

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 Lélío 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 Lélío 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 que 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