julgado, cumpra-se e archive-se.

Nada mais.

Curitiba (PR), 08 de novembro de 2013.

Fernanda Hilzendeger Marcon

Juíza do Trabalho

Sentença nº xxxxx-2007-003-09-00-0 da 3ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, Publicada em 03/08/2012, Juíza do Trabalho Lisete Valsecchi Fávaro

Vistos, etc.

I - RELATÓRIO

(autora), qualificado nos autos, busca a tutela jurisdicional do Estado em face de (ré), também qualificada.

[...]

DA DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA: ora, uma empresa que tem como objeto social exatamente a saúde e que não proporciona aos seus empregados treinamento para descarte do lixo, tem a capacidade de alegar - ofensivamente - que não houve acidente de trabalho e que a autora - não obstante o contato com material infeccionado - não é portadora do vírus da AIDS.

Houve sim acidente de trabalho! À exceção dos acidentes fatais - que ceifam de imediato a vida do trabalhador - considero o contato com o vírus da AIDS o acidente de trabalho mais grave que pode acometer um indivíduo, porque - como dizia aquele jargão publicitário da década de 80 (quando celebridades faleciam devido à doença) - “é um caminho sem volta”.

A par disso, a ré - mais do que ninguém - sabe que a Medicina - além de não ser uma ciência exata - ainda desconhece todos os meandros desta doença, inclusive no que diz respeito à “janela imunológica”. Logo, a reclamada tem plena consciência de que uma pessoa exposta ao vírus da AIDS necessariamente não irá apresentar os sintomas em apenas um ou dois anos.

Cabe ressaltar que a saúde do trabalhador é um direito social, inclusive com assento constitucional (art. 6º, *caput* e art. 7º, XXII, todos da Carta Magna). Em outros termos, todo empregador tem a obrigação de zelar pela saúde de seu empregado, mormente quando a empresa-empregadora tem como finalidade exatamente proporcionar os meios de acesso à saúde para seus usuários.

Frise-se que a ré - apesar de sabedora da condição da autora - não apresentou - em sua contestação - qualquer motivo de ordem disciplinar, econômica ou financeira para a despedida.

Neste contexto, reputo a presença de despedida discriminatória.

Afasto o pedido de reintegração. Após tantos anos no exercício da Magistratura, este Juízo vislumbrou que as reintegrações causaram mais dissabores ao empregado e ao empregador que benefícios. Aplica-se, também, analogicamente a parte inicial do item II da Súmula 244 do TST.

Por sua vez, condena-se a ré a pagar à reclamante - a título de indenização - a remuneração do período de afastamento (02/mar/2007 a 03/ago/2012 - Súmula 28 do TST), em dobro, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, com fulcro no art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95.

Essa remuneração será no importe mensal de R\$ 538,57 - valor percebido em fevereiro de 2007 (fl. 65 do volume de documentos).

Pelo seu caráter indenizatório, não há incidência fiscal ou previdenciária.

Pedidos arrolados nos itens “n”, “o”, “p” e “r” deferidos nestes termos.

DOS DANOS MATERIAIS: não se vislumbra nos autos qualquer elemento comprobatório dos danos materiais, ônus que compete à autora (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC).

Pedido indeferido.

DANOS MORAIS: deflui do art. 4º da Lei nº 9.029/95 a indenização a título de danos morais ocasionados pela despedida discriminatória.

Para o arbitramento da indenização resultante dos danos morais é preciso enquadrar o valor respeitando parâmetros de fixação, como a gravidade da falta, a intensidade e repercussão da ofensa e os danos causados. Há ainda outros aspectos que devem ser ponderados, como avaliar a condição econômica do réu e prevenir-se também para que a indenização não seja tão elevada a ponto de causar o enriquecimento ilícito da vítima, nem seja ínfima a ponto de se tornar inexpressiva, servindo inclusive de estímulo para novos e semelhantes abusos, acabando por incentivar o empregador a permanecer com a prática.

Destarte, considerando o gravame, assim como os parâmetros para fixação do valor, nos termos da fundamentação, condena a ré ao pagamento de uma indenização por danos morais, no importe de 10 (dez) vezes o valor utilizado para fins rescisórios (R\$ 1.058,00 x 10 = R\$ 10.580,00 - fl. 11 do volume de documentos).

Nas indenizações por danos morais, o marco inicial dos juros e da correção monetária será a data da publicação da sentença que arbitrou o seu valor. Inaplicável o disposto no artigo 39 da Lei n. 8.177/91.

Pelo seu caráter indenizatório, não há incidência fiscal ou previdenciária.

Pedido deferido nestes termos.

[...]

III - DISPOSITIVO

“Ex positis”

Decide-se JULGAR **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados por (autora) em face de (ré), condenando esta a pagar àquele as verbas deferidas, nos termos e parâmetros fixados na fundamentação supra, parte integrante deste dispositivo para todos os efeitos legais e, também:

DETERMINAR a incidência da correção monetária na forma fixadas na fundamentação supra.

DETERMINAR a apuração do imposto sobre a renda, sendo este de responsabilidade integral do empregador.

Juros simples, 1% ao mês, “pro rata die”, são devidos a partir do ajuizamento da demanda (Súmula 200 do C. TST), incidentes sobre a totalidade dos créditos devidos ao reclamante, à exceção da indenização a título de danos morais.

Liquidação por cálculos.

Custas, pela ré, sujeitas à complementação, no importe de R\$ 400,00, calculadas sobre R\$ 20.000,00, valor provisoriamente arbitrado à condenação.

Cientes as partes.

Nada mais!

Lisete Valsecchi Fávaro
Juíza Titular

FILME - CAZUZA

O TEMPO NÃO PARA

Angélica Maria Juste Camargo

Trata-se da cinebiografia de Cazuza, cantor, compositor e astro popular do rock brasileiro das décadas de 80 e 90, do início da carreira até sua morte, aos 32 anos, em virtude da Aids. O filme revela o drama de uma personalidade irreverente, questionadora e ousada, as consequências de suas decisões e o enfrentamento da doença num cenário de fama e preconceito.

Com início na infância e ênfase na juventude do protagonista Cazuza (interpretado por Daniel de Oliveira), a película apresenta a vida de um jovem inconsequente, de família rica, e de seu cotidiano de festas com os amigos, relações amorosas diversificadas, consumo excessivo de bebidas e drogas.

Ao mesmo tempo, o filme transmite com muita realidade a inquietude do artista na construção de sua carreira profissional, desde o ingresso na banda Barão Vermelho, as apresentações em bares do Rio de Janeiro, a fama, o primeiro Rock “in Rio”, a carreira solo e, finalmente, a Aids.

Embora apareça no filme em segundo plano, a relação de Cazuza com seus pais (vividos por Marieta Severo e Reginaldo Farias) é permeada de conflitos, dado o inconformismo dos pais com a irresponsabilidade do filho na condução de sua vida e, por outro lado, a satisfação do rapaz em conduzi-la da forma que melhor lhe aprouvesse. Neste aspecto, o filme revela o sentimento de impotência dos pais e sua pouca autoridade sobre as escolhas do filho.

Também conflituosa, porém não menos intensa e robusta é a amizade de Cazuza com Frejat (Cadu Fávero), retratada no filme com peculiar beleza.

A abordagem da Aids na película é impactante no momento em que Cazuza corre pela praia, chorando, após ter recebido o diagnóstico da doença, com aconselhamento do médico de que “não poderia emprestar suas roupas, não poderia mais beijar, e de que tudo que usasse teria que ser separado”. A cena revela o desconhecimento da sociedade e da própria classe médica a respeito do tratamento da doença que havia sido desc-



.....

DIRETORES - Walter Carvalho e Sandra Werneck

Cazuza – O Tempo não Para é um filme brasileiro de 2004, do gênero drama biográfico, dirigido por Sandra Werneck e Walter Carvalho, e com roteiro baseado na vida do cantor e compositor Cazuza.

oberta alguns anos antes. Nesse sentido, o filme retrata fielmente o contexto da Aids nos anos 80, época de pouca informação sobre o vírus HIV e de muito preconceito, em que os pacientes soropositivos eram isolados do convívio social, tidos indiscriminadamente como devassos em seus relacionamentos privados.

A produção capta de forma interessante a sensibilidade e intensidade com que Cazuzza desfruta a plenitude de viver seus desejos, e também as consequências de suas escolhas, no caso, por uma vida sem limites. Cazuzza encarou a doença com veemência e coragem. Foi o primeiro artista brasileiro a admitir publicamente seu diagnóstico de Aids, e não obstante portador do vírus HIV, deu seguimento à carreira de compositor e cantor enquanto suas condições físicas lhe permitiram.

A abertura de pensamento característica da personalidade do cantor, aliada à capilaridade do sucesso que detinha enquanto ícone do rock nacional, propôs à sociedade brasileira franca discussão sobre a Aids, e certamente contribuiu de forma incisiva para a divulgação do conhecimento sobre o tema e do importante debate sobre a discriminação do soropositivo.

AIDS E SUAS METÁFORAS

Adriana Cavalcante de Souza Schio

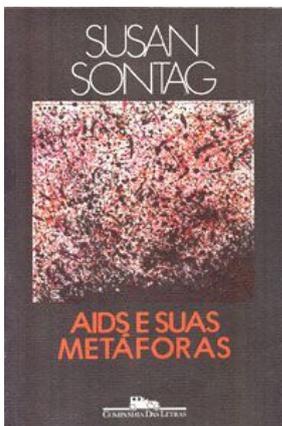
Em 1976, depois de vencer um câncer cujos prognósticos eram ruins, a filósofa e ensaísta Susan Sontag escreveu sobre esta doença como metáfora. Diante da polêmica da AIDS que ganhou manchetes na década de 1980, a escritora apresentou uma releitura desse título e apresentou ao público “AIDS e suas metáforas”.

Na obra, a autora explora as diversas metáforas que fazem com o corpo humano na política, arquitetura, tecnologia e na literatura. Faz comparações com as variadas áreas e realça a metáfora de John Donne que, morrendo, metaforizou a doença como “um inimigo invasor que venceu as barreiras de uma fortaleza” (seu corpo).

Com efeito, ressalta a autora, depois que a Ciência conheceu o mundo microscópico, as metáforas militares tem sido cada vez mais utilizadas, termo apropriado a uma sociedade capitalista. A terminologia ganha especial relevo pelo fato de que as batalhas contra algumas dessas doenças passam a ser combatidas pela sociedade (com o estímulo a medidas profiláticas), como ocorre com o vírus do HIV.

Há, assim, um inimigo comum e não se pode medir esforços (inclusive coletivos) para enfrentar o HIV. A atenção mundial que enxergava no câncer uma doença de morte, passa a encarar a AIDS dessa forma e pior, como uma forma desumanizadora (p. 46), ou seja, a “AIDS banalizou o câncer” (p. 53) e passou a ser a principal peste (p. 53).

Observa a autora que, com isso, há a transformação de pacientes/vítimas em culpados, particularmente porque com o HIV a forma de contágio é o sexual, o que atrai o julgamento moral dos mais apressados, principalmente quando os grupos de risco envolvidos já eram estigmatizados na sociedade da época (como os homossexuais). A doença é encarada como poluição de um vírus que se infiltra (p. 22) e o paciente é criticado pelas metáforas criadas pela sociedade, porque a forma de transmissão



.....
SONTAG, Susan

AIDS e suas metáforas. Trad. Paulo Henrique Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. (111 p.)

propagada sugere que seus portadores teriam passado por excessos sexuais, o que afetava principalmente grupos vulneráveis de hemofílicos e receptores de doação sanguínea. (p. 31-32). No máximo dos julgamentos morais, a doença é encarada como um castigo (p. 54), como já o foram a lepra e a sífilis.

Considerando todos esses elementos, a autora assinala que foi “a sífilis que, nas primeiras descrições feitas por médicos no final do século XV, gerou uma versão das metáforas que proliferam em torno da AIDS: a ideia de uma doença que não apenas era repulsiva e punitiva, como também representava uma invasão que atingia toda a coletividade” (p. 55). Havia mais um agravante. Acreditava-se que “a AIDS fatalmente se espalharia pelo mundo do mesmo modo catastrófico como surgiu na África” (p. 63) e assim a AIDS se tornou um acontecimento global (p. 98). Por isso, a autora critica os quadros iniciais alarmantes e distingue a realidade da imagem que foi feita dos prognósticos da AIDS (p. 104-105), revelando o hiato entre a realidade e a imaginação do desastre.

Diante desse quadro, a autora assevera que a reputação da doença tendia a piorar o quadro psicológico do portador do vírus, o qual fica estigmatizado, principalmente a partir do momento em que há a revelação das sintomatologias e características externas da síndrome (AIDS). Por isso, a autora defende que a doença seja tratada como doença e “não como uma maldição, um castigo, uma vergonha” (p. 19), ou seja, abandone a metáfora que dramatiza ainda mais o quadro do paciente.

A autora discursa que “até mesmo a doença mais carregada de significado pode vir a tornar-se apenas uma doença” (p. 109), como aconteceu com a lepra. Por isso, julga importante propor que: “No caso desta doença, que produz tantos sentimentos de culpa e vergonha, a tentativa de dissociá-la desses significados, dessas metáforas, é particularmente libertadora, até mesmo consoladora. Mas para afastar as metáforas, não basta abster-se delas. É necessário desmascará-las, criticá-las, atacá-las, desgastá-las” (p. 110). Justamente por isso a leitura da obra se torna muito importante, porque cada vez mais se revela a virtude de se falar daquilo que antes era velado (p. 20) e, assim, é especialmente interessante refletir sobre esta obra para deixar claro, de uma vez por todas, que “o corpo não é um campo de batalha” (p. 111).

FILADÉLFIA

Eloina Ferreira Baltazar

Quando se fala em discriminação dos portadores do vírus HIV, não há como deixar de mencionar o filme “Filadélfia”, lançado em 1993. Vanguardista, ascendeu discussões sobre a discriminação direcionada sobre os homossexuais e também sobre os soropositivos.

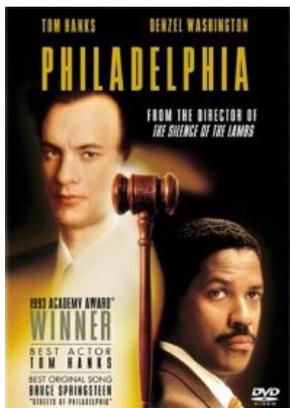
Ganhador de dois Oscar em 1994, a película narra a história de um advogado bem sucedido, Andrew Breckett (vivido por Tom Hanks), que trabalha para um tradicional escritório de advocacia na Filadélfia. Andrew é despedido após seus empregadores suspeitarem da sua condição de soropositivo.

Acreditando que sua despedida foi eminentemente discriminatória, Andrew busca um advogado para processar a empresa. Após o caso ser rejeitado por nove advogados, encontra Joe Miller (Denzel Washington). Joe é um advogado homofóbico mas, após alguma relutância, aceita o caso, que acaba por se tornar muito popular, com veiculação em toda a imprensa.

A partir daí, o filme se desenvolve no tribunal, com depoimentos de funcionários e empregadores. Algumas passagens do julgamento são extremamente emocionantes, a exemplo de quando Miller pede que Andrew mostre seu tórax, onde há marcas da doença.

Recheado com cenas impactantes, no início, vemos um Andrew Breckett saudável, com poucos sintomas iniciais da doença, mas no decorrer da história o diretor Demme (mesmo de “Silêncio dos Inocentes”) conduz o expectador por duas narrativas paralelas: a luta no tribunal e as crescentes complicações da doença de Andrew.

Andrew Breckett vence a batalha no tribunal, mas perde para a doença e, pouco antes de falecer, recebe uma indenização pela discriminação que sofreu.



.....

DIRETOR: Jonathan Demme

FILME: “Filadélfia” (original inglês: Philadelphia)

ANO: 1993

ATORES: Tom Hanks, Denzel Washington

Importante ressaltar que o filme foi lançado pouco mais de uma década após a descoberta do primeiro caso de AIDS no mundo (1981). Se a questão da discriminação do soropositivo já é intensa nos dias de hoje, em 1993 era quase um tabu e certamente “Filadélfia” foi de crucial importância para instigar esse tão necessário debate.

Em tempos de iniciais mudanças e algumas vitórias nesse campo, tais como a recente edição da Súmula 443 do C.TST, que trata da discriminação do portador de HIV, vale a pena assistir pela primeira vez ou novamente esse tão belo filme capaz de, ao mesmo tempo, comover e conscientizar.

O EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV/AIDS

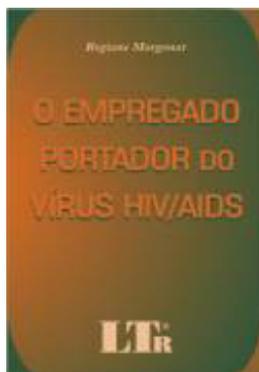
Larissa Renata Kloss

O livro “O empregado portador do vírus HIV/AIDS” trata dos principais desafios que envolvem pessoas soropositivas e as relações de trabalho. Analista judiciária da Justiça Federal de São Paulo, a autora Regiane Margonar é Mestre em Direito e defendeu dissertação com a temática desenvolvida neste livro.

Inicia a obra tratando de conceitos básicos acerca do tema, tanto de aspectos relativos à saúde, quanto jurídicos. Estabelece a relação entre o vírus HIV e a AIDS, como causa e consequência da doença, prevenção e formas de contágio e tratamentos atuais. Depois, de forma a embasar as discussões posteriores, pontua acerca da conceituação de empregado e empregador, empregado e empregador doméstico, e aspectos do contrato de trabalho.

Trata sobre o abuso de direito de forma genérica para conceituá-lo, e específica, quando ocorre na dispensa ou na admissão. Ressalta que ocorre abuso de direito quando o contrato de trabalho do empregado portador de HIV não se concretiza ou é rescindido em virtude de motivos discriminatórios, deixando de cumprir sua função social e atentando contra a dignidade da pessoa humana.

Considera o exame do princípio da dignidade da pessoa humana essencial ao desenvolvimento do trabalho, fazendo-o sem esgotar o tema, mas abordando os pontos relevantes à discussão. Destacam-se os tópicos referentes à relação do princípio com os direitos humanos e com a separação de poderes. Regiane Margonar coloca a universalidade dos direitos humanos e o citado princípio como forma de coibir a prática de atos degradantes, sendo este a base daqueles. Quanto à separação de poderes, a autora questiona se a utilização do princípio como argumento jurídico invade a esfera do Poder Legislativo e se se torna uma solução política, bem como se decisões contrárias a legislação acarretam em vulnerabilidade da separação de poderes. Porém, conclui que há valorização do princípio, uma vez que a dignidade da pessoa humana é norte da legislação constitucional, como



.....

Regiane Margonar

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

princípio aprovado pelo Poder Legislativo e utilizado pelo Poder Judiciário. São abordados, também, os principais princípios do direito do trabalho e a relação destes com o princípio da dignidade humana.

A partir do sétimo capítulo se inicia a tratativa específica do empregado portador de HIV. Inicia abordando os seguintes direitos de personalidade: intimidade, vida privada e honra. Ressalta a autora que não há que se falar em lesão à intimidade quando a lesão é originária da vida social, motivo pelo qual somente em casos excepcionais esta ocorreria no caso do trabalhador com HIV em decorrência do contrato de trabalho. Contudo, pode ocorrer dano à vida privada do empregado ou do candidato ao emprego. Nesta seara, discorre sobre situações que ensejam a lesão, postura médico/empregador e considerações acerca da exigência de testes anti-HIV, inclusive com menção ao repertório de práticas da OIT sobre HIV/AIDS. Quanto à honra, trata de situações em que o candidato ao emprego ou o empregado portador de HIV/AIDS tem o bem jurídico violado em sua esfera objetiva ou subjetiva.

Após, trata do dano material (perda do emprego) e do moral (discriminação, lesão à vida privada e ofensa à honra) do empregado soropositivo. Aponta os seguintes aspectos sobre os danos: a controvérsia acerca do artigo 4º da Lei 9.029/95, entendendo que o dispositivo não se refere à discriminação ao portador de HIV; reparação do dano, tanto na fixação do quantum indenizatório como na reparação não pecuniária; inexistência de culpa ou dolo na ação ou omissão do agente danoso, bastando o dano e o nexo de causalidade. Sobre a responsabilidade pré-contratual, assinala a possibilidade de dano quando o candidato ao emprego sofre discriminação em virtude da soropositividade, bem como sobre a competência da Justiça do Trabalho para dirimir a questão.

O instituto da estabilidade também é abordado no trabalho, mesmo diante da inexistência de previsão legal desta ao empregado portador do vírus HIV. Ressalta, porém, jurisprudência no sentido de assegurar a manutenção do emprego, por meio da reintegração, em virtude de dispensa abusiva por ato discriminatório, fazendo valer os princípios de não discriminação e da dignidade da pessoa humana. Em último caso, em questão de possível animosidade entre as partes que impossibilite a continuidade do contrato, vislumbra possibilidade de indenização dobrada (em analogia aos arts. 496 e 497 da CLT) que amenize o dano material sofrido.

A autora conceitua discriminação, relacionando-o com o trabalhador portador de HIV/AIDS, e aponta a origem discriminatória na ausência de informação acerca das formas de contágio e à persistência da conexão entre homossexualidade e HIV. Constata a dificuldade probatória e enfrenta a questão com auxílio dos princípios da razoabilidade e da primazia da realidade, além da distribuição do ônus da prova e a apresentação da prova indiciária. Destaca a importância de ações de empresas no combate a discriminação, no cumprimento da sua função social, e da promoção de ações afirmativas em favorecimento dos trabalhadores soropositivos, por meio da atuação estatal na criação de legislação que impulse a inserção e manutenção destes no emprego. Importantes julgados sobre

a discriminação existente sobre candidatos e empregados portadores de HIV/AIDS são colacionados e analisados, trazendo os contornos da realidade fática e jurisprudencial sobre o tema.

Aspectos de ética médica e fundamentos jurídicos são utilizados para tratar dos empregados soropositivos que são profissionais da área da saúde. São apresentadas as divergências sobre exigência de teste de HIV, necessidade de comunicação ao paciente e possibilidade de exercer a profissão, com argumentos favoráveis e contrários. A autora posiciona-se no sentido de rejeitar ações que violem o direito fundamental à liberdade de profissão, vida privada e dignidade da pessoa humana, descartando a proibição de exercício profissional na área da saúde por empregados soropositivos, bem como a comunicação da soropositividade a pacientes realizada pelo empregador. Além disso, ressalta que diante de quase a nulidade de chances de transmissão do vírus HIV, não se configura razoável sacrificar bens jurídicos como privacidade, liberdade de profissão e dignidade da pessoa humana. Descarta, ainda, a configuração de justa causa ou de força maior no caso de descontinuidade do contrato de trabalho de profissional da área da saúde por ser portador de HIV/AIDS, pois entende que não há incompatibilidade para o exercício profissional. Para a autora, também a negativa do empregado em realizar o teste de HIV, em virtude de exigência contratual, não configura justa causa. O direito potestativo de rescisão pelo empregador só pode ser exercido quando não eivado de conteúdo discriminatório.

Da mesma forma, o empregador doméstico não pode solicitar exame médico anti-HIV ao seu empregado, tendo em vista ser praticamente nula a possibilidade de transmissão na execução do contrato de trabalho. Enfatiza a autora que o artigo 2º, da Lei 5.859/72 não autoriza o pedido de exame anti-HIV, sob pena de invasão de privacidade e discriminação. Também o direito potestativo do empregador na rescisão contratual pode ser exercido, sem motivação discriminatória.

Por fim, a autora reafirma seus posicionamentos de forma conclusiva. Enfatiza o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento a todas as conclusões, e que não há justificativas que legitimem a discriminação do empregado portador de HIV/AIDS.

TST

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

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

OJ-SDI2-142 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 8.878/94, 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

RECOMENDAÇÃO 200[1]

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho, e reunida em sua 99ª Sessão, em 2 de junho de 2010,

Observando que o HIV e a Aids tem um sério impacto na sociedade e nas economias, no mundo do trabalho, tanto em setores formais como informais, nos trabalhadores, suas famílias e dependentes, nas organizações de empregadores e de trabalhadores e nas empresas públicas e privadas, e comprometem a realização de um trabalho decente e o desenvolvimento sustentável;

Reafirmando a importância do papel da Organização Internacional do Trabalho no combate ao HIV e à Aids no mundo do trabalho e a necessidade de a Organização intensificar seus esforços para alcançar a justiça social e eliminar a discriminação e estigmatização ligadas ao HIV e à Aids, em todos os aspectos do seu trabalho e de seu mandato;

Recordando a importância da redução da economia informal através do trabalho decente e do desenvolvimento sustentável, a fim de melhor mobilizar o mundo do trabalho na resposta ao HIV e à Aids;

Observando que os altos níveis de desigualdade social e econômica, a falta de informação e sensibilização, a não confidencialidade e a insuficiência do acesso e adesão ao tratamento aumentam o risco da transmissão do HIV, os níveis de mortalidade, o número de crianças que perderam um ou ambos os pais e o número de trabalhadores ocupados no trabalho informal;

Considerando que a pobreza, a desigualdade social e econômica e o desemprego aumentam o risco de falta de acesso à prevenção, tratamento, cuidado e apoio, elevando o risco de transmissão;

Observando que o estigma, a discriminação e a ameaça de perda de emprego sofridos por pessoas afetadas pelo HIV ou Aids são obstáculos ao conhecimento do próprio estado sorológico para o HIV, aumentando a vulnerabilidade dos trabalhadores ao HIV, prejudicando o seu direito a benefícios sociais;

Observando que o HIV e a Aids tem um impacto mais significativo sobre grupos vulneráveis e expostos à risco;

Observando que o HIV afeta homens e mulheres, embora as mulheres e as meninas estejam sob maior risco e vulnerabilidade à infecção pelo HIV, sendo desproporcionalmente afetadas pela

pandemia do HIV em comparação aos homens, como resultado da desigualdade de gênero, e que o empoderamento das mulheres é, portanto, um fator fundamental na resposta global ao HIV e à Aids; Recordando a importância de proteger os trabalhadores por meio de programas de segurança e saúde no trabalho;

Recordando o valor do Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV / Aids e o Mundo do Trabalho, de 2001, e a necessidade de reforçar o seu impacto, uma vez que existem limites e lacunas na sua implementação;

Observando a necessidade de promover e implementar as convenções e recomendações internacionais do trabalho e outros instrumentos internacionais relevantes para o HIV e a Aids e o mundo do trabalho, incluindo aqueles que reconhecem o direito ao mais alto nível de saúde e aos padrões de vida dignos;

Recordando o papel específico de organizações de empregadores e de trabalhadores para promover e apoiar os esforços nacionais e internacionais em resposta ao HIV e à Aids no mundo do trabalho e por intermédio deste;

Observando o importante papel do local de trabalho no que diz respeito à informação e ao acesso à prevenção, tratamento, atenção e apoio na resposta nacional ao HIV e à Aids;

Afirmando a necessidade de se manter e ampliar a cooperação internacional, em particular no contexto do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/Aids, no sentido de apoiar os esforços para dar cumprimento a esta Recomendação;

Recordando o valor da colaboração nos níveis nacional, regional e internacional com os organismos relacionados ao HIV e à Aids, incluindo o setor da saúde e as organizações relevantes, especialmente aquelas que representam as pessoas vivendo com HIV;

Afirmando a necessidade de se estabelecer uma norma internacional para orientar governos e organizações de empregadores e de trabalhadores na definição de seus papéis e responsabilidades em todos os níveis;

Após ter decidido adotar diversas propostas em relação ao HIV e a Aids e o mundo do trabalho, e

Tendo determinado que essas propostas devem tomar a forma de uma Recomendação,

Adota, neste dia dezessete de junho do ano de dois mil e dez, a seguinte Recomendação, que

poderá ser citada como a Recomendação sobre o HIV e a Aids, 2010.

I. Definições

1. Para efeitos desta Recomendação:

(a) “HIV” refere-se ao vírus da imunodeficiência humana, um vírus que danifica o sistema imunológico humano. A infecção pode ser prevenida por medidas adequadas;

(b) “Aids”, à síndrome da imunodeficiência adquirida, que resulta de estágios avançados de infecção pelo HIV e é caracterizada por infecções oportunistas ou canceres relacionados com o HIV, ou ambos;

(c) “pessoas vivendo com HIV”, designa as pessoas infectadas com o HIV;

(d) “estigma” refere-se à marca social que, associada a uma pessoa, geralmente provoca a marginalização ou constitui um obstáculo ao pleno gozo da vida social da pessoa infectada ou afetada pelo HIV;

(e) “discriminação”, refere-se a qualquer distinção, exclusão ou preferência tendo o efeito de anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação, tal como referido na Convenção sobre Discriminação (Emprego e Ocupação), e a respectiva Recomendação, 1958;

(f) “pessoas afetadas”, refere-se às pessoas cujas vidas são alteradas pelo HIV ou Aids devido ao maior impacto da pandemia;

(g) “acomodação razoável”, significa toda modificação ou ajuste relativo a postos ou a locais de trabalho que seja razoavelmente exequível e permita que uma pessoa vivendo com HIV ou Aids tenha acesso a um emprego, possa trabalhar e progredir profissionalmente;

(h) “vulnerabilidade”, significa a desigualdade de oportunidades, a exclusão social, o desemprego ou o emprego precário resultantes de fatores sociais, culturais, políticos e económicos que tornam uma pessoa mais suscetível à infecção pelo HIV e ao desenvolvimento da Aids;

(i) “local de trabalho”, refere-se a todo local em que os trabalhadores exercem a sua atividade; e

(j) “trabalhador”, refere-se a toda pessoa que trabalhe sob qualquer forma ou modalidade.

II. Alcance

2. Esta Recomendação abrange:

(a) todos os trabalhadores que atuem sob todas as formas ou modalidades, e em todos os locais de trabalho, incluindo:

(i) as pessoas que exercem qualquer emprego ou ocupação;

(ii) as pessoas em formação, incluindo estagiários e aprendizes;

(iii) os voluntários;

(iv) as pessoas que estão à procura de um emprego e os candidatos a um emprego; e

(v) os trabalhadores despedidos e suspensos do trabalho;

(b) todos os setores da atividade econômica, incluindo os setores privado e público e as economias formal e informal; e

(c) as forças armadas e os serviços uniformizados.

III. Princípios Gerais

3. Os seguintes princípios gerais devem aplicar-se a todas as ações envolvidas na resposta nacional ao HIV e à Aids no mundo do trabalho:

(a) a resposta ao HIV e à Aids deveria ser reconhecida como uma contribuição para a concretização dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, incluindo os trabalhadores, suas famílias e dependentes;

(b) o HIV e a Aids deveriam ser reconhecidos e tratados como uma questão que afeta o local de trabalho, a ser incluída entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional para a pandemia, com plena participação das organizações de empregadores e de trabalhadores;

(c) não deveria haver discriminação ou estigmatização dos trabalhadores, em particular as pessoas que buscam e as que se candidatam a um emprego, em razão do seu estado sorológico relativo ao HIV, real ou suposto, ou do fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população considerados sob maior risco ou maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV;

(d) a prevenção de todos os meios de transmissão do HIV deveria ser uma prioridade fundamental;

- (e) os trabalhadores, suas famílias e seus dependentes deveriam ter acesso à serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação a HIV e Aids, e o local de trabalho deveria desempenhar um papel relevante na facilitação do acesso a esses serviços;
- (f) a participação dos trabalhadores e o seu envolvimento na concepção, implementação e avaliação dos programas nacionais sobre o local de trabalho deveriam ser reconhecidos e reforçados;
- (g) os trabalhadores deveriam beneficiar-se de programas de prevenção do risco específico de transmissão pelo HIV no trabalho e de outras doenças transmissíveis associadas, como a tuberculose;
- (h) os trabalhadores, suas famílias e seus dependentes deveriam gozar de proteção da sua privacidade, incluindo a confidencialidade relacionada ao HIV e à Aids, em particular no que diz respeito ao seu próprio estado sorológico para o HIV;
- (i) nenhum trabalhador deveria ser obrigado a realizar o teste de HIV ou revelar seu estado sorológico para o HIV;
- (j) as medidas relativas ao HIV e à Aids no mundo do trabalho deveriam fazer parte das políticas de desenvolvimento e dos programas nacionais, incluindo aquelas relacionadas ao trabalho, educação, proteção social e saúde; e
- (k) proteção dos trabalhadores em ocupações particularmente expostas ao risco de transmissão do HIV.

IV. Políticas e Programas Nacionais

4. Os Membros deveriam:

- (a) adotar políticas e programas nacionais relativos ao HIV e à Aids e o mundo do trabalho e à segurança e saúde no trabalho onde estes ainda não existam;
- (b) integrar suas políticas e programas sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho nos planos de desenvolvimento e nas estratégias de redução da pobreza, notadamente na estratégias relativas ao trabalho decente, às empresas sustentáveis e à geração de renda, conforme o caso.

5. Na elaboração de políticas e programas nacionais, as autoridades competentes deveriam ter em conta o Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o Mundo do Trabalho, de 2001 e suas revisões posteriores, os outros instrumentos pertinentes da OIT e demais diretrizes internacionais adotadas sobre o assunto.

6. As políticas e programas nacionais deveriam ser desenvolvidos por autoridades competentes, em consulta às principais organizações de empregadores e de trabalhadores, bem como as organizações representantes de pessoas vivendo com HIV, levando em conta as opiniões dos setores relevantes, especialmente o de saúde.

7. No desenvolvimento das políticas e programas nacionais, as autoridades competentes deveriam ter em conta o papel do local de trabalho na prevenção, tratamento, atenção e apoio, incluindo a promoção do aconselhamento e testes de diagnóstico voluntário, em colaboração com as comunidades locais.

8. Os Membros deveriam aproveitar todas as oportunidades para divulgar informações acerca de suas políticas e programas sobre HIV e Aids e o mundo do trabalho, por meio de organizações de empregadores e de trabalhadores, outras entidades relacionadas ao HIV e à Aids e os canais de informação pública.

Discriminação e promoção da igualdade de oportunidades e tratamento

9. Os governos, em consulta às principais organizações de empregadores e de trabalhadores, deveriam considerar a possibilidade de oferecer proteção equivalente à estabelecida na Convenção sobre Discriminação (Emprego e Ocupação), de 1958, para evitar a discriminação com base no estado sorológico de HIV, real ou suposto.

10. O estado sorológico de HIV, real ou suposto, não deveria ser motivo de discriminação para a contratação ou manutenção do emprego, ou para a busca da igualdade de oportunidades compatíveis com as disposições da Convenção sobre Discriminação (Emprego e Ocupação), de 1958.

11. O estado sorológico de HIV, real ou suposto, não deveria ser causa de rompimento da relação de trabalho. As ausências temporárias do trabalho por motivo de doença ou para prestar cuidados relacionados ao HIV e à Aids devem ser tratadas da mesma maneira que as ausências por outros motivos de saúde, levando em conta a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, de 1982.

12. Quando as medidas existentes contra a discriminação no local de trabalho forem inadequadas para assegurar a proteção eficaz contra a discriminação relacionada com o HIV e a Aids, os Membros devem adaptar essas medidas ou substituí-las por outras, e proceder à sua execução eficaz e transparente.

13. Às pessoas com doenças relacionadas ao HIV não deveria ser negada a possibilidade de continuar a realizar seu trabalho, mediante acomodações razoáveis, se necessário, enquanto são clinicamente

aptas a fazê-lo. Deveriam ser estimuladas medidas para realocar essas pessoas em atividades razoavelmente adaptadas às suas capacidades, oferecer formação para o caso de procurarem outro trabalho ou facilitar o seu retorno ao trabalho por meio de incentivos, levando em consideração os instrumentos pertinentes da Organização Internacional do Trabalho e das Nações Unidas.

14. Deveriam ser tomadas medidas no local de trabalho, ou através dele, para reduzir a transmissão do HIV e atenuar o seu impacto,

- (a) garantindo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;
- (b) assegurando a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres;
- (c) garantindo ações para prevenir e proibir a violência e o assédio no local de trabalho;
- (d) promovendo a participação ativa de mulheres e homens na resposta ao HIV e à Aids;
- (e) promovendo o envolvimento e o empoderamento de todos os trabalhadores, independentemente da sua orientação sexual ou porque façam ou não parte de grupos vulneráveis;
- (f) promovendo a proteção da saúde sexual e reprodutiva e os direitos sexuais e reprodutivos de mulheres e homens;
- (g) garantindo a efetiva confidencialidade dos dados pessoais, inclusive dos dados médicos.

Prevenção

15. As estratégias de prevenção deveriam ser adaptadas às condições nacionais e aos tipos de lugar de trabalho, além de levar em consideração aspectos econômicos, sociais, culturais e de gênero.

16. Os programas de prevenção deveriam garantir:

- (a) informações relevantes, oportunas e atualizadas a todos, em um formato e linguagem culturalmente adequados, mediante os diferentes canais de comunicação disponíveis;
- (b) programas de educação abrangente, de modo a ajudar homens e mulheres a compreender e reduzir o risco de todas as formas de infecção pelo HIV, inclusive a transmissão de mãe para filho, e entender a importância da mudança de comportamentos de risco associados à infecção;
- (c) medidas efetivas de segurança e saúde no trabalho;

(d) medidas para incentivar os trabalhadores a conhecer o seu próprio estado sorológico, mediante aconselhamento e teste voluntário;

(e) acesso a todos os métodos de prevenção necessários, em particular preservativos masculinos e femininos e, quando adequado, informações sobre seu uso correto, além do acesso a medidas de profilaxia pós-exposição;

(f) medidas efetivas para reduzir comportamentos de alto risco, inclusive dos grupos mais expostos a risco, com vistas a diminuir a incidência do HIV;

(g) estratégias de redução de danos baseadas nas diretrizes publicadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/Aids (UNAIDS) e pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), bem como outras diretrizes pertinentes.

Tratamento e Cuidados

17. Os Membros deveriam assegurar que as suas políticas e programas nacionais voltados para as ações de saúde no local de trabalho sejam determinadas em consulta a empregadores e trabalhadores e seus representantes ligados aos serviços públicos de saúde. Deveriam oferecer a mais ampla gama de intervenções adequadas e efetivas para prevenir o HIV/Aids e controlar os seus impactos.

18. Os Membros deveriam garantir que os trabalhadores que vivem com o HIV, assim como seus dependentes, beneficiem-se do acesso pleno à atenção à saúde, seja esta oferecida pelo sistema público, de seguridade social, de planos de saúde privados ou outros regimes. Os Membros deveriam também garantir a educação e sensibilização dos trabalhadores a fim de facilitar o seu acesso aos cuidados de saúde.

19. Todas as pessoas abrangidas por esta Recomendação, inclusive os trabalhadores vivendo com HIV, suas famílias e seus dependentes, deveriam ter direito a serviços de saúde. Esses serviços deveriam incluir acesso gratuito ou mediante preços acessíveis a:

(a) aconselhamento e testes diagnósticos voluntários;

(b) tratamento antirretroviral, assim como educação, informação e apoio para viabilizar a sua continuidade;

(c) nutrição adequada compatível com o tratamento;

(d) tratamento para infecções oportunistas, infecções sexualmente transmissíveis e quaisquer outras doenças relacionadas com o HIV, em particular a tuberculose;

(e) programas de prevenção e apoio para pessoas vivendo com o HIV, inclusive o apoio psicossocial.

20. Não deveria haver nenhuma discriminação contra os trabalhadores ou seus dependentes com base em seu estado sorológico de HIV, real ou suposto, para ter acesso aos sistemas de previdência social e de seguro laboral, ou em relação a benefícios no âmbito de tais regimes, inclusive no acesso aos cuidados de saúde e a benefícios relacionados à incapacidade, morte e para os herdeiros.

Apoio

21. Os programas de atenção e apoio deveriam incluir medidas de adaptação razoáveis no local de trabalho para pessoas vivendo com HIV ou doenças relacionadas com o HIV, levando em consideração as condições da cada país. O trabalho deve ser organizado de forma a acomodar a natureza episódica do HIV/Aids, bem como os possíveis efeitos secundários do tratamento.

22. Os Membros deveriam promover a manutenção no emprego e a contratação das pessoas vivendo com HIV. ; os Membros deveriam considerar a possibilidade de estender o apoio a esses trabalhadores durante períodos de emprego e desemprego, inclusive, quando necessário, oferecer oportunidades de geração de renda para pessoas vivendo com HIV ou pessoas afetadas pelo HIV ou Aids.

23. Nos casos em que possa ser estabelecida uma relação direta entre uma determinada ocupação e o risco de infecção, o HIV e a Aids deveriam ser reconhecidos como um acidente do trabalho ou doença do trabalho de acordo com os procedimentos e definições nacionais e em referência à Recomendação sobre a lista de doenças ocupacionais, de 2002, bem como a outros instrumentos pertinentes da Organização Internacional do Trabalho.

Testagem, Privacidade e Confidencialidade

24. Os testes diagnósticos devem ser verdadeiramente voluntários e livres de qualquer coerção, devendo os programas de testagem respeitar as diretrizes internacionais em matéria de confidencialidade, aconselhamento e consentimento.

25. Aos trabalhadores, incluindo os migrantes, as pessoas que procuram emprego e os candidatos a trabalho, não deveriam ser exigidos testes para HIV ou quaisquer outras formas de diagnóstico de HIV;

26. Os resultados dos testes de HIV deveriam ser confidenciais e não deveriam comprometer o acesso ao emprego, a estabilidade, a segurança no emprego ou oportunidades para o avanço profissional.

27. Os trabalhadores, incluindo os migrantes, os desempregados e os candidatos a emprego, não deveriam ser coagidos pelos países de origem, de passagem ou de destino a fornecer informações relacionadas ao HIV sobre si mesmos ou outros. O acesso a essas informações deveria ser regido por regras de confidencialidade, em conformidade com o Repertório de recomendações práticas da OIT sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, de 1997, e outras normas internacionais pertinentes relativas à proteção de dados pessoais.

28. O trânsito dos trabalhadores migrantes ou daqueles que pretendem migrar em função do emprego não deve ser impedido nos países de origem, de passagem ou de destino, com base no seu status sorológico para o HIV, real ou suposto.

29. Os Membros deveriam dispor de mecanismos de resolução de litígios que sejam de fácil acesso e que garantam a devida compensação aos trabalhadores, caso os seus direitos acima enunciados sejam violados.

Segurança e Saúde Ocupacional

30. O ambiente de trabalho deveria ser seguro e salubre, a fim de prevenir a transmissão do HIV no local de trabalho, levando em conta a Convenção e a Recomendação sobre Segurança e Saúde no Trabalho, de 1981 a Convenção e a Recomendação sobre o Marco Promocional da Segurança e Saúde no Trabalho” de 2006 e outros instrumentos internacionais, tais como os documentos conjuntos de orientação da Organização Internacional do Trabalho e da OMS.

31. As ações de segurança e saúde destinadas a prevenir a exposição dos trabalhadores ao HIV no trabalho devem incluir precauções universais, medidas de prevenção de riscos e acidentes, tais como medidas relacionadas à organização do trabalho e ao controle de técnicas e práticas de trabalho; equipamentos de proteção individual, quando for apropriado; medidas de controle ambiental e profilaxia pós-exposição; e outras medidas de segurança para minimizar o risco de infecção pelo HIV e a tuberculose, especialmente em profissões de maior risco, como as do setor da saúde.

32. Quando existir a possibilidade de exposição ao HIV no local de trabalho, os trabalhadores deveriam receber informação e orientação sobre os modos de transmissão e os procedimentos para evitar a exposição e a infecção. Os Membros deveriam adotar medidas para garantir a oferta de prevenção, segurança e saúde, de acordo com as normas pertinentes.

33. Medidas de sensibilização devem enfatizar que o HIV não é transmitido por simples

contato físico e que a presença de uma pessoa vivendo com HIV não deve ser considerada como uma ameaça no local de trabalho.

34. Os serviços de saúde no trabalho e os mecanismos existentes relacionados à segurança e saúde no trabalho deveriam abordar o HIV e a Aids tendo em conta a Convenção e a Recomendação sobre Serviços de Saúde no Trabalho, de 1985, assim como as Diretrizes Conjuntas da OIT/OMS Sobre Serviços de Saúde e HIV/Aids, de 2005, e qualquer revisão posterior, além de outros instrumentos internacionais pertinentes.

Crianças e Jovens

35. Os Membros devem adotar medidas para combater o trabalho infantil e o tráfico de crianças que podem resultar da morte ou doença de membros da família ou de cuidadores, causada pela Aids, bem como para reduzir a vulnerabilidade das crianças ao HIV, levando em conta a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998; a Convenção e a Recomendação sobre a Idade Mínima, de 1973; e a Convenção e a Recomendação sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, de 1999. Medidas especiais deveriam ser tomadas para proteger estas crianças do abuso e exploração sexual.

36. Os Membros deveriam adotar medidas para proteger os trabalhadores jovens contra a infecção pelo HIV e incluir as necessidades especiais das crianças e jovens nos programas e políticas nacionais voltados para a resposta ao HIV e a Aids. Estas medidas deveriam incluir a educação em saúde sexual e reprodutiva e, em especial, a divulgação de informações sobre HIV e Aids, por meio de formação profissional e de programas e serviços de emprego direcionados aos jovens.

V. Aplicação

37. As políticas e programas nacionais sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho deveriam:

(a) ser efetivadas em consulta às mais representativas organizações de empregadores e de trabalhadores e outras partes interessadas, incluindo as respectivas estruturas públicas e privadas de saúde no trabalho, por um ou mais dos seguintes meios:

(i) leis e regulamentos nacionais;

(ii) acordos coletivos;

(iii) políticas e programas de ação de âmbito nacional e nos locais de trabalho;

- (iv) estratégias setoriais, com particular atenção aos setores em que as pessoas abrangidas pela presente Recomendação estejam sob maior risco;
- (b) envolver, em seu planejamento e execução, as autoridades judiciais competentes em matéria de trabalho e as autoridades da administração do trabalho, possibilitando aos mesmos a devida capacitação;
- (c) inserir, em leis e regulamentos nacionais, medidas visando abordar a violação da privacidade e confidencialidade, bem como outras proteções oferecidas no âmbito da presente Recomendação;
- (d) assegurar a colaboração e coordenação entre as autoridades públicas e os serviços públicos e privados pertinentes, inclusive as instituições de seguro e de previdência, entre outros;
- (e) estimular e apoiar todas as empresas a implementá-las, inclusive mediante suas cadeias de suprimentos e redes de distribuição, com a participação das organizações de empregadores e de trabalhadores, além de garantir que as empresas que operem em zonas francas industriais de processamento de exportação também a cumprir ;
- (f) promover o diálogo social, incluindo consulta e negociação em consonância com a Convenção sobre Consulta Tripartite (normas internacionais do trabalho), de 1976, e outras formas de cooperação entre autoridades governamentais, empregadores públicos e privados e trabalhadores, além de seus representantes, tendo em conta as opiniões dos profissionais de saúde, especialistas em HIV e Aids e outras partes interessadas, incluídas as organizações que representam as pessoas vivendo com HIV, organizações internacionais, organizações da sociedade civil e mecanismos de coordenação nacional;
- (g) ser formuladas, aplicadas, revisadas e atualizadas periodicamente, tendo em vista os mais recentes desenvolvimentos científicos e sociais e a necessidade de integrar os aspectos de gênero e cultura;
- (h) ser coordenadas com políticas e programas de trabalho, segurança social e saúde, entre outros;
- (i) assegurar que os Membros disponibilizem os recursos necessários para sua execução, tendo em conta as condições de cada país, bem como a capacidade de cumprimento por parte dos empregadores e dos trabalhadores.

Diálogo Social

38. A implementação de políticas e programas sobre o HIV e a Aids deve basear-se na cooperação e

confiança entre empregadores e trabalhadores, bem como seus representantes e os governos, com a participação ativa, em seu local de trabalho, das pessoas vivendo com HIV.

39. As organizações de empregadores e de trabalhadores devem promover a conscientização sobre HIV e Aids, incluindo a prevenção e o combate à discriminação mediante oferta de orientação e informação aos seus membros. Tais medidas devem ser sensíveis às particularidades culturais e de gênero.

Educação, Capacitação, Informação e Consulta

40. A capacitação, informação e orientação de segurança relacionadas ao HIV e à Aids necessárias no lugar de trabalho deveriam ser fornecidas de forma clara e acessível a todos os trabalhadores e, em particular, aos trabalhadores migrantes, aos trabalhadores recém-contratados ou inexperientes, aos trabalhadores jovens e às pessoas em formação, incluindo estagiários e aprendizes. A capacitação, informação e orientação devem ser sensíveis a questões culturais e de gênero, adaptando-se às características da força de trabalho local e levando em conta os fatores de risco a que está exposta.

41. Deveriam ser disponibilizadas aos empregadores, gestores e representantes dos trabalhadores, informações científicas e socioeconômicas atualizadas e, quando for o caso, orientação e capacitação em HIV e Aids, a fim de auxiliá-los a adotar as medidas adequadas no local de trabalho.

42. Os trabalhadores, inclusive os estagiários e voluntários, deveriam receber informações visando sua sensibilização e capacitação adequada em procedimentos de proteção contra a infecção pelo HIV em caso de acidentes de trabalho e na realização dos primeiros socorros cabíveis no local de trabalho. Os trabalhadores cujas ocupações os colocam em risco de exposição a sangue humano, produtos derivados do sangue e outros fluidos corporais deveriam receber capacitação complementar em prevenção à exposição, procedimentos de registro e profilaxia pós-exposição.

43. Os trabalhadores e seus representantes deveriam ter o direito a ser informados e consultados sobre as medidas tomadas para a aplicação no local de trabalho das políticas e programas relacionados ao HIV e à Aids. Os representantes dos trabalhadores e dos empregadores deveriam participar das inspeções de trabalho, em conformidade com as práticas nacionais.

Serviços Públicos

44. Deveria ser reavaliado e, se necessário, reforçado o papel dos serviços de administração do trabalho, inclusive da inspeção do trabalho, e das autoridades judiciárias competentes em matéria de trabalho, na resposta contra o HIV e a Aids.

45. Os sistemas públicos de saúde deveriam ser aprimorados e acompanhar as Diretrizes Conjuntas

da OIT/OMS sobre os serviços de saúde e o HIV/Aids, de 2005, e qualquer revisão posterior, para garantir um maior acesso à prevenção, tratamento, atenção e apoio, além de reduzir a pressão adicional sobre os serviços públicos, particularmente sobre os trabalhadores da saúde, ocasionada pelo HIV e Aids.

Cooperação Internacional

46. Os Membros deveriam cooperar entre si, mediante acordos bilaterais ou multilaterais, através da participação no sistema multilateral ou quaisquer meios eficazes, a fim de dar cumprimento à presente Recomendação.

47. Medidas para garantir o acesso dos trabalhadores migrantes à prevenção, tratamento, atenção e apoio deveriam ser tomadas pelos países de origem, de trânsito e de destino, devendo ser celebrados acordos entre os países em causa, sempre que necessário.

48. Deveria ser incentivada a cooperação internacional entre os Membros, suas estruturas nacionais relativas ao HIV e à Aids e as organizações internacionais pertinentes, incluindo o intercâmbio sistemático de informações sobre todas as medidas tomadas para responder à pandemia do HIV.

49. Os Membros e as organizações multilaterais deveriam dar particular atenção à coordenação e aos recursos necessários para satisfazer as necessidades de todos os países, especialmente daqueles com alta prevalência da epidemia, no desenvolvimento de estratégias internacionais e programas de prevenção, tratamento, atenção e apoio em HIV e Aids.

50. Os Membros e as organizações internacionais deveriam esforçar-se para reduzir o preço de todos os tipos de insumos para a prevenção, tratamento e atenção em HIV, além de outras infecções oportunistas e agravos relacionados ao HIV.

VI. Acompanhamento

51. Os Membros deveriam estabelecer um mecanismo apropriado, ou utilizar um porventura já existente, para acompanhar a evolução de suas políticas nacionais sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho, bem como para a formulação de diretrizes visando sua adoção e implementação.

52. As principais organizações de empregadores e de trabalhadores deveriam estar representadas, em condições igualitárias, no mecanismo de acompanhamento da evolução da política nacional. Além disso, essas organizações deveriam ser consultadas no âmbito desse mecanismo sempre que necessário, levando em consideração as opiniões das organizações de pessoas vivendo com o HIV, bem como relatórios de especialistas e estudos técnicos.

53. Os Membros deveriam, na medida do possível, coletar informações detalhadas e dados estatísticos e realizar pesquisas, nos níveis local e nacional, sobre a evolução das ações em HIV e Aids no mundo do trabalho, tendo em conta a distribuição de mulheres e homens e outros fatores.

54. Além das providências previstas no artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, a revisão periódica das medidas tomadas com base nesta Recomendação poderá ser incluída nos relatórios nacionais destinados à UNAIDS e outros relatórios no âmbito dos instrumentos internacionais pertinentes.

[1] Versão traduzida feita pelo Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais do Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

<http://www.oitbrasil.org.br/content/recomenda%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho>

consulta em 04/12/2013

LEI Nº 9.029, DE 13 DE ABRIL DE 1995.

Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

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.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações do disposto nesta lei são passíveis das seguintes cominações:

Art. 3o Sem prejuízo do prescrito no art. 2o e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resul-

tantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

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

Art. 4o O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010)

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.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de abril de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo Paiva

PORTARIA Nº 1.246, DE 28 DE MAIO DE 2010

O MINISTRO DO TRABALHO E EMPREGO, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do Parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal;

Considerando que a Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT nº 111, promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, proíbe todo tipo de discriminação no emprego ou profissão;

Considerando que a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou a sua manutenção;

Considerando o previsto na ação programática constante do item j do Objetivo Estratégico VI do Eixo Orientador III do Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovado pelo Decreto nº 7.037, de 22 de dezembro de 2009;

Considerando que a Portaria Interministerial nº 869, de 12 de agosto de 1992, proíbe, no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência adquirida - HIV, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde; e

Considerando que a Resolução nº 1.665 do Conselho Federal de Medicina, de 7 de maio de 2003, veda a realização compulsória de sorologia para o - HIV, resolve:

Art.1º Orientar as empresas e os trabalhadores em relação à testagem relacionada ao vírus da imunodeficiência adquirida - HIV.

Art. 2º Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não obsta que campanhas ou programas de prevenção da saúde estimulem os trabalhadores a conhecer seu estado sorológico quanto ao HIV por meio de orientações e exames comprovadamente voluntários, sem vínculo com a relação de trabalho e sempre resguardada a privacidade quanto ao conhecimento dos resultados.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS ROBERTO LUPI
D.O.U., 31/05/2010 - Seção 1

LEI Nº 9.313, DE 13 DE NOVEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art.3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de novembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Seixas

Direitos Humanos e HIV / AIDS

Acesse:

http://www.cedaps.org.br/wp-content/uploads/2013/07/direitos_humanos_hiv_aids.pdf

Ministério da Saúde
Secretaria de Vigilância em Saúde
Programa Nacional de DST e Aids

DIREITOS HUMANOS E HIV/AIDS:

**Avanços e perspectivas para o enfrentamento
da epidemia no Brasil**

Série B. Textos Básicos de Saúde
Série Parcerias e Mobilização Social; n. 6

Brasília - DF
2008

LIVROS

Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho, PAROSKI, Mauro Vasni. Curitiba: Juruá, 2006. 255 p.

Tutela jurídica do trabalhador soropositivo, BARACAT, Eduardo Milléo, (coord.); KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos, (coord.). São Paulo: Clássica, 2013. 304 p.

“AIDS” e Direito do Trabalho: questões de Direito Material e Processual, GUALAZZI, Alexandre Augusto. São Paulo: LTr, 2005. 207 p.

ARTIGOS

Os direitos da personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV, ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. REVISTA SÍNTESE TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA. [S.l.], v. 24, n. 288, p. 18-33, jun. 2013.

A tutela antidiscriminatória e a Súmula nº 443 do TST, SCHEUERMANN, Hugo Carlos. REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Porto Alegre, v. 79, n. 2, p. 220-231, abr./jun. 2013.

Dispensa do doente de Aids e reintegração no emprego, MARTINS, Sergio Pinto. REVISTA SÍNTESE TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA. [S.l.], v. 24, n. 288, p. 9-17, jun. 2013.

Propuesta organizacional de un archivo de gestión para organizaciones empresariales, TORRES, Irima Campillo; MORALES, Idalmis Maria Cabrera. CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO. Brasília, v. 40, n. 1, p. 77-84, jan./abr. 2011.

Discriminações na relação de emprego e a proteção jurídica do mercado de trabalho da mulher e do portador de vírus HIV, SILVA, Wilma Nogueira de Araujo Vaz. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO. São Paulo, n.13 (jan./dez. 2008), p. 465-476.

Medicina do Trabalho e o princípio da proporcionalidade, MOTTA, Rubens Cenci. SUPLEMENTO TRABALHISTA LTR. São Paulo, v. 49, n. 83, p. 453-456, jul. 2013.

CAPÍTULO DE LIVRO

A tutela do empregado portador do vírus HIV e o dever de solidariedade na ordem normativa brasileira: algumas notas sobre direitos fundamentais da pessoa do empregado pelo prisma laboral-constitucional brasileiro

BRUGGER, Andrey da Silva. In: Baracat, Eduardo Milléo, (coord.). TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR

SOROPOSITIVO. São Paulo: Clássica, 2013. p. 61-75

HIV/AIDS e trabalho no Brasil, VALENTIM, João Hilário. In: Baracat, Eduardo Milléo, (coord.). TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO. São Paulo: Clássica, 2013. p. 115-147

HIV e AIDS no ambiente laboral: visibilidade, discriminação e tutela jurídica de direitos humanos, SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. In: Baracat, Eduardo Milléo, (coord.). TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO. São Paulo: Clássica, 2013. p. 149-181

HIV e a AIDS : preconceito, discriminação e estigma no trabalho
GUNTHER, Luiz Eduardo. In: Baracat, Eduardo Milléo, (coord.). TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO. São Paulo: Clássica, 2013. p. 183-209

HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da recomendação nº 200 da OIT no Brasil
RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira; BARACAT, Eduardo Milléo. In: Baracat, Eduardo Milléo, (coord.). TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO. São Paulo: Clássica, 2013. p. 255-277

Seminário Aids e Trabalho um ano da Recomendação 200 da OIT

Cleopatra Doumbia-Henry (Diretora do Departamento de Normas da OIT)
Desembargador Ney José de Freitas (Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região)

“A Relevância das Normas Internacionais do Trabalho em Matéria de Igualdade no Emprego e Ocupação – Convenções 100 e 111 da OIT”
Palestrante: Laís Abramo (Diretora da Organização Internacional do Trabalho no Brasil)



“Viver com AIDS – Desafios Enfrentados pelas Pessoas HIV+ no Ambiente Laboral”
Palestrante: Moysés Toniolo (Rede Nacional de Pessoas que Vivem com HIV)

Palestra “A Discriminação do Trabalhador com HIV no Ambiente de Trabalho”
Palestrante: Marlene Suguimatsu (Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região/PR)

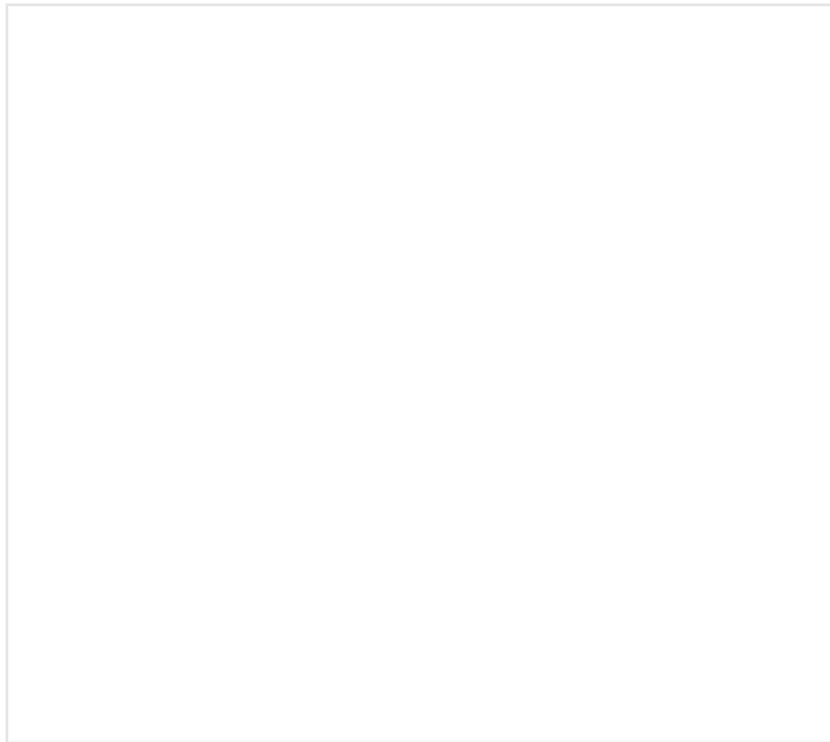
Palestra “Importância da Epidemia de HIV/AIDS no Mundo Laboral”
Palestrante: Ivo Brito (Coordenador de Direitos Humanos, Risco e Vulnerabilidade (DHRV) do Departamento de DST/AIDS e Hepatites Virais da Secretaria de Vigilância da Saúde)

Palestra “Novos Instrumentos na Luta contra a Discriminação no Local de Trabalho – Recomendação 200 da OIT”
Palestrante: Eric Carlson (Especialista Regional em HIV/AIDS no Mundo do Trabalho do Escritório Sub-Regional da OIT em Santiago do Chile)

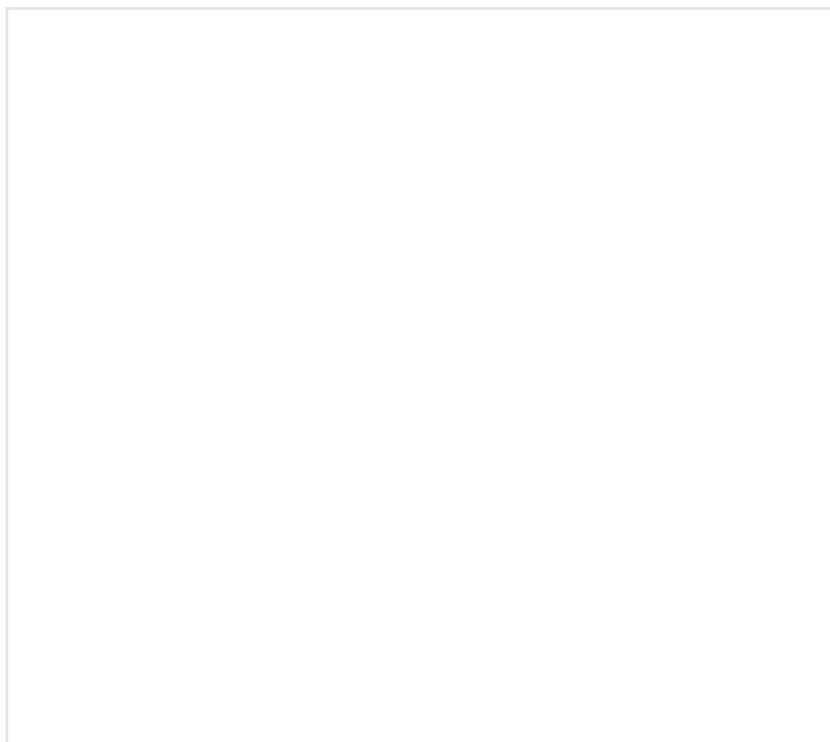
Palestra “O Movimento Sindical e o Trabalhador com HIV”
Palestrante: Leandra Perpétuo (Assessora de Direitos Humanos da Confederação Sindical de Trabalhadores e Trabalhadoras das Américas)

Palestra “Os Empresários e o Trabalhador com HIV”
Palestrante: Neusa Burbarelli (Presidente do Conselho Empresarial Nacional para o HIV/AIDS – CENAIDS)

Palestra “As Técnicas de Monitoramento para a Efetividade das Normas Internacionais do Trabalho”
Palestrante: Lelio Bentes Corrêa (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho)



Parte 1



Parte 2



Parte 3



TRTPR
ESCOLA JUDICIAL

escolajudicial@trt9.jus.br