

# 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.<sup>1</sup>

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)<sup>2</sup>. 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 abalada<sup>3</sup> e sofre com os sintomas da doença<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

Este princípio decorre da lição de Aristóteles<sup>6</sup> 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).<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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,

<sup>8</sup> 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 Fundamental<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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 financeira<sup>11</sup>, 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)<sup>12</sup> 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,<sup>13</sup> 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 injustificada<sup>14</sup> 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 Caçado 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*:<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup>

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, patrimônio 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.<sup>17</sup>

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.