

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS LAGOA VERMELHA

Adenilce Fagundes Toledo Lugoboni

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A
REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO COM BASE NA
SÚMULA 443 DO TST

LAGOA VERMELHA
2017

Adenilce Fagundes Toledo Lugoboni

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO COM BASE NA SÚMULA 443 DO TST

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Prof.^a. Mestre Francine Cansi.

LAGOA VERMELHA
2017

Adenilce Fagundes Toledo Lugoboni

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A
REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO COM BASE NA
SÚMULA 443 DO TST

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Prof.^a. Me. Francine Cansi.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Prof.. – UPF

Prof. _____ - _____

Prof. _____ - _____

DEDICATÓRIA

A Deus, primeiramente por ter me abençoado na realização de mais este sonho.

A meus pais Alcemir e Cleusa pelo amor, apoio e o incentivo para que continuasse e nunca desistisse dos meus objetivos.

Em especial a meu falecido avô Natalicio que por vontade de Deus não está mais entre nós, mais que teria muito orgulho e ver sua neta formada em Direito.

Ao meu amado marido Natael pelo carinho e compreensão por mais esta conquista. Esta vitória não é só minha é nossa, minha querida família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha querida orientadora Francine, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os demais professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica, em especial ao professor Vanderlei pelo incentivo a escolha do tema desta monografia.

“E não sede conformados com este mundo, mas sede transformados pela renovação do vosso entendimento, para que experimenteis qual seja a boa, agradável, e perfeita vontade de Deus”.

Romanos 12:2. Bíblia Sagrada.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo geral, compreender a exclusão ou distinção do empregado portador de doença grave e vírus HIV, analisando a “estabilidade empregatícia” com a aplicação da Súmula 443 do TST na realidade, visando a proteção do empregado. Caracterizando a síndrome da imunodeficiência adquirida, discriminação e o preconceito ao portador no ambiente laboral, assim como as normas protetivas contra a discriminação e o preconceito; e, igualmente analisando os princípios do direito do trabalho e a legislação em conflito com a Súmula 443 do TST. Nesse tema, 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. Considera-se diante do exposto que a exclusão ou distinção do empregado portador de doença grave e vírus HIV, possui seus direitos garantidos com aplicação da Súmula 443 do TST? A fim de garantir maior assistência ao empregado, a CF/88 pressagiu no seu texto normativo a suspensão contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e isso pode ser atrelada a Súmula 443 do TST, limita o poder do empregador de rescisão unilateral do contrato, a fim de resguardar a manutenção do vínculo empregatício, haja vista que o trabalho é um direito basilar e social do homem, sendo seu sustento, indispensável a garantia de uma vida digna. Também, a CLT, em vistas de garantir maior proteção aos empregados, positivou a estabilidade provisória no emprego, concebendo uma limitação ao poder do empregador. A razão de ser da Súmula nº 443 do TST é assegurar contra a discriminação de trabalhadores soropositivos e portadores de qualquer outra doença grave que provoque a estigmatização ou o preconceito. A Súmula nº 443 concebe respeitável ferramenta contra a discriminação nas relações de trabalho, e seu conteúdo e teor estão de acordo com a as diretrizes consolidadas pela OIT. O órgão internacional determinou a igualdade em disciplina de trabalho e emprego como um dos direitos fundamentais do trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Discriminação. Preconceito. Soropositivo. Súmula 443.

ABSTRACT

This paper aims to understand the exclusion or distinction of the employee with serious illness and HIV virus, analyzing the "employment stability" with the application of TST 443 in reality, aiming at employee protection. Characterizing acquired immunodeficiency syndrome, discrimination and carrier prejudice in the workplace, as well as the protective norms against discrimination and prejudice; and also analyzing the principles of labor law and the legislation in conflict with the TST 443. In this regard, the dismissal of employees with HIV or other serious illnesses that give rise to stigma or prejudice is presumed to be discriminatory. Invalid the act, the employee has the right to reintegration into employment. Is it considered that the exclusion or distinction of the employee with serious illness and HIV virus, have their rights guaranteed by application of the TST 443? In order to ensure greater assistance to the employee, CF / 88 presaged in its normative text the suspension against arbitrary or unjustified dismissal, and this may be tied to the TST's summation 443, limiting the employer's power to unilaterally terminate the contract, In order to safeguard the maintenance of the employment relationship, since work is a basic right and social of the man, being his sustenance, indispensable the guarantee of a dignified life. Also, in order to guarantee greater protection to employees, CLT has promoted a temporary stability in employment, conceiving a limitation on the power of the employer. The *raison d'être* of Precedent 443 of the TST is to ensure against discrimination against HIV-positive workers and those who suffer from any other serious illness that causes stigma or prejudice, *sumula* nº 443 devises a respectable tool against discrimination in labor relations, and its content and content are in accordance with the guidelines consolidated by the ILO. The international body has determined equality in labor and employment discipline as one of the fundamental rights of labor.

Keywords: Labor Law. Discrimination. Preconception. HIV positive. *Sumula* 443.

LISTA DE SIGLAS

AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome/
ABIA	Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS
art.	Artigo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
GAPA/SP	Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS/São Paulo
HIV	Human Immunodeficiency Virus
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
nº	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
Res.	Resolução
SIDA	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
SUM	Súmula
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ-SP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UNICEF	United Nations Children's Fund
VIDDA	Grupo de Valorização, Integração e Dignidade do Doente da AIDS

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O VÍRUS HIV E A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA, DISCRIMINAÇÃO E O PRECONCEITO AO PORTADOR NO AMBIENTE LABORAL.....	13
2.1 Conceitos e Terminologia sobre o Vírus HIV e a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.....	13
2.2 Discriminação e o Preconceito ao Portador do HIV	15
2.3 Normas Protetivas Contra a Discriminação ao Trabalhador Soropositivo .	23
2.4 Os Princípios Constitucionais da Dignidade Humana e da Igualdade e Não Discriminação	30
3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	35
3.1 Princípio da Proteção.....	35
3.2 Princípio do “in dubio pro operário”	41
3.3 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego.....	46
4 A SÚMULA 443 DO TST.....	50
4.1 O Surgimento da Súmula 443 do TST.....	50
4.2 A Súmula 443 do TST como Limitadora da Liberdade do Empregador	58
4.3 A Súmula 443 do TST como Garantia dos Direitos do Trabalhador	62
4.4 Casos Concretos a partir de Julgados	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

A limitação à vontade do empregador e a garantia a reintegração do empregado com base na Súmula 443 Tribunal Superior do Trabalho (TST), na qual concretizou o entendimento jurisprudencial reconhecida pela referida Corte, no sentido de conferir ação discriminatória na dispensa infundada de trabalhadores portadores do *Human Immunodeficiency Virus* (HIV) e outras enfermidades que causam estereotipação ou preconceitos. Considerando uma problemática que tem grande relevância à sociedade, pois a proteção ao hipossuficiente conferida pelo Direito Material Trabalhista traz muitas discussões em meio ao empregado e empregador. Ocorre que em muitos casos, a dispensa imotivada ameaça a dignidade do empregado.

O desígnio principal ao combate à dispensa discriminatória e da proteção a dignidade da pessoa humana, a luz da criação da Súmula 443 do TST, trouxe consigo violação a direitos constitucionalmente já previstos e outras arbitrariedades do direito do trabalho na proteção do empregado em relação ao empregador.

O grande estigma social que o preconceito gera com os portadores do vírus HIV se dá porque muitas pessoas não conhecerem o que é o vírus HIV e qual a sua principal relação com a *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS), pois diante do desconhecido, a sociedade produz representações apoiadas na ideia de doença contagiosa, incurável, cujo significado representava uma ameaça extrema à sociedade, atrelada a atitudes de evitamento daquele que é portador. (CRUZ; ARAÚJO, 2014).

Nesse argumento, este estudo tem por objetivo geral, compreender a exclusão ou distinção do empregado portador de doença grave e vírus HIV, analisando a “estabilidade empregatícia” com a aplicação da Súmula 443 do TST na realidade, visando a proteção do empregado. Caracterizando a síndrome da imunodeficiência adquirida, discriminação e o preconceito ao portador no ambiente laboral, assim como as normas protetivas contra a discriminação e o preconceito; e, igualmente analisando os princípios do direito do trabalho e a legislação em conflito com a Súmula 443 do TST.

Com a finalidade de tecer maiores considerações sobre os aspectos levantados, 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. Considera-se diante do exposto

que a exclusão ou distinção do empregado portador de doença grave e vírus HIV, possui seus direitos garantidos com aplicação da Súmula 443 do TST?

Justificando a escolha do tema pelo interesse acadêmico e pela relevância jurídica sobre os preconceitos e a discriminação no mercado de trabalho, especialmente os que envolvem muitos trabalhadores portadores de doenças graves e HIV. Entendendo que o dever é do Estado em assegurar a saúde a todos os cidadãos, inclusive os portadores de HIV/AIDS, merecendo assim ampla solidariedade social, de forma igualitária garantindo o princípio maior da Dignidade Humana.

Após a elaboração introdutória deste trabalho, disposto no capítulo um, o capítulo dois traz-se à baila a definição e caracterização sobre o vírus HIV e a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, discriminação e o preconceito ao portador no ambiente laboral.

No terceiro capítulo será exposto a abordagem sobre os Princípios do Direito do Trabalho agregado ao processo de proteção ao portador de HIV, da mesma forma, em resposta a racionalidade epistemológica na visão jurídica do direito e da dignidade da pessoa humana, bem como, a caracterização desse grupo, estigmatizado como minoria.

O quarto capítulo, traz a concepção da Súmula 443 do TST, bem como a análise paralela da possível limitação da liberdade do empregador, as percepções das garantias do trabalhador e das disposições e efetivação de casos concretos já julgados, e os desdobramentos doutrinários.

E por fim, não menos importante as considerações finais, que por meio da análise do texto apresentado remete a compreensão da questão que norteou o trabalho que refere-se aos instrumentos legais e sua eficácia, contendo, o entendimento conclusivo de tudo o que foi exposto.

2 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O VÍRUS HIV E A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA, DISCRIMINAÇÃO E O PRECONCEITO AO PORTADOR NO AMBIENTE LABORAL

O presente capítulo abordará características e concepções acerca da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) ou a designação popular AIDS, assim como uma descrição breve sobre seu agente causador, na qual conduz a uma ponderação cautelosa no Direito do Trabalho, visto que se versa sobre uma patologia, que surgiu no século passado e, que ainda permanecem lacunas e incertezas no campo trabalhista.

Nesse tema, observa-se que mesmo na contemporaneidade, o indivíduo considerado soro positivo, pode sofrer discriminação e preconceito no mercado de trabalho, no ambiente laboral e até mesmo social, o que resulta ao preconceito e a discriminação, afrontando os Direitos Humanos do trabalhador e, a verdadeira efetivação da dignidade da pessoa humana. Assim, considera-se necessário fundamentar por referências as elucidações científicas sobre o tema, assim como, discorrer sobre as interpretações de preconceito e discriminação e, as normas protetivas ao trabalhador.

2.1 Conceitos e Terminologia sobre o Vírus HIV e a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

Na década de 1980, com o aparecimento do vírus HIV, causador da *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS) ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), foram inicialmente, caracterizadas por muitas mistificações, tanto na estigmatização de grupos de risco, como pela ausência total de cura e, conseqüente morte rápida. E, em um período curto de tempo, descobriu-se que o vírus poderia infectar qualquer pessoa, e não exclusivamente aquelas dos grupos de risco, afirma Paul (2014). Destaca-se que a AIDS ocorre como uma conseqüência da ação do vírus HIV no organismo. Esse vírus infecta as células do sistema imunológico levando a uma severa imunodepressão e maior susceptibilidade à doenças infecciosas. (MOSSER et al., 2009).

Conforme a UNICEF (2013) a síndrome é causada pelo HIV, um vírus que ataca o sistema imunológico do corpo. “S” é de síndrome, uma combinação de sinais e sintomas que formam um quadro clínico distinto de uma disfunção; “I” e “D” são de Imunodeficiência: o sistema imunológico ou protetor de uma pessoa cede, e este torna-se vulnerável a infecções. A letra “A” da expressão “Adquirida”, significa que a doença não é hereditária, nem congênita. HIV significa *Human Immunodeficiency Virus* (Vírus da Imunodeficiência Humana).

O sistema imunológico é uma complexa rede de órgãos, células, proteínas e enzimas que proporciona meios de desenvolver uma resposta rápida, e altamente específica visando a manutenção da homeostase fisiológica e da defesa da integridade do organismo frente a agressões exógenas. O HIV infecta as células do sistema imunológico, especialmente as células T, levando a uma severa imunodepressão e maior susceptibilidade à doenças infecciosas. Com a destruição do sistema imune, o indivíduo portador do HIV morre em consequência de doenças infecciosas secundárias. (MOSSER et al., 2009, p. 75; PAUL, 2014, p. 101).

Leciona Valentim (2003, p. 53) e Margonar (2006, p. 20), que a doença possui três estágios: o primeiro, é pela latência do vírus HIV, onde o portador ainda não possui nenhum sintoma de soropositivo, nem da AIDS; caracteriza-se apenas como um assintomático, mas poderá transmitir o vírus para outra pessoa.

No segundo estágio, o sistema imunológico consegue combater precariamente algumas infecções, pois o organismo possui ainda algum grau de defesa, sendo que, nesta fase, podem ocorrer distúrbios, condições que debilitam, mas não são fatais, o que distingue da AIDS propriamente dita. O terceiro estágio é último, que seria da infecção da AIDS, onde ocorre o estabelecimento e desenvolvimento concreto do vírus no organismo humano, caracterizado pelas doenças que invadem o organismo devido à falta de defesa, comprometendo assim diversos órgãos e sistemas do organismo. (VALENTIM, 2003, p. 53; MARGONAR 2006, p. 20),

A atuação do vírus no ser hospedeiro, para Mosser et al. (2009, p. 75) é caracterizada pela deterioração gradual das funções do sistema imune, nitidamente sobre os linfócitos T. A AIDS ocorre como uma consequência da ação do vírus HIV no organismo. Esse vírus destrói o sistema imunológico do corpo, atacando as células T, fundamentais na ativação da resposta imune (KITAMURA, 2007, p. 108).

Há muitos soropositivos, isto é portadores do vírus HIV, que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença, afirma Kim (2015, p. 103). Ter o

HIV não é a mesma coisa que ter a Aids. Pode ser transmitido de várias formas, dependendo da prevalência de indivíduos infectados na população, da frequência de exposição e da natureza dessas exposições, da relativa infectividade do vírus e da concentração do vírus no sangue. (PAUL, 2014, p. 101).

O vírus é transmitido pelas relações sexuais desprotegidas, pelo compartilhamento de seringas contaminadas ou de mãe para filho durante a gravidez e a amamentação. Infelizmente a medicina ainda não encontrou a cura para a Aids (PAUL, 2014, p. 100). O que se tem hoje são medicamentos que fazem o controle do vírus na pessoa com a doença: medicamentos antirretrovirais - coquetéis anti-aids que aumentam a sobrevivência e melhoram a qualidade de vida do paciente soropositivo.

Para a AIDS e, apesar dos avanços da ciência médica, ainda não possui cura. As campanhas educativas traçam critérios e orientações para a prevenção, mas insuficientes para a diminuição de novos casos. Atualmente, as campanhas educativas e medicações atenuam os seus efeitos. Os portadores do vírus merecem a solidariedade e o respeito de seus familiares, e também da sociedade. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2010, p. 314).

Quando se conhece a condição de portador do vírus, a vida pessoal do ser humano sofre um grande “alvoroço”, assim iniciam processos de discriminação que atingem o portador do vírus HIV na sua profissão e sua família.

As seções anteriores objetivaram a compreensão da fisiopatologia da AIDS e do HIV, para que se possa elucidar as questões referentes a discriminação e estigmatização ao portador do vírus, com a finalidade de reconhecer e de sustentar as garantias Constitucionais dos jurisdicionados. Sendo que a própria Carta Maior veda qualquer forma de discriminação, inclusive no âmbito trabalhista.

2.2 Discriminação e o Preconceito ao Portador do HIV

O preconceito, entendido como um constructo científico autônomo, começou a ser estudado atentamente por psicólogos na década de 20 (DUCKITT, 2012, p. 66). A partir de então, as causas e consequências do preconceito têm sido sistematicamente investigadas por diversos autores, entre eles o norte-americano Gordon Allport que em 1954 publicou “*The Nature of Prejudice*” reeditado em 2009, mencionando a influência de traços de personalidade, emoções e cognições no

aparecimento do preconceito, mas grande parte dos estudos recentes parece aceitar a ideia de que um dos fatores mais relevantes no que concerne ao preconceito é de que ele é histórica e socialmente construído: ... segregação, preconceito e discriminação (...) não são resultados inevitáveis de processos biológicos ou cognitivos. (ALLPORT, 2009, p. 12-17).

Argumenta-se, o preconceito, reflete a emergência histórica de comportamentos e sistemas de crenças específicos que equacionam diferenças físicas e culturais com “bondade” ou “maldade” dentro da espécie humana. Tais comportamentos e crenças surgirão apenas como uma consequência de histórias de opressão particulares. (GAINES; REED, 1995, p 101).

Quando menciona-se a palavra discriminação deve-se levar em conta, os aspectos subjetivos e objetivos. O elemento subjetivo relaciona-se à intenção de discriminar. De outro lado, o elemento objetivo caracteriza-se pela preferência efetiva por alguém em detrimento de outro “sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado”. Esse comportamento revela “uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores importantes” (NASCIMENTO, 2011. p. 405).

O preconceito e a discriminação associados ao portador do HIV, há anos atrás, especialmente na década de 1980, em particular pela sua associação a grupos populacionais específicos mais afetados em seu início (homens que fazem sexo com homens, usuários de drogas e trabalhadoras do sexo), e pela sua associação com doença fatal e aterrorizante, imagem está construída com o apoio da mídia. O que tornou-se um estigma a todos os portadores do vírus. (FURTADO, 2004, p. 89).

Mesmo reconhecendo o estigma como um marcador de diferenças individuais e sociais, não se trata de um atributo fixo, mas de uma construção social e cultural, portanto histórica e mutável, e que estabelece relações de desvalorização do outro. Dessa forma, insere-se em contextos e processos socialmente construídos. Muitas das consequências perversas da estigmatização de pessoas e/ou grupos específicos envolvem a discriminação nos espaços públicos e instituições privadas, gerando hostilidade, segregação, exclusão e/ou auto exclusão daqueles que têm sua condição sorológica revelada. (BRIMLOW; COOK; 2003, p.1126).

Nesse argumento, Delgado (2008, p. 774) enfatiza que o grande motivo da discriminação encontra-se muitas vezes no ofensivo preconceito, isto é, um juiz sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica,

definida externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos em meio à sociedade.

Tal como o nome indica, preconceito é um “pré-conceito”, ou seja, é um conceito formado antecipadamente e sem fundamento que envolve fatores emocionais negativos e que usa estereótipos de carácter negativo para justificar uma determinada atitude. Os preconceitos nascem quando os indivíduos, sem ter consciência, e baseando-se em estereótipos, interiorizam as atitudes dos outros indivíduos.

Nesse caso, forma-se um pré-juízo de acordo com as características que se atribui às atitudes observadas. É a partir da aprendizagem social, que nos impõe determinadas categorias e representações; a partir de dissemelhanças de atitudes e de conflitos sociais, que criamos preconceitos, muitas vezes, na tentativa de nos defendermos perante situações do nosso quotidiano. (FURTADO, 2004, p. 91).

Já a discriminação é a componente comportamental do estereótipo e do preconceito, ou seja, é a maneira como se age perante ideias estereotipadas ou preconceituosas, relativamente a uma pessoa/objeto (BRIMLOW; COOK; 2003, p.1126). É um comportamento que prejudica ou desfavorece indivíduos por pertencerem a determinados grupos.

Esse comportamento pode ser acentuado, quando há uma situação de conflito e pode, muitas vezes, resultar em agressão. A discriminação pode ser conceituada como [...] uma espécie de resposta comportamental ao estigma e ao preconceito, definidos como atitudes negativas em relação ao valor de grupos sociais específicos, ou como uma forma efetivada de estigma ou preconceito, [e dessa forma, constituindo uma] nítida distinção entre as ideias, atitudes ou ideologias, e suas consequências comportamentais em ações discriminatórias. (FURTADO, 2004, p. 93).

Para Séguin (2002, p. 55), primeiramente, deve-se buscar o sentido das palavras discriminação, preconceito e intolerância. Discriminar é diferenciar, discernir, estabelecendo diferenças. Há que se notar que as definições de Abreu (1999, p. 64) e Guedes e Guedes (2014, p. 42), são consoantes ao afirmar que a expressão discriminação, surgiu no fim do século XIX, na França e na Alemanha, “empregada na Psicologia, sem a imagem de tratamento desigual” e, tão-somente no século XX, passou a ser agregada, “em termos económicos e, especialmente no Direito e na política, para as minorias e todas as formas de debate em termos desigual”.

Com o objetivo de tecer maiores considerações sobre os aspectos levantados Bobbio (2002, p. 108-109), descreveu que a discriminação, pode ser compreendida

como uma caracterização infundada ou ilegítima, pois vai em desencontro ao princípio basilar de justiça, o Princípio da Igualdade, segundo o qual necessitam ser respeitados de modo integral. Nesse significado, o renomado filósofo anotou que a discriminação não está baseada na diversidade dos homens, mas nas suas desigualdades.

Ainda hoje, o ser humano é visto como desigual, o homem entende que o seu modelo de parâmetro é o correto, exemplo de conduta, opiniões e ações, muitas vezes por temor da mudança de paradigma, observa no outro um ser humano de capacidade inferior em função de sua cor, raça, sexo, aparência. Passando a existir a indiferença, o preconceito e a conseqüente exclusão social. Institui-se o estigma que para fazer parte da sociedade ou determinado grupo, é essencial ser igual, seguir o padrão estabelecido.

A respeito da evolução das ciências jurídicas e sociais, as pessoas adaptaram-se aos novos tempos, e à necessidade de acolher os elementos especiais ou distintos da sociedade, surgindo, assim, o preconceito, isto é a sociedade passou a ver aos que fugiam dos padrões estabelecidos, de forma a detê-los como desiguais. Desta forma, o preconceito pode ser interpretado como um julgamento estabelecido antecipadamente, sem maior avaliação ou informação dos fatos, uma imagem preconcebida; sem se levar em consideração o fato que os contraponha; prejuízo ou dano (SÉGUIN, 2002, p. 55).

Verifica-se que atualmente a discriminação e a pobreza inibem a democracia, a exorbitante diferença social e marginalização, guerras civis, migração global, definição de fronteiras. A inserção de pessoas em específicos grupos mais vulneráveis é uma das possibilidades de virem a serem agentes passivos de discriminação, ligados com a sua relação de pobreza e de trabalho indigno. (GURGEL, 2010, p.25-31).

As pessoas são completamente iguais como espécie humana, mas totalmente diferentes quanto a sua aparência, opinião, saúde, forma de agir. Mesmo com diferentes aspectos, a todo o ser humano deve ser atribuído o mesmo valor, não cabendo qualquer forma de comparação ou distinção. A condição humana é o única condição para se ter direito à dignidade, não estando ligada à moral, ou a comportamentos e crenças religiosas, pois até mesmo aquelas pessoas que cometem os mais cruéis crimes possuem dignidade. Todo e qualquer ser humano tem o direito de ser tratado dignamente.

Dallari (2010, p.14) viu como raízes subjetivas do preconceito, a ignorância, a educação domesticadora, a intolerância, o egoísmo e o medo. Para ele, o preconceito não só acarreta a perda de respeito pela pessoa humana como introduz a desigualdade e a injustiça. O referido autor ressaltou, ainda, o preconceito da polícia e dos juízes em relação às camadas mais pobres da população. Afirmou, além disso, o renomado jurista que ninguém nasce com preconceitos e, para evitar o preconceito, propôs uma autofiscalização:

Como apontam Rosenhan (1973, p. 203), Brimlow e Cook (2003, p.1127), o rótulo influencia enormemente nossa percepção do comportamento de um indivíduo, pois, uma vez atribuído, nós temos a tendência a perceber seus comportamentos de acordo com o rótulo imputado, mesmo diante de fatos que o contradigam. Desta forma, o preconceito parece estar baseado em um círculo vicioso: ele causa tipos particulares de atribuições negativas que por sua vez intensificam o preconceito. Igualmente grave parece ser o estereótipo do papel de gênero ou orientação sexual, posto que, nos casos em que ele é suficientemente forte, os membros do grupo alvo tendem a aceitá-lo e a se comportarem de acordo com as expectativas.

A ideia de tratamento isonômico propicia a proibição de tratamento discriminatório, que para Cruz e Araújo (2014, p.08) em consequência está presente o desrespeito ao Princípio da Igualdade; a discriminação fica caracterizada, ainda que de forma indireta, sendo presente de forma ativa em grupos vulnerais. Uma das técnicas para não discriminar está vinculada ao tratamento isonômico que é tratar a todos igualmente, sem distinção, não fazendo qualquer comparação entre pessoas.

Atento a necessidade de garantir a igualdade de tratamento a todos os seres humanos, em relação aos direitos e obrigações, onde é essencial a aplicação material do Princípio da Igualdade para a garantia de que ninguém venha a ser discriminado ou privado de exercer seus direitos, pois todas as pessoas tem a mesma importância para a sociedade. As pessoas podem ser diferentes em relação as suas condições sociais, físicas, aptidões e capacidades, mas toda e qualquer diferença que exista entre as pessoas não tem nenhuma importância para o Ordenamento Jurídico.

Os trabalhadores portadores de alguma doença grave como HIV/AIDS se tornam duplamente vitimados de alguma forma, além da enfermidade acometida, passam a ser estigmatizados, são tratados injustificadamente de forma diferenciada, e assim, suportando o lema do preconceito. O estigma a discriminação geram reduções significativas na qualidade de vida e a exclusão da sociedade. (CRUZ; ARAÚJO, 2014, p.8).

Com base no que foi explanado, a forma de discriminação pode ser intencional ou não, na forma do tratamento igualitário, pois o estigma e a discriminação estão entre os principais obstáculos para a prevenção, tratamento e cuidado em relação ao vírus HIV na população brasileira, muitas pessoas esquecem que o portador do HIV/AIDS é um ser humano que tem sentimentos e que sofre com o desrespeito e a insensibilidade da sociedade.

Dessa forma, não cabe qualquer forma de diferenciação, exclusão, dominação, valoração do ser humano, ou qualquer elemento que o faça exercer a discriminação de um ser humano sobre outro como a raça, cor, opção sexual, condição física ou aparência, sendo que a única condição para ser detentor dos direitos em especial a vida digna, é existência humana (FURTADO, 2004, p. 97; CRUZ; ARAÚJO, 2014, p. 8). Com base na percepção de que todo ser humano é insubstituível, de que não há valoração alguma para o pagamento de sua existência, verificou-se que todas as pessoas são exatamente iguais quanto a sua existência humana, sendo a maior manifestação para a não discriminação, é o direito que se tem de não receber qualquer tratamento discriminatório, o direito de ter direitos iguais a todas as demais pessoas.

A discriminação relacionada ao HIV refere-se ao tratamento desigual e injusto, por ação ou omissão de um indivíduo baseado em sua saúde, portador HIV real ou percebido, pois ao contrair o vírus a morte é associada ao portador, de modo que a sua identidade começa a desaparecer. A discriminação, no contexto do HIV, também inclui o tratamento desigual daquelas populações mais afetadas pela epidemia, as pessoas de baixa renda e difícil acesso a profissionais da saúde. Discriminações relacionadas ao HIV normalmente baseiam-se em atitudes, crenças e mitos, estigmatizastes em relação a comportamentos, grupos, sexo, doença, e morte. A discriminação pode ser institucionalizada através de leis, políticas e práticas que focam negativamente em pessoas que vive com o HIV e grupos marginalizados. (FURTADO, 2004, p. 101).

A propósito, os judeus, no contexto da Antiguidade das tradições ancestrais, separavam a humanidade em judeus e estrangeiros. Assim como os gregos dividiam o mundo em gregos e bárbaros, escreveu Arendt (2012, p. 164), hoje ainda se divide a população brasileira em negros e brancos, ricos e pobres, mulheres e homens, entre outros, como signo do direito a diferença, mas como signo de suspeição.

Entretanto, o modo de explicar e investigar os conceitos que fundamentavam a hipótese do preconceito e da discriminação como fenômenos naturais, dado que calcados na inferioridade do outro, modificou-se expressiva e paralelamente aos

acontecimentos e decorrentes transformações sócio históricas ocorridas ao longo do século XX. Incluem-se aí, por exemplo, a Segunda Guerra Mundial e a luta por garantia de direitos e ações afirmativas nos Estados Unidos da América (EUA). (DUCKITT, 2010, p. 29).

É preciso evitar que o fenômeno da discriminação seja mais um fator de exclusão do trabalhador do mercado de trabalho, onde já se encontra marginalizado pelo desemprego. Não se deve admitir que o trabalhador também seja excluído em face de seu estado de saúde, notadamente o portador do vírus HIV/AIDS, pois os riscos de contágio são perfeitamente controláveis, e inúmeras as atividades podem ser exercidas por ele (FURTADO, 2004, p. 101).

O trabalhador soropositivo, conforme Arendt (2012, p. 164), desde que esteja apto para o trabalho, não deve sofrer qualquer impedimento ao acesso ou à continuidade da relação de emprego. O empregador que age com preconceito, discriminação, ou desinformação, em relação ao empregado portador do vírus HIV/AIDS pratica conduta discriminatória. Se da conduta resultar a rescisão do contrato de trabalho, tal ato se constitui em dispensa arbitrária, mesmo que se reconheça o poder do empregador de rescindir o contrato de trabalho.

Com essa premissa, pode-se afirmar, que ambas expressões estão diretamente relacionada a uma conduta contrária ao Direito e, do ponto de vista jurídico, uma sociedade que prega a construção diferenciada e no plural de seus membros, como signo do preconceito, que admite o acesso particularizado de alguns, seja aos bens materiais, seja aos bens culturais, que de valoração positiva, a desigualdade substantiva de seus membros está fadada a instauração da violência nas suas variantes materiais e simbólicas. A investigação científica do preconceito e da discriminação, hoje considerada prioritária para garantir a equidade, deixaram de ser tratadas como “consequências naturais” das relações entre grupos distintos para serem compreendidas como problemas sociais, políticos, econômicos e jurídicos. (WILLIAMS; MOHAMMED, 2009, p. 20).

Portanto, os aportes jurídicos contemplaram dois pressupostos: primeiro, o de erradicar as diferenças, ou seja, visibilizar o valor de ser igual, de ser o mesmo, diante da lei, da Justiça, do Estado, no seio dos quais deve inscrever-se a pluralidade ou a tolerância ao semelhante; segundo, o de cidadania, de ser reconhecido como cidadão, por si e diante de todos, pois pertencer a um grupo ou a uma raça não pode ser objeto de julgamento ou discriminação. (KRIEGER, 2000, p. 36).

É imprescindível que a defesa de tais grupos, em especial aos portadores de HIV, que conforme Almeida (2014, p. 29), seja promovida não apenas no que tange aos direitos individuais e coletivos, mas também em face e em defesa dos interesses de todo o restante da população. O preconceito e a discriminação, são ingredientes que consistem em julgar alguém com base em uma generalização ou uma (AIEXE, 2000, p. 329). Sendo um dos atos mais cruéis contra o ser humano.

Conforme cita Arendt (2012) e, corroborando com Araújo (2014, p. 45), em no ano de 1947, após a Segunda Grande Guerra, a Comissão de Direitos Humanos instituiu em larga escala, as ações contra a discriminação e o preconceito, visto que, a década foi marcada pelos horrores da guerra. Além disso em 1950, condensou suas atuações na prevenção da discriminação e do preconceito, limitando-se a sugerir a admissão referente à proteção de minorias, entendendo que a expressão é discriminatória e desigual.

A elaboração da Declaração Universal foi essencial para a universalização dos direitos humanos. Afirmando-se que quase todos os países apoiaram seu texto, numa intensa manifestação de interesse pela paz mundial, e pela ciência de respeito indissolúvel ao ser humano, o qual precisa ser avaliado em sua significação, sem nenhuma discriminação (ACCIOLY; SILVA, 2000, p. 45). O Brasil tornou-se adepto à Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, época de sua proclamação e, ao longo dos anos seguintes, permaneceu sendo signatário dos acordos internacionais referentes aos direitos humanos.

Conforme Oliveira (2017), com o aparecimento do HIV, não resta dúvida de que a discriminação em relação aos portadores, passou a tomar contornos com efeitos totalmente negativos, e igualmente à qualidade de vida do portador. No trabalho a discriminação vem se tornando uma violação dos direitos humanos e proporciona um desperdício de talentos humanos, com consideráveis resultados que prejudicam a produtividade e o crescimento econômico efetivo, conseqüentemente a discriminação ocasiona desigualdades socioeconômicas, que contribuem para a grande redução da pobreza. O ambiente de trabalho é um ponto circunstancial e estratégico para erradicar a discriminação na sociedade, quando, por exemplo, no local de trabalho encontram-se trabalhadores de diferentes raças, sexos, idade, e religião onde são todos tratados de forma igualitária, ajudando a criar um objetivo comum em eliminar as várias espécies de preconceitos que estão ligados a discriminação. (BARROS, 2013, p. 938).

Os trabalhadores portadores de alguma doença grave como HIV/AIDS se tornam duplamente vitimados de alguma forma, além da enfermidade acometida, passam a ser estigmatizados, são tratados injustificadamente de forma diferenciada, e assim, suportando o lema do preconceito. O estigma a discriminação geram reduções significativas na qualidade de vida e a exclusão da sociedade. (CRUZ; ARAÚJO, 2014, p.08).

As diferentes formas de discriminação estão gerando preocupação a OIT e os seus constituintes incluem a idade, a deficiência, o HIV/AIDS, a religião e a orientação sexual. Esta discriminação anti-sindical é também permanente. A subtração da discriminação é um dos objetivos chave contido na Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Dentro de tal contexto, faz indispensável vislumbrar as normas protetivas contra a discriminação do trabalhador, portador do HIV, levando-se em consideração o respeito pelos direitos humanos básicos.

2.3 Normas Protetivas Contra a Discriminação ao Trabalhador Soropositivo

Após a Segunda Guerra Mundial, conforme Araújo (2014, p. 76) o princípio da interdição da discriminação, melhor dizendo, o princípio da não discriminação, passou a integrar, exaustiva e sucessivamente, a maioria dos instrumentos internacionais de direitos humanos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), que tratam das diversas categorias de direitos e pessoas a serem protegidas. Portanto, dispositivos de não discriminação e de igualdade encontram-se, atualmente, em vários documentos, desde a Carta das Nações Unidas até o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Com efeito, este princípio consagrou-se como universal do direito internacional de direitos humanos e, por assim ser, como cardeal de proteção das minorias, constituindo-se como respaldo normativo amplo às reivindicações das minorias. Já as medidas de discriminação positiva caracterizam-se por ser medidas especiais que permitem a preservação das características das minorias, que visam a assegurar a pessoas pertencentes a grupos particularmente desfavorecidos uma posição idêntica às dos outros membros da sociedade, proporcionando, portanto, uma igualdade no exercício de direitos, aduze Almeida (2014, p. 47).

Para além da discriminação social, o trabalhador com HIV/AIDS sofre forte discriminação nos locais de trabalho, suportando preconceito, segregação e homofobia. A hostilidade e a intolerância que circundam esse cenário concorreram para a violação de uma série de direitos, garantias e liberdades. A magnitude dessa questão leva a que seja objeto de intervenção da comunidade internacional, especialmente sob o escrutínio da ONU, da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da OIT, que erigiram diplomas, estabeleceram diretrizes conjuntas e procederam ao enquadramento político-jurídico de responsabilização dos países-membros, numa ação concertada com vistas a definir práticas globais de contenção do contágio, condutas de segurança e de proteção jurídica no trabalho, entre outras (ALMEIDA, 2014, p. 42).

A visão preponderante, era a de que os direitos dos grupos chamados de minorias seriam de maneira satisfatória, resguardados pelo aspecto subjetivo e universal que os direitos humanos, assumidos no período pós-guerra (ARAÚJO, 2006, p. 35). De todo o contexto histórico, que sagrou o princípio da não discriminação, foi apenas a partir da inserção do artigo 27, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, que outra vez foi abordado o tema referente as minorias. Em 18 de dezembro de 1992, a Assembleia Geral das Nações Unidas, acolheu a “Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas” (WUCHER, 2000, p. 4). Apesar de sua especificidade jurídica e não vinculativa, a declaração foi analisada como um instrumento de alcance global.

Com relação à legislação Federal, a questão da AIDS surgiu apenas depois de oito anos da notificação do primeiro caso, antes disso não se ouvia nenhuma norma que resguardasse os direitos dos portadores do vírus HIV. Com isso surgiu à primeira lei federal de número 7.670 de 1988, que tratou do assunto da AIDS, ela estendeu aos portadores do vírus HIV e aos doentes de AIDS, havia benefícios entre os quais a possibilidade de levantamento do fundo de garantia por tempo de serviço independentemente de rescisão do contrato de trabalho e a solicitação do auxílio doença ou da aposentadoria, independentemente do período de carência, com relação àqueles segurados que viessem a manifestar a doença após a filiação no Instituto do Seguro Social. (GUIMARÃES, 2003, p. 1).

Entretanto, diferentemente do que ocorreu com o princípio da não discriminação, estas medidas foram aos poucos complementadas pelo legislador internacional, em razão da constatação da insuficiência das regras de não

discriminação em relação a determinados grupos de pessoas. Então, tanto o princípio de não discriminação quanto as medidas de discriminação positiva assentam-se no princípio da igualdade. Atualmente, o entendimento primeiro é fundamentado na concepção aristotélica de que deve ser dado tratamento igual ao que é igual e tratamento desigual ao que é diferente. Como já dito alhures, muito ao contrário do já consagrado princípio da não discriminação, a questão da discriminação positiva é altamente controversa. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 67).

Em âmbito trabalhista, pode-se afirmar que a prática da discriminação pode ocorrer em três etapas, sendo para o autor Amauri Mascaro Nascimento: na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa, quando configurar ofensa direta à dignidade e igualdade do trabalhador. (NASCIMENTO, 2011, p.405). Nota-se, que nas doenças, principalmente as incuráveis, sempre alimentaram o preconceito social contra seus portadores. No âmbito do trabalho, também se percebe certa evolução na conduta adotada para com o trabalhador doente.

O princípio da não discriminação seria, em consequência, a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator desqualificante, onde esse está relacionado com o princípio da proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, considera o mínimo para a convivência entre as pessoas, o respeito ao princípio da não discriminação. (DELGADO, 2010, p. 726).

O princípio da não-discriminação para Romita (2005, p. 300), está ligado ao princípio da igualdade em sua vertente igualdade em direitos, ou igualdade na lei, pressupondo a vedação de discriminações injustificadas. O referido princípio ultrapassa a ideia de igualdade perante a lei, pois traz a ideia de usufruto dos direitos fundamentais por todos os indivíduos. Com relação às grandes práticas discriminatórias extrapolarem o limite das sociedades brasileiras, ocorre uma grande preocupação mundial de acordo com a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, de 1958, ratificada pelo Brasil, que proíbe “qualquer distinção, exclusão, ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha como efeito anular a igualdade de oportunidades ou de trato em empregado ou ocupação. (ABDALA, 2008, p. 17).

A doença do trabalhador, no período em que as relações de trabalho eram regidas pelo direito civil, sendo tomadas como causa dissoluta ou suspensiva do contrato de locação de serviço. Somente com o surgimento do Direito do Trabalho, as

enfermidades deixaram de constituir-se forma de descumprimento de obrigação. A partir daí, procurou-se, por meio da legislação trabalhista e previdenciária, garantir o emprego e o salário, mesmo sem a efetiva prestação de serviços por parte do empregado acometido de doença. (FURTADO, 2004, p. 57).

Contudo, a nova ordem jurídica trabalhista, protetora do emprego e do salário do empregado, não foi capaz de impedir que o empregado doente enfrentasse o preconceito ou discriminação, mesmo que seu quadro clínico não comprometesse sua capacidade laboral, nem, tampouco, colocasse em risco a integridade física de seus colegas de trabalho, como é o caso dos trabalhadores hansenianos, portadores do vírus HIV/Aids. (CHERON; MELLO, 2016, p. 34).

Nesse contexto, o trabalhador soropositivo parece ser o mais afetado, devido ao estigma social que o acompanha. Mesmo que se saiba não ser a soropositividade empecilho à prestação de serviço, podendo o empregado contaminado com o vírus HIV desempenhar sua atividade laboral, sem risco para o ambiente de trabalho, sem dúvida, esse trabalhador é o mais vitimado pela discriminação; seja por ocasião do acesso ao emprego ou durante a execução do contrato de trabalho e, até mesmo, no momento de sua rescisão.

É certo que, reconhecida a capacidade laboral do trabalhador, é necessário manter certos cuidados. Sobretudo, quando sua ocupação oferece risco de contaminação, como é o caso de enfermeiros, dentistas e cirurgiões, que se encontram em contato permanente com sangue humano e fluido corpóreos. Nessas circunstâncias, deve-se adotar medidas adicionais de proteção contra incidentes ocupacionais, de modo a garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável, por meio da aplicação das Precauções Universais, como recomenda a OIT. (OIT, 2006, p. 21).

O Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/ AIDS e o Mundo do Trabalho, para a Organização Internacional do Trabalho – OIT - (2010, p. 95), expõe como dever dos empregadores implementar medidas de proteção à discriminação em relação ao HIV/AIDS, e não permitir qualquer política de pessoal, ou qualquer outra prática que discrimine os empregados infectados ou afetados pelo HIV/AIDS. Segundo tais recomendações, os empregadores não devem “exigir estudos ou testagem de HIV/AIDS, cabendo-lhes “assegurar que o trabalho seja desempenhado livre de discriminação ou estigmatização por situações reais ou supostas de HIV (...), e estimular as pessoas com doenças relacionadas ao HIV e Aids a trabalhar enquanto forem clinicamente aptas para o trabalho”.

Traz, ainda, o Repertório de Recomendações, um elenco de “princípios-chave” que devem ser observados no trabalho em relação aos portadores do vírus HIV/AIDS, a saber: princípio da não discriminação, da igualdade de gênero, do ambiente de trabalho saudável, da confidencialidade, da prevenção, assistência e apoio, e da continuidade da relação de trabalho. Conforme o Repertório, a infecção pelo vírus HIV não deve ser motivo para o término do contrato de trabalho. As pessoas com doenças relacionadas ao vírus HIV devem poder trabalhar, desde que sejam clinicamente aptas para o trabalho adequado. (OIT, 2010, p. 95).

A Convenção de número 111 de 1959 da Organização Internacional do Trabalho, visa proibir a discriminação no emprego, considerando a discriminação como uma violação dos direitos ao homem, pois no ambiente de trabalho retrata-se a exclusão de direitos para a busca de igualdade de oportunidades. (BRASIL, 2017).

“Toda distinção, exclusão ou preferência, fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.” (Art. 1º, 1, a, da Con. N. 111, da OIT). (BRASIL, 2017).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) concebeu um amplo progresso na concretização de direitos fundamentais de toda a sociedade. Dentre tais direitos, constituiu-se o direito à igualdade, a liberdade e à segurança. Além disso, a dignidade da pessoa humana significou a jurisdição da qualidade de alicerce da República Federativa do Brasil, restringindo e norteando, assim, toda a legislação infraconstitucional, que de tal princípio não pode se separar (BRASIL, 1988).

Nesse panorama, é imperativo considerar que tais compromissos de cidadania e dignidade se consolidam efetivamente e norteiam a ação dos órgãos e poderes responsáveis por sua efetivação, especialmente quando os indivíduos se deparam em circunstâncias de maior vulnerabilidade social. (MORAES, 2002, p. 128).

Devido à inexistência na legislação trabalhista de norma que assegure estabilidade ao trabalhador acometido de doença, a dispensa imotivada sofrida por ele, quando levada a juízo, tem sido submetida a decisões que indicam posições doutrinárias contrárias, quanto ao direito à reintegração. Contudo, observa-se que existem várias normas protetivas que foram criadas com o objetivo de combate à

discriminação de pessoas que foram excluídas da sociedade devido ao preconceito e discriminação. Três destas normas se encontram na Constituição Federal em seus artigo: 3º inciso IV, 5º e 7º inciso XXX¹.

A extinção da discriminação e preconceito no ambiente de trabalho é uma busca pelo trabalho decente, uma questão de direitos humanos e igualitários. No âmbito do trabalho decente, o combate à discriminação se verifica como uma necessidade permanente quando do seu objetivo de atingir um trabalho digno, em condições de liberdade, igualdade de oportunidades, proteção, e garantia à dignidade.

Nota-se que para que as condições se realizem, é preciso o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, cuidando para que as normas de proteção do trabalho não se constituam meras abstrações, mas que possam se efetivar na realidade do trabalho ao seu dia-dia. É nesse sentido que a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho, incorpora como um de seus objetivos fundamentais a eliminação da discriminação e preconceito em matéria de emprego ou profissão. (MUÇOUŁÇAŁ, 2007, p. 588).

O que vai proibir essa prática discriminatória e limitativa à manutenção da relação de trabalho são os preceitos constitucionais (art. 1º, incs. III e IV, 3º, inc. IV, 5º, caput e inc. XLI, da CF/88), enquanto o direito a reintegração está garantido pela Lei 9029/95 (art. 4º), embora essa não faça referência explícita ao estado de saúde do trabalhador como critério discriminativo. Também é nessa norma que se busca a sanção imposta ao empregador em razão do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, ou seja, a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas ao trabalhador, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (art. 4º, I e II). (OIT, 2010, p. 66; NOÉ, 2015, p. 1).

A Lei nº 9.313/96 assegura o tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Várias Organizações não Governamentais foram criadas em defesa do portador do HIV/AIDS no Brasil, destacando-se as seguintes: GAPA/SP: Grupo de Apoio à

¹ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

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

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (BRASIL, 1988).

Prevenção da AIDS, a primeira entidade brasileira notoriamente dedicada a apoiar pessoas com AIDS; ABIA: Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, que pactuou sua atuação na busca do profissionalismo e pela contundente crítica à política governamental brasileira em relação à epidemia do HIV; Grupo de VIDDA: Grupo de Valorização, Integração e Dignidade do Doente da AIDS. Essa organização mudou o discurso sobre a discriminação contra o portador do vírus HIV, até então apresentado. (MUÇOULÇA, 2007, p. 588).

Por falta de norma legais, os Tribunais asseguram a estabilidade do trabalhador soropositivo, têm utilizado a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito, com desapego ao formalismo exacerbado por parte dos magistrados no atual sistema jurídico tem possibilitado uma maior efetividade dos direitos fundamentais. Essas interpretações evoluíram no decorrer dos anos, desde o surgimento da doença até os dias atuais, pois as primeiras decisões da Justiça do Trabalho declaravam sua incompetência para julgar a matéria. Os tribunais reconhecem sua competência e tem julgado as causas relacionadas ao tema. Essa conquista na seara Judicial deve-se aos próprios portadores e as pessoas ligadas a eles, e que desde o início lutam e reivindicam seus direitos, assumindo sua condição sem medo da intolerância e da discriminação e com a distribuição de solidariedade. (VALENTIM, 2003, p.57; SARLET, 2004, p. 69).

Acredita-se que argumentos análogos, fundamentados no princípio da igualdade, possam ser usados para afastar a discriminação em razão da saúde do trabalhador, qualquer que seja a doença que o tenha acometido. “Salvo justo motivo, o emprego ficará assegurado enquanto o trabalhador estiver habilitado para tanto”. (TECHIO; LIMA, 2015, p. 363).

Desde que esteja apto para o desempenho de suas funções laborais, o trabalhador não poderá sofrer discriminação que tenha como efeito impedir ou limitar o acesso à relação de emprego ou sua manutenção.

As seções adiantes buscam compreensão dos princípios do direito do trabalho, compreendendo que os princípios constitucionais, são, o fundamento das estruturas indispensáveis ao ordenamento jurídico do País. Deve-se observar que os princípios gerais de direito, aplicam-se aos diferentes segmentos particularizados do direito, resguardam a ciência de unidade da ordem jurídica, sustentando o direito como um sistema essencial no cumprimento da ordem ou, em outros termos, um conjunto de partes ordenadas. Cumpre lembrar que qualquer dos princípios gerais, aplicados ao direito do trabalho, poderá ser compatibilizado a os princípios e regras gerais

convenientes ao ramo jurídico especializado, de sorte que a admissão da diretiva geral não colida a especialidade intrínseca ao ramo trabalhista. Sabe-se que os princípios normativos do trabalho são, de fato, instrumentos jurídicos que norteiam as normas de um ramo do direito autônomo e que, ainda, podem ter um modo interpretativo.

2.4 Os Princípios Constitucionais da Dignidade Humana e da Igualdade e Não Discriminação

Diante da problemática dos trabalhadores soropositivos em torno das relações sociais, bem como no campo trabalhista, se faz imprescindível o estudo de alguns princípios relacionados e relevantes à estabilidade do mesmo, porque intervêm inteiramente no trabalho propriamente dito quanto, na possível reintegração ao emprego. Dentre eles estão os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação (COUTINHO, 2003, p. 21).

De acordo com Silva (2010, p. 573), a ideia de dignidade humana possui como modelo ético a perspectiva própria da pessoa humana. Retomando sucintamente as considerações a respeito do percurso histórico dessa ideia, os romanos perceberam-na associada ao papel social da pessoa, à máscara atribuída àqueles com função pública. O termo deriva do grego *prósopon*, traduzido como *persona*.

A Constituição de 1988 buscou antes e acima de tudo estruturar a dignidade da pessoa humana de maneira a conferir plena normatividade, projetando-a sobre todo sistema jurídico – entendendo contidos e nele disciplinados todos demais "sistemas" político, social, econômico, etc.

Em várias passagens da Constituição Federal o legislador constituinte salienta a dignidade e sua relevância no âmbito social. A expressa inclusão da dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira representou um marco no constitucionalismo brasileiro. Traduziu essencial pretensão de busca efetiva e concreta da pessoa humana, seu fundamento, e finalidade de digna existência.

A Constituição Federal contém exemplos dessa reiterada preocupação, como no art.170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". (BRASIL, 1988).

Segundo Silva (2010, p. 573, a concepção a partir da qual se delineiam os direitos humanos é a de dignidade humana, noção que na última década vem sendo discutida em profundidade pela bioética. Tais discussões derivam do fato de que a ideia de dignidade humana, tal como expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Conforme Moraes (2005, p. 16), a dignidade da Pessoa Humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual.

Dissertando sobre a dignidade humana, Guerra e Emerique (2006, p. 386), diz que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de, o respeitar, o proteger e o promover as condições que viabilizem a vida com dignidade. 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 todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

Sarlet (2011) leciona que os direitos fundamentais tem por características a fundamentalidade, que está baseado na lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy, “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que neste sentido se cuida de direitos de natureza supralegal; na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art.60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, o que será objeto de análise na parte final desta obra; por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (5º, 1º, da CF). (SARLET, 2011, p. 74).

Os direitos fundamentais são constituídos por regras e princípios, na Constituição são positivados, sendo que não está limitado aos direitos humanos, que

visam garantir a existência da pessoa, assegurados sua eficiência pelos tribunais internos, tendo a maior importância para que os direitos fundamentais possam assumir a doutrina com explicações sobre os direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Nas palavras de Humenhuk (2002, p. 38), a exegese² dos direitos fundamentais sobre uma perspectiva objetiva e outra subjetiva, revela no âmbito da dogmática constitucional, uma moderna temática acerca do assunto. Esta temática pode ser apreciada a partir do momento que se busca compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais, bem como elementos objetivos fundamentais na esfera de uma comunidade.

Acerca do direito de liberdade de expressão, “que pode assumir um caráter subjetivo quando estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias...”, entretanto podendo “também assumir uma perspectiva objetiva, pode assumir uma ‘função objetiva’, no sentido de uma ‘valor geral’, uma dimensão objetiva para a vida comunitária (liberdade institucional)”. (HUMENHUK, 2002, p.39).

Uma base subjetiva, explica Humenhuk (2002, p. 40) se contempla quando se refere à importância ou “à relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para sua liberdade”.

De acordo com Souza neto e Sarmiento (2008, p. 1062), os direitos fundamentais revela-se, igualmente indica a similaridade de atributos, ou de elementos componentes de duas coisas ou pessoas. Isso não denota a identidade, visto que as coisas iguais não se confundem. Cada uma, mostra constante em relação à outra. Assim, quando se diz que duas pessoas são semelhantes, isto constitui que elas têm propriedades comuns, ou que são semelhantes sob vários aspectos. Pode-se dizer que os seres humanos só são iguais, ou desiguais, em relação a algumas particularidades, que precisam ser especificadas, não fazendo sentido dizer que todos os homens são iguais. O único traço característico comum a todos os homens é a ‘natureza humana.

² Exegese: Interpretação profunda de um texto bíblico, jurídico ou literário.

Diante disso, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1988).

A igualdade dos indivíduos, segundo Kelsen (1998, p. 110), sujeitos à ordem jurídica, assegura pela Constituição, não constitui que aqueles necessitem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com alicerce na Constituição, de maneira especial nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria contradição impor os mesmos deveres e aferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer nenhuma distinção, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

Nesse mesmo sentido, de proteção do indivíduo, tem-se o princípio da não discriminação. Muitas são as discriminações perpetradas e enfrentadas pela coletividade, sejam sociais ou econômicas, em diferentes circunstâncias (VALENTIM, 2003, p. 321). Maria Luiza Pinheiro Coutinho (2003, p. 18), afirma que “discriminar constitui separar, distinguir, fazer distinção, constituir diferença; não se misturar; tratamento desigual de um indivíduo ou grupo de indivíduos, em razão de alguma característica”.

Dessa forma, a discriminação pode ser dividida em positiva e negativa. Positiva quando, por exemplo, “tem-se a reserva legal de empregos, que mediante o sistema de cotas assegura à pessoa portadora de deficiência, sua inserção nos setores público e privado” (COUTINHO, 2003, p. 21). No entanto, o maior problema se encontra na discriminação negativa, pelo tratamento desigual, em que passam a suprimir ou negar alguns direitos aos indivíduos, de modo que isso lhes produzam prejuízos.

Sabe-se que as práticas discriminatórias são vedadas por diversas disposições legais, garantindo a todos direitos iguais. No entanto, a discriminação se manifesta de forma oculta, indireta ou diretamente, geralmente, por meio do preconceito “um juízo desqualificador que uma pessoa tem em face de uma característica externa ou identificada a um determinado grupo ou seguimento” (CHEHAB, 2010, p. 52), fazendo com que a discriminação se amplie sem controle, especialmente no ambiente laboral, onde o trabalhador passa grande parte de seu tempo.

Dessa forma, apesar de todas as convenções, tratados, legislações, entre outros mecanismos que abordem sobre o princípio da não discriminação, os sujeitos que suportam a violação desse princípio, por meio das atitudes discriminatórias

negativas, sentem-se cada vez mais desfavorecidos, lesados e excluídos, sejam nas relações interpessoais, sociais e principalmente nas relações trabalhistas.

Ao sustentar a autonomia do Direito do Trabalho, versa-se que o mesmo tem princípios próprios, diferentemente dos que infundem outros ramos do direito. Os princípios de direito de trabalho estabelecem as diretrizes ou postulados que norteiam o sentido das normas trabalhistas e determinam a regulamentação das relações de trabalho, princípios estes apresentados no segmento deste estudo.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

No presente capítulo, serão apresentados os princípios do direito do trabalho, esclarecendo a sua função e a melhor aplicação. Sendo determinados como linhas de orientação que cientificam algumas normas e, impõem direta ou indiretamente uma série de solutos, gerando a interpretação prevista na legislação. Ao mesmo tempo, será abordado o Princípio da Proteção, Princípio do *In Dubio Pro Operário* e o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego.

3.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção é um dos princípios norteadores do direito do trabalho, buscando a igualdade material e protegendo a parte mais vulnerável na relação de trabalho. Para Martins (2013, p. 63), o princípio da proteção pode ser uma forma de justificar desigualdades de pessoas que estão em situações diferentes, devendo compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado.

Tem-se como regra que se deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica, tal superioridade é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei.

O princípio fundamental do direito do trabalho é o protetor, que conforme Jorge Neto e Cavalcante (2012, p. 119) para tutelar o trabalhador, o qual, conforme mencionamos é a parte mais fraca na relação de emprego e na relação com o empregador, principalmente porque este pode se utilizar do seu poder de comando e poderio econômico para se aproveitar da mão de obra do trabalhador, proporcionando-lhe o exercício do trabalho em condições similares ao da escravidão e, assim, sem direitos trabalhistas.

Tal primazia consubstancia-se em um elemento basilar orientador do direito do trabalho, funda-se em um acolhimento primado a uma das partes da relação de emprego, o trabalhador. Seu fundamento está absolutamente ligado à razão de ser do direito do trabalho, especialmente em nivelar desigualdades.

No mesmo argumento, Ipojucan Demétrius Vecchi (2009) menciona que:

Razão de ser do direito do trabalho, o princípio da proteção nada mais é do que o reconhecimento de que a igualdade formal entre contratantes desiguais nada mais faz do que gerar injustiças e impor ao contratante vulnerável ou hipossuficiente condições contratuais prejudiciais. Assim, tendo como propósito nivelar a desigualdade material entre patrões e empregados, por meio de uma desigualdade jurídica, busca a efetivação da igualdade substancial. Além disso, entendemos que o princípio da proteção é onde mais se materializa, no campo do trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana. (2009, p.324-325).

Sendo assim, o princípio da proteção deve ser aplicado analisando caso a caso, em determinadas hipóteses nem sempre a parte mais vulnerável na relação de trabalho é o empregado. (MARTINS, 2014, p.72).

O princípio da proteção busca equilibrar a relação existente entre o trabalhador e o empregador. Seu objetivo é conferir ao empregado hipossuficiente (parte mais fraca desta relação) uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação trabalhista. Contudo, não é aplicado no campo probatório, ou seja, ao analisar uma prova, o magistrado não deverá aplicar este princípio de forma a favorecer o trabalhador. No campo probatório, podemos dizer que o princípio que busca o equilíbrio entre as partes é o da primazia da realidade.

Desta forma, Rodriguez (2000), explica o significado deste princípio:

O princípio de proteção atribui ao critério fundamental que norteia o Direito do Trabalho, pois este, em oposito a inspirar-se num escopo de igualdade, corresponde ao desígnio de constituir um acolhimento preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum existe uma contínua inquietação que parece garantir a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho, sendo a preocupação fundamental a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, obter uma igualdade substancial e apropriada entre as partes. (2000, p.83).

Considerado, por muitos, como a razão de ser do Direito do Trabalho, eis que sintetiza a ontologia juslaboral, conferindo-lhe a distinção peculiar de ramo novo e autônomo do direito, como se infere da sua gênese, nasceu da necessidade de se transformar a liberdade e igualdade formais nas relações de trabalho entre empregados e empregadores em liberdade e igualdade reais, o que se tornou possível mediante a técnica de contrabalançar a debilidade econômica dos trabalhadores com privilégios jurídicos, em outras palavras, com proteção legal.(SILVA; 2004, p. 94). Seu

objetivo corresponde na produção de uma igualdade material por meio de leis protecionistas para com os mais fracos. Nisto, revela o compromisso desta disciplina jurídica com a igualdade substancial.

O reconhecimento da igualdade entre empregado e empregador traz à luz a flexibilização da aplicação do princípio, de forma que não favoreça a aplicação no caso concreto. Freitas traz o entendimento de que:

É, pois, nesse espaço que se observa a importância de uma análise a respeito do princípio protetor e sua relação com a decorrência da flexibilização, evidenciando que os princípios, ainda que não sejam normas, são sustentação e orientação ao ordenamento por elas formado, eis que “vêm antes, durante e depois da norma a) fundamentando a sua criação; b) atuando em cima do texto normativo para moldá-lo a cada realidade concreta e c) como um sendeiro luminoso, orientando a sua projeção futura.” (FREITAS, 2007, p.58-59).

O *nomem júrís* do princípio estudado foi consagrado pela doutrina como princípio da proteção, embora outras denominações lhe fossem atribuídas. Assim, entende-se que o Direito do Trabalho é um direito que busca proteger unicamente os empregados nas relações de trabalho. O ideal de justiça é regular a relação entre empregado e empregador, ao invés de proteção obscura de uma das partes, assim menciona Freitas, (2007, p.60), “não é função do direito do trabalho proteger o empregado. Função do direito do trabalho é regular as relações entre empregado e empregador.”

Neste mesmo entendimento, Lima (2004, p.64), aponta que “o fundamento deste princípio é o propósito de nivelar, porque só se corrige uma desigualdade criando outra desigualdade de igual proporção.” O princípio protetor transfere certa desigualdade formal e material entre as partes, ao proteger o empregado. Para Vecchi, o princípio da proteção é observado de outra forma:

O princípio da proteção nada mais é do que o reconhecimento de que a desigualdade formal entre os contratantes desiguais faz gerar injustiças e impor ao contratante vulnerável ou hipossuficiente condições contratuais prejudiciais. Assim, tendo como propósito nivelar a desigualdade material entre patrões e empregados por meio de uma desigualdade jurídica, busca a efetivação da igualdade substancial. (VECCHI, 2007, p.274).

Trazendo outra concepção, Martins (2014, p.72), explica que o princípio da proteção se manifesta de três formas distintas, sendo elas: “o *in dubio pro operário*; o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.” Tal regramento está justificado na autonomia do direito do trabalho, acolhendo, portanto seu caráter específico, qual seja, o de admitir um amparo maior ao trabalhador.

Como fundamentos do princípio da proteção a subordinação jurídica, Delgado (2001, p.172), refere que, de forma instituidora de uma hierarquia e conseqüência da heterodireção, e a dependência econômica, pois a aceitação da subordinação decorre da necessidade inafastável de sobreviver conjugada com ausência da detenção dos meios de produção, produzindo uma dependência do trabalhador em relação ao seu salário (meio de sobrevivência), e, por esta razão, dependência econômica. A condição pessoal do trabalho, que é indissociável do trabalhador, transpassa a regulação das relações de trabalho para regulação da própria condição humana.

Nesse sentido, entende-se que a perquirição acerca da fundamentação do princípio é indispensável para compreender seu intento, e, em particular, para o acúmulo necessário ao seu repensar. Considerando que seu fundamento encontra-se na própria essência do Direito do Trabalho, isto é, em sua ontologia. A postura protecionista para com os trabalhadores vem sendo a vocação do Direito Laboral, que responde interventivamente, de modo tutelar, na ficção da igualdade entre as partes, na seara do trabalho. A desigualdade conseqüente do desequilíbrio econômico impele um sistema jurídico que a combata, prezando por uma igualdade material e real.

Assim, Delgado explica, (2001, p.172) “o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas sim seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõe esse ramo jurídico especializado”. O *in dubio pro operário*, deve se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador, entretanto não pode ser aplicado quando houver dúvida ao processo do trabalho, devendo assim verificar quem tem o ônus da prova a se aplicar no caso concreto.

A enumeração dos princípios, elenca as manifestações de *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável com o caractere de regra. Isto porque, segundo o autor em comento, não convém desdobrar um princípio em uma série de regras, sob pena da perda da harmonia e organicidade que têm tais diretrizes com o princípio da proteção. (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 99).

Não obstante a ideia de harmonia, outros autores, a exemplo de Pinho Pedreira, atribuí-lhes a qualidade de princípios. Ensina Pinho Pedreira que a

materialização do princípio da proteção se dá através do que ele chama de “técnicas de proteção” (SILVA, 1999, p. 30). Tais técnicas são três: intervenção estatal; negociação coletiva; autotutela.

A legislação constitucional e a infraconstitucional trabalhista são confirmações da intervenção estatal nas relações privadas de trabalho. Nestes diplomas, são estabelecidas obrigações e direitos mínimos para as relações laborais, com os atributos de imperatividade e inderrogabilidade. A intervenção do Estado nas relações particulares ocorre para coibir os excessos exploratórios decorrentes de relações desiguais fática e economicamente. Apesar do enfraquecimento da autonomia privada, a intervenção é indispensável para acalantar justiça, como dizia Lacordaire “entre o forte e o fraco, entre o pobre e o rico, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.” (GARCIA, 2011, p. 32).

A aplicação da norma mais favorável se dá quando existe conflito de mais de uma norma de aplicação ao mesmo caso concreto, devendo assim o interprete aplicar a norma mais favorável ao empregado. (MARTINS, 2014, p.72-73). A singularidade desta regra de interpretação consiste na inversão da diretriz geral do Direito Privado de favorecer o devedor quando da hipótese de dúvida interpretativa. No Direito Público, o réu, de igual modo, goza do benefício da interpretação ao seu favor nos casos dúbios.

A justificativa é de que o devedor ou réu situa-se, normalmente, num plano inferior em comparação com o credor ou acusador, produzindo uma desvantagem. O autor supracitado, enfatiza que no âmbito da hermenêutica jurídica não há dificuldade a respeito, pois entre normas de distintos graus hierárquicos deve-se ponderar a norma de grau superior e entre normas de mesmo grau hierárquico. Lê-se:

A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras: (a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador; (b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. Assim, se o adicional de horas extras previsto em norma coletiva for superior ao previsto na lei ou na Constituição, deve-se aplicar o adicional da primeira. A execução a regra diz respeito a normas de caráter proibitivo; (c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador. (2014, p.73).

A regra, também de interpretação jurídica, corolária do princípio da proteção coloca o problema hermenêutico¹⁸ no plano das fontes do direito. Isto porque o Direito do Trabalho traz na sua índole um pluralismo em suas fontes, que englobam, na vertente autônoma, os Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, Contratos Individuais, e, na vertente heterônoma, as leis e sentenças normativas. Neste emaranhado de normas, a prevalência do postulado da aplicação da norma hierarquicamente superior seria dissonante da proteção do hipossuficiente, eis que, na maioria das vezes, as normas autônomas são mais vantajosas do que as estatais, apesar da clarividente superioridade hierárquica das últimas (OLIVEIRA, 2006, p. 999).

A condição mais benéfica é o que determina o fator das vantagens já conquistadas pelo trabalhador, não podendo estas ser modificadas para prejudicá-lo, sendo que o trabalhador já tem direito adquirido, não podendo tirar estas vantagens conquistadas. (MARTINS, 2014, p.73). A regra singulariza-se, pois sua função peculiar e precípua é confirmar a proteção, pela peculiaridade frente às técnicas comuns de interpretação, como alude Pinho Pedreira: O princípio da norma mais favorável é o mais amplo, em termos de proteção, e o único incontestavelmente específico do Direito do Trabalho, pois nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma hierarquicamente inferior com desprezo da hierarquicamente superior. (SILVA, 1999, p. 65).

Partindo do contexto pluralista das fontes trabalhistas, o princípio da norma mais favorável consiste no procedimento interpretativo de opção pela norma mais vantajosa ao obreiro quando, para uma mesma situação, encontram-se vigentes mais de uma norma jurídica. Pinho Pedreira enuncia o conceito como “havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador.” (SILVA, 1999, p. 65). Maurício Delgado esboça como [...] no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações 35 consistentes a seu respeito deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho. (ÁVILA, 2003, p. 53; DELGADO, 2004, p. 85).

A regra da norma mais favorável não afeta a hierarquia das normas, mas a preleção de sua aplicação; não modifica a ordem rigorosa em que as normas se colocam e que tem sua cúspide na Constituição, mas que, com respeito a essa hierarquia e sem alterá-la, determina qual, em caso de coexistência e colisão de

normas, deve ser aplicada no caso concreto, e esta é a mais proveitosa para o trabalhador. (OLIVEIRA, 2006, p. 998).

O caminho em busca na norma mais favorável torna-se tortuoso quando se depara com comparações entre normas especiais e gerais, ambas de natureza trabalhista. A tutela especial de certas categorias ou profissões decorre de suas condições singulares, a exemplo dos profissionais liberais e categorias profissionais diferenciadas. A singularidade do trabalho reclamou (e obteve) regulamentação protetiva especial à sua circunstância, que ora é mais benéfica, ora é pior do que os dispositivos gerais. Neste aparente conflito, o manejo adequado do princípio da especialidade retira a incidência das normas gerais, desconfigurando a condição essencial de pluralidade de normas, “pois a especificidade das condições de trabalho a que procura atender o estatuto profissional repele a aplicação da lei geral, mesmo se mais favorável ao trabalhador”. (SILVA, 1999, p. 73).

O empregado portador do vírus HIV/AIDS tem os mesmos direitos e deveres que qualquer trabalhador, observa-se que o princípio da proteção deve ser aplicado diretamente ao contrato do trabalhador portador do vírus, evitando atitudes discriminatórias no ambiente de trabalho.

3.2 Princípio do “in dubio pro operário”

O princípio da proteção do trabalhador é inerente ao direito material, aquele onde o magistrado aplicador da lei deve observar a interpretação da norma mais favorável, e aplicar ao empregado. Arnaldo Süssekind explica (2005, p.145), “o princípio *“in dubio pro operario”*, que recomenda ao intérprete a eleger, entre duas ou mais explicações viáveis, a mais adequada ao trabalhador, desde que não confronte a nítida manifestação do legislador, nem se discuta a matéria probatória.”

É, na realidade, a ideia de que, além das normas jurídicas necessitarem ser mais favoráveis ao trabalhador, tal qual o princípio supra citado da norma mais favorável, igualmente a apreciação dos fatos e das provas necessitariam também seguir esta proposição de pender sempre e, para um maior provento deste trabalhador, o que a torna deveras discutível por várias das doutrinas.

A diretriz *in dubio pro misero* tem sido intensamente contrariada, sendo que uma de suas duas condições constituintes, e o que torna inconveniente a sua própria utilização como princípio informativo do Direito do Trabalho, observando que, se sua

dimensão verdadeira e incontestável (critério de interpretação) já se conglomeram em outro princípio sedimentado (o da norma mais favorável), deixando de possuir qualquer proveito científico no modo da expressão (a não ser que se queira insistir na tese da aplicação do princípio sobre a análise da prova no processo judicial trabalhista). Enfim, a ciência julga e busca nitidez e objetividade – ao que melhor se alcança pelo enunciado da norma mais favorável.” (DELGADO, 2010, p. 46).

Segundo Rodriguez (2000, p.110), as condições de aplicação deste princípio, são da seguinte forma, apenas “quando houver ambiguidade sobre o alcance da norma legal; e sempre que não depreenda-se em desacordo com a pretensão do legislador.” Neste sentido, explica:

A nosso juízo, cabe sobrepor a regra dentro desse domínio em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou a significação de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas posições do caso. Entendendo que as mesmas causas de desigualdade compensatórias que deram procedência a aplicação deste princípio abonam que se amplie a análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem maior impedimento do que o empregador em provar certos episódios, ou trazer certos elementos, ou conseguir certas informações ou documentos. (RODRIGUEZ, 2000, p.115).

Deste modo, observam-se as formas de aplicação deste princípio, para Rodriguez (2000, p.119) “pode ser aplicado tanto para estender um benefício como para diminuir um prejuízo.” Assim, também pode ocorrer diversidade de aplicação, segundo a legislação trabalhista na qual pode se interpretar.

Campos (2014, p.08), tem o seguinte entendimento, ao citar que “destaca-se que não se aplica o princípio *in dubio pro operário* em matéria probatória, tendo em vista sua natureza processual, em que se busca a igualdade entre as partes”. Parte dessa ideia é vista no trabalho de Rodriguez (2000, p.120), o certo é que a norma está inspirada pela finalidade de proteção ao trabalhador e, em consonância com essa finalidade, a aplicação deve efetuar-se com intuito de proteção, ou melhor, resolve os casos de dúvida em favor de quem deveria ser protegido.

A igualdade entre as partes deve ser mantida, mesmo em relevância ao princípio *in dubio pro operario*, em muitos casos nem sempre a parte mais hipossuficiente é o empregado, em relevância, alguns doutrinadores entendem ser inaplicável este princípio.

Exemplo de sua aplicação é o caso do art. 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que limita o labor extraordinário a duas horas suplementares diárias. Indaga-se: e se o empregado trabalhar três, quatro ou mais horas extras? Não será remunerado, então? Responde-se: claro que será. A proposta do legislador com essa norma é limitar o trabalho extraordinário, visando a proteger a saúde do trabalhador. Se, no entanto, o empregador desrespeita essa regra, com base no princípio do *in dubio pro misero*, podemos interpretar esse artigo no sentido de penalizar o contratante pela violação perpetrada. Quanto ao empregado, diante da impossibilidade de ressarcimento da força de trabalho despendida, deverá ser regularmente remunerado, inclusive com o adicional de 50%. (TEIXEIRA, 2016, p. 26-27).

Aduz Manoel Antônio Teixeira Filho, (1991, p.123) “[...] o princípio *in dubio pro operario* não incide em matéria de apreciação da prova [...]. Convém frisar: ou se prova ou não se prova. Se em determinado caso, entretanto, as provas forem insuficientes (de ambos os lados), o resultado do provimento jurisdicional deve ser desfavorável a quem incumbia o *onus probandi*.”

Conforme Delgado (2008, p. 212), o princípio do *in dubio pro operário* tornou-se irrelevante, carregando dois grandes problemas, o que torna inconveniente a sua própria utilização.

Tal princípio, todavia, proporciona dois problemas: o primeiro, menos grave, fundamentalmente prático, incide no fato de que ele abarca a dimensão temática já coberta por outro princípio justralhista específico (o *da norma mais favorável*). O segundo problema, muito grave, refere-se ao fato de que, no tocante a sua outra dimensão temática, ele colide com o princípio jurídico geral do cerne da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio do *juiz natural*. (DELGADO, 2008, p.212-213).

O problema, se direciona a um juízo de convencimento prático de escolhas para o mesmo objeto de interpretação normativa, porém, o segundo problema do princípio é de substância, devendo ser observada. (DELGADO, 2008, p.213-214). Já para Almeida (2007), há igualmente grande desacordo doutrinária sobre a possibilidade de aplicação da regra do *in dubio pro operario* no domínio processual, especialmente na discussão de matéria probatória. A doutrina divide-se, basicamente, em duas correntes:

A primeira baseia-se no que seria admissível para a aplicação de tal princípio já que a intenção do direito processual é dinamizar o direito material, segundo Barros (2011, p. 104), “cabe aplicar a lei dentro desse campo em caso de legítima dúvida, para valorar o alcance ou o sentido de uma prova. Não para prover omissões mas, para contemplar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas ocorrências do caso”.

Ainda, segundo a compreensão de Teixeira (2016, p. 28) “pelas grandes dificuldades com que arcam o trabalhador para a produção de provas, em uma situação como já expressa, a dúvida provocada no espírito do julgador há de ser dirimida *pro operario*.”

No mesmo sentido, Paulo e Alexandrino (2003, p. 74) entendem que “se necessita determinar em favor do empregado sempre que o juiz encontrar-se, com estabelecidos motivos, indeciso entre duas dissoluções opostas. E quer essa ambiguidade proceda da ‘interpretação da lei’, quer resulte do ‘julgamento crítica da prova’, a conclusão do magistrado precisa ser a mesma”.

Na visão de Cassar (2013, p. 98), a dúvida do legislador pode advier tanto no período de interpretação da lei ou da aplicação *in concreto* da norma jurídica, bem como na valoração das provas geradas pelas partes no processo, sendo que, em todas essas proposições, podem existir a incidência da regra do *in dubio pro operário*.

Segundo esta corrente, Garcia (2011, p. 44) explica que o aproveitamento do princípio *in dubio pro operario* no campo processual, atende essencialmente ao interesse social e ao bem comum, abrandando a desigualdade de condições entre trabalhador e empregado e propiciando um julgamento mais justo.

No entanto, o doutrinador Delgado, (2010, p.197) “havendo dúvida do juiz em face do elemento probatório e das pressuposições aplicáveis, ele precisará deliberar em desfavor da parte que inclua o ônus da prova do tópico duvidoso, e não segundo a indicação do *in dubio pro operário*”. A remota ideia do princípio foi suprida, não pertencendo mais a interpretação da proteção ao empregado, precisando o magistrado impetrar a decisão com equanimidade.

Conforme o doutrinador Martins, (2014, p.72) “o *in dubio pro operário* não se sobrepõe inteiramente ao processo do trabalho, pois, existindo ambiguidade, à primeira vista, não se poderia determinar a favor do trabalhador, mas questionar quem tem o ônus da prova no caso real [...]”

O princípio do ‘*in dubio pro operario*’, para Garcia (2011, p. 63), é de natureza exclusivamente hermenêutica, quando o julgador, ao deparar-se com um dispositivo

legal de sentido dúbio, adotará a interpretação que for mais benéfica ao trabalhador, considerando-se que as leis trabalhistas, por princípio, são protetivas do hipossuficiente.

A interpretação de provas, entretanto, é de natureza processual e neste campo não existe proteção ao trabalhador, buscando-se, ao contrário, a igualdade entre os litigantes, motivo pelo qual a dubiedade ou inconclusão de provas levará o julgador a decidir contra a parte que detenha o ônus probatório, não importando se este é o trabalhador ou o empregador. (PIRES, 2011, p. 4).

Para Garcia (2011, p. 66) e Cassar (2013, p. 109) não existirá incidência da regra do *in dubio pro operário* em matéria probatória, tendo em vista que *a prova existe ou não*. A carência de prova gera a improcedente o pedido e, deste modo, o resultado será contrário àquele que atinha o ônus da prova, seja ele o empregado, seja ele o empregador. Por outro lado, se ambos os litigantes apresentarem as suas provas e esta, ficar dividida, precisará o magistrado utilizar-se do *princípio da persuasão racional*, resolvendo-se pela adoção da prova que melhor lhe satisfizes, nunca pendendo-se pela utilização da regra *in dubio pro operario*, já que nesta esfera não há qualquer eficácia desta norma.

Verificaram-se ainda, o que há de positivo no princípio *in dubio pro operário*, menciona Delgado, (2008, p.214) “sua referência a um fundamento na interpretação dos regulamentos jurídicas, na qual já se sustentou, e resguardado no Direito do Trabalho (*através do princípio da norma mais favorável*), abdicando-se, contudo a menção suplantada que o antigo pensamento mantinha, isto é, o papel judicante de estimativa e precondição de *atos*”.

Conferir proteção ao trabalhador não é o mesmo que conferir benefício incontinente, pois ao oposto de promover-se a equidade jurídica entre as partes, jazeríamos pendendo a balança para um dos lados, irrompendo com a isonomia da prestação jurisdicional e, sobretudo, com a segurança jurídica do ordenamento. A determinação em benfeitoria do empregado, pelo simples caso de ser empregado, não é disposição que se coaduna com as normas jurídicas positivadas, mas, ao contrário disso, reflete *um caráter piedoso, de favor, que se infere de qualquer lastro de juridicidade*.

3.3 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego tem como escopo, a segurança econômica do trabalhador, sendo este de interesse social e público. Assim a permanência no emprego acrescenta a qualidade e melhor produtividade ao serviço desenvolvido, presumindo o empregado que seu contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado. (VECCHI, 2009, p.328).

Isto pode ser entendido, conforme a opinião de Rodriguez (2000, p. 240), como o desejo de segurança econômica é um dos principais objetivos do homem contemporâneo, que tudo o que vise a conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundando em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes.

A aplicação do princípio da proteção visa assegurar a possibilidade de permanência do trabalhador em seu emprego, não podendo ser usado para se opor a renúncia ou mesmo o abandono do emprego, assim explica Rodriguez:

Com maior razão ainda, o empregador não pode invocar este princípio para se opor a renúncia ou ao abandono do emprego pelo trabalhador. Salvo nos contratos de prazo determinado e na medida em que a solvência econômica do trabalhador empreste algum significado prático a responsabilidade em que possa vir a incorrer, em todos os demais casos o trabalhador é livre para denunciar o contrato e deixar de trabalhar. (RODRIGUEZ, 2000, p.244).

De acordo com o entendimento de Ipojucan Demétrius Vecchi (2007, p.329), deste princípio podemos retirar várias consequências, como a presunção *juris tantum* de continuidade do contrato de trabalho; ser regra a contratação por prazo indeterminado e somente nos casos expressamente previstos ser possível a contratação por prazo determinado; manutenção do contrato de trabalho mesmo em casos de mudança da titularidade ou estrutura jurídica da empresa; o não cumprimento de formalidades exigidas para contrato de trabalho por prazo determinado resulta em sua consideração como por prazo indeterminado; a suspensão do contrato não implica rompimento contratual; proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Segundo Garcia (2011, p. 70), este princípio visa à preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial. Para entender esse princípio, cumpre ressaltar que uma característica do contrato de trabalho é o trato sucessivo, ou seja, ele não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo.

Dessa maneira, a natureza do contrato de trabalho entende que precisa continuar de maneira indefinida, assim, como forma de segurança na produção do trabalho e de subsistência do empregado. (VECCHI, 2009, p.329). Em analogia, Lima (2004, p.65) menciona que “é desejo do empregado a continuidade da relação de emprego até outra oportunidade melhor ou a aposentadoria. Consiste o princípio em estabelecer a presunção *juris tantum* da continuidade do emprego.” Observa-se a vontade do empregado e sua dependência econômica em favor da continuidade na relação de emprego.

Com exceção dos contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário. A proibição de sucessivas prorrogações dos contratos a prazo e a adoção do critério da despersonalização do empregador, visa a manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.

Presume-se que o empregado não tenha pedido a sua demissão, nem dado motivos para ser despedido, logo o estado de direito assegura ao empregador o direito de despedir; desde que exista a motivação e não o abuso de direito, Lima afirma; “A regra é a da continuidade. A rescisão é a exceção.” (LIMA, 2004, p.65-66).

Para melhor esclarecer esse entendimento, Delgado (2008, p. 209-210) explica três correntes:

A primeira reside na *tendencial* elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas especificamente contratuais alcançadas pelo trabalhador em vista de promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato. A segunda corrente de repercussões favoráveis reside no investimento educacional e profissional que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a longos contratos. Quando mais elevado o montante pago a força de trabalho. A terceira corrente de repercussões favoráveis da longa continuidade da relação de emprego situa-se na afirmação social do indivíduo favorecido por esse longo contrato. (2008, p.209-210).

Aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste, e na renda dele decorrente, um decisivo instrumento de sua afirmação no plano da sociedade. Se está submetido

a contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade.

Desse modo, compreende-se que a grande maioria da população econômica brasileira é constituída de pessoas que sobrevivem apenas do sustento de seu trabalho, sem possuir qualquer outra forma de renda econômica. A partir desta realidade, nota-se a importância deste princípio em meio a sociedade de Direito. (DELGADO, 2008, p.210)

O atual sistema de emprego ao trabalhador, produz insegurança econômica ao mesmo, sabendo que não tem estabilidade e pode ser dispensado a qualquer momento. (MARTINS, 2014, p.74-75). Nesse sentido, o autor citado, apresente a seguinte ideia; o ideal é que o empregado, antes de ser dispensado, pudesse ser colocado em outra empresa do grupo ou em outra função. Haveria também a possibilidade de o trabalhador passar por um curso de reciclagem ou capacitação profissional antes de ser dispensado, para que pudesse ser aproveitado na empresa.

Portanto, deve-se observar o alcance que este princípio traz, Rodriguez assim transcreve.

Acredita-se que pode haver acordo em atribuir-lhe as seguintes projeções: preferência pelos contratos de duração indefinida; amplitude para a admissão das transformações do contrato; facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido; resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal; interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador. Observando e resumindo este conjunto de projeções podemos dizer que a continuidade se sobrepõe a fraude, a variação, a infração a arbitrariedade, a interrupção e a substituição. (2000, p.247).

Embora a CF/1988 não tenha assegurado a estabilidade absoluta do trabalhador, a interpretação das normas referentes às indenizações devidas, quando da dispensa do empregado sem justa causa, sugere a presunção da duração do contrato de trabalho por tempo indeterminado. O contrato por prazo determinado (obra certa, escopo limitado no tempo) é uma exceção e, como tal, encontra uma série de restrições na legislação trabalhista, como, por exemplo, o limite máximo de 2 (dois) anos e a possibilidade de uma única renovação, estabelecido no art. 445 da CLT. O contrato de experiência é sem dúvida o mais usual dos contratos por tempo

determinado, e tem duração limitada de 90 dias (art. 445, parágrafo único), prazo após o qual teria início o contrato por prazo indeterminado. (MIGLIORA, 2015, p. 22).

O princípio da continuidade do contrato de trabalho também está presente nos artigos 10 e 448 da CLT, que tratam, respectivamente, das alterações na estrutura da empresa e na mudança de sua propriedade, que não irão afetar os direitos adquiridos e o contrato de trabalho. Ou seja, o legislador procurou proteger o trabalhador com a garantia de continuidade de seu contrato de trabalho e das condições do mesmo, independentemente da venda, fusão ou incorporação, ou qualquer outra alteração no controle da empresa em que trabalha. (BRASIL, 1943).

Por Princípio da continuidade da relação de emprego, pode-se discorrer que significa que o contrato de trabalho presume-se por prazo indeterminado e contínuo, não sendo afetado por hipóteses de suspensão e interrupção.

SUM-212, TST Despedimento. Ônus da Prova. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (BRASIL, 2003).

A jurisprudência trabalhista sedimentou a compreensão no sentido de que o encargo processual de comprovar a terminação do contrato de trabalho, quando negados o despedimento e a prestação de serviços, é do empregador, em razão do princípio de continuidade da relação empregatícia que é favorável ao empregado.

Como regra geral, na esfera trabalhista, os contratos de trabalho são confeccionados e pactuados por prazo indeterminado e, dessa forma, o trabalhador passa a estar integrado à estrutura da empresa que o contratou de uma maneira permanente. Entretanto, nessa mesma esfera, também admite-se, como exceção, o contrato por prazo determinado, ou a termo, no qual sabe-se quando se dará o término. Igualmente, percebe-se que é importante aqui observar, a importância do empregado para o trabalhador, para que assim possa adquirir bens e prover no sustento do seu lar. A falta de emprego gera a revolta e insatisfação do ser humano, em não poder trazer o sustento a sua família.

4 A SÚMULA 443 DO TST

Como exposto no capítulo dois deste estudo, a discriminação vem sendo reprimida às duras penas e, o Direito tenta harmonizar um resguardo legal para que tais práticas sejam de pronto rechaçadas e penalizadas. Ou seja, trata-se de buscar a igualdade de oportunidades, sob a proteção da lei e dos princípios que regem a sociedade.

Refletindo sobre o desempenho do Judiciário em deferência das garantias aos direitos, pode-se, discorrer sobre a rescisão do contrato de trabalho na dispensa feita pelo empregador, cujo conhecimento real em que o empregado seja portador de alguma enfermidade. Configura-se então, um ato ilícito, um abuso de direito, que violaria a lei sobre os direitos fundamentais, o prescrito na norma maior, a Constituição Federal. (PIMENTA, 2013, p. 216).

Após análise da discriminação do ambiente de trabalho e o vírus HIV/AIDS, observamos os princípios norteadores do Direito do Trabalho, passamos a estudar toda a estrutura da súmula 443 do TST e sua melhor aplicação dentro do Direito do Trabalho.

4.1 O Surgimento da Súmula 443 do TST

Diante da análise dos princípios protetores do trabalhador, percebe-se que o Direito do Trabalho inclinou-se para conceder ao empregado um acolhimento cada vez maior nas relações trabalhistas. É cediço que o mesmo é a parte hipossuficiente da relação laboral, sendo, portanto, imprescindível a criação de normas jurídicas que corroborem com esse entendimento, bem como confirmam a este, a possibilidade de lutar igualmente com o empregador pelos seus direitos (LOPES, 2012).

Nesse diapasão, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou a observância do princípio favor *laboratis* e de mais princípios do ramo do Direito do Trabalho, na concepção da Súmula 443. E, após numerosos julgados no sentido de resguardar o portador do vírus HIV ou de outra doença grave contra a dispensa discriminatória, a Resolução nº 185/2012 do TST consolidou a súmula 443 do TST. (BULOS, 2010, p. 21).

Nesse tema, para Lopes (2012), o TST pacificou o entendimento, por meio da Súmula 443, de que o portador de doença grave, incluindo o portador de HIV/AIDS, possui o direito de ser reintegrado ao trabalho, decretando-se inválido o ato de dispensa. Dispõe a Súmula 443 do TST:

“Dispensa Discriminatória. Presunção. Empregado Portador de Doença Grave. Estigma ou Preconceito. Direito à Reintegração - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.” (BRASIL, 2017).

Observa-se, pela súmula supracitada, a inquietação em proteger os portadores de doenças graves e também o portador do vírus HIV, contra as ações discriminatórias, no ambiente laboral e, dentre elas, a demissão do empregado sem justa causa. Assim, a súmula está alicerçada pela OIT, em suas Convenções de nº111 e 117 a qual prevê a discriminação em matéria de emprego e ocupação, e objetivos e normas básicas da política social. (RODRIGUES, 2013, p. 1).

Além disso, segundo Ariosi (2004, p. 1), as Recomendações são direcionamentos da OIT de como os países devem regular seu Direito Laboral, disposto na Recomendação de nº 200/2010, na qual proíbe qualquer discriminação aos empregados portadores do vírus HIV ou com AIDS. No artigo 3º, c, da citada Recomendação, os Países Membros têm a obrigação de garantir que esses trabalhadores não sejam discriminados em razão da doença.

Aduz-se que súmula 443 está fundamentada na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º incisos III e IV, o qual assegura a todos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, juntamente com o artigo 3º inciso IV, que é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, assim como nos artigos 5º, caput e 7º também da CF/1988 asseguram os direitos fundamentais a vida da pessoa humana, evitando qualquer espécie de estigma, discriminação e preconceito. (SCHEUEMANN, 2013 p. 227).

Para melhor esclarecer esse entendimento, Scheuermann (2013, p. 228), enfatiza que ao ser reconhecido o impacto desproporcional ao trabalhador portador de doença grave ou estigmatizante, como é o caso do trabalhador soropositivo,

imprescindível que se promovam ações para corrigir esta desigualdade. Evidentemente, a melhor forma seria a promulgação de uma lei que tratasse do tema, definindo claramente os papéis de cada um dos atores sociais: trabalhador, empregador, Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Estado. No entanto, como já amplamente explicitado, o juiz do trabalho não se exime de dirimir o conflito e pode fazer interpretação do ordenamento jurídico atuando *afirmativamente* na tentativa de erradicar tratamento discriminatório nas relações de trabalho.

Desse modo, eleva-se sobremaneira a importância que a referida súmula tem para o crescimento do ordenamento jurídico, na medida em que combate a discriminação, assegura a proteção do trabalhador hipossuficiente e ratifica a sua dignidade como ator social.

Não obstante a evolução jurisprudencial na criação da Súmula 443 do TST, conforme Ariosi (2004, p. 1), fundamentada basicamente nos princípios trabalhistas, protetor e o da não discriminação, esta recebeu alguns apontamentos em determinados temas, tendo em vista que a acentuada proteção ao trabalhador muitas vezes é efetivada. Em suma, como a grande maioria dos regramentos jurídicos, a súmula 443 pode apresentar algumas lacunas para a aplicação ao caso concreto, dessa forma, deve ser aplicado o uso da analogia, como assegura o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), e o artigo 8º da CLT, assim destacam:

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

Art. 8º da CLT – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL, 1942).

Assim, observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho não especificou precisamente o que é considerado doença grave, ficando a critério do julgador, desta forma, como explicam Cruz e Araújo (2014, p. 6), que o TST ao condicionar como discriminatória a dispensa de empregado portador de doença grave, transferiu ao intérprete da norma o poder de identificar, dentre as doenças graves legalmente reconhecidas aquelas que foram utilizadas de forma preconceituosas como motivo

para rescisão do contrato de trabalho. O que efetivamente amplia a “proteção do emprego” do obreiro, sendo este portador de qualquer doença grave reconhecida.

Cabe destacar que, atualmente não existe mais nenhuma lei específica complementar que regule a estabilidade ao trabalhador que seja portador de doença grave ou AIDS/HIV, além da súmula 443, assim devendo tal direito ser exercido nos limites do razoável. (RODRIGUES, 2013, p. 1). Assim, o artigo 2º da Portaria nº 1.246/2010 do Ministério do Trabalho e Emprego veda a realização de exames admissionais, periódicos ou demissionais para verificação de HIV nos empregados, assim, a menos que o obreiro informe o empregador, este não ficará sabendo de sua condição.

Art. 2º. Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV. (BRASIL, 2010).

Considera-se importante também, conforme Rodrigues (2013, p. 1), que a Lei nº 9.029/1995, em seu art. 4³ a qual enfatiza e proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências, nos casos de exame admissionais para a efetivação dos portadores de vírus AIDS/HIV.

Do mesmo modo, o referido artigo supramencionado, também foi utilizado pelo Tribunal Superior do Trabalho para os julgados anteriores a implementação da súmula 443. Percebe-se assim, que a ideia dos julgadores seguia na opção de reintegração do trabalhador ao emprego. (CANÇADO, 2016 p.175)

Nesse ponto, cabe ressaltar que a AIDS/HIV é uma das doenças que mais causa preconceito e discriminação atualmente, principalmente em se tratando na relação de emprego. Em consequência desta discriminação os empregados portadores do vírus são os que mais sofrem e são prejudicados, os quais não são

³ Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:
I – readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. (BRASIL, 1995).

tratados de forma igualitária, assim busca-se cada vez mais a proteção jurídica. (PIMENTA, 2013, p. 217).

Entre as peculiaridades do direito do trabalho, observa-se que este visa conceder ao empregado um amparo cada vez maior nas relações de emprego. O trabalhador é considerado unicamente como parte mais vulnerável e hipossuficiente nesta relação, sendo de extrema importância à criação de normas jurídicas que o amparem nessa desigualdade (PIMENTA, 2013, p. 218). Ressaltando que a condição de soropositivo nem sempre acarreta a impossibilidade de prestação de serviços, podendo o paciente continuar a exercer seu trabalho sem riscos para os colegas de trabalho e para a sociedade em uma vasta gama de atividades.

A Súmula 443 destaca a preocupação do magistrado em proteger a classe de trabalhadores portadores de doença grave ou AIDS/HIV em oposição a prática de discriminação, preconceito e despedida, pois a dispensa inválida e a imediata reintegração do empregado trazida pela súmula, e a proteção do contrato de trabalho dos trabalhadores soropositivos, está em consonância aos princípios fundamentais da Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana, e a função social do trabalho, afirmam Viana e Pimenta (2010, p. 135).

Dentre os fundamentos que justificam a edição da Súmula 443 do TST, nas palavras de Cançado (2016, p. 173), utilizou-se a Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê em seu art. 5º, caput, ser garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) assim como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho previstos em seu art. 1º.

Igualmente, Barbosa (2007, p. 23) afirma que para tal entendimento está de acordo com as normas internacionais e infraconstitucionais que proíbem todas as formas de discriminação, e com o juízo de que a inclusão social do portador do HIV por meio de sua manutenção no trabalho é essencial para o tratamento e enfrentamento da doença e para a efetivação de sua dignidade como pessoa humana.

Além desses, outros casos apreciados pelo Tribunal Superior do Trabalho serviram como precedentes para a edição da Súmula 443, quando também citaram outros dispositivos constitucionais para justificar a reintegração de empregados portadores das doenças nos casos em que estavam apreciando, dentre os quais, podem ser mencionados aqueles que vedam a despedida arbitrária e a discriminatória, assim como os que asseguram o bem-estar e a justiça social. (CANÇADO, 2016, p. 174).

Nesse sentido é o esclarecimento do Tribunal Superior do Trabalho:

Julgado: Empregado Portador do vírus HIV. Dispensa Imotivada. Atitude Discriminatória Presumida. Reintegração. Súmula nº 443). Trata-se de hipótese na qual a reclamada dispensou, sem justa causa, o empregado portador do vírus HIV, ao argumento de que ele liberara descontos em roupas de coleção nova fora dos parâmetros fixados. No entanto, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que caracteriza ato discriminatório a dispensa imotivada de empregado portador de doença grave ou que cause estigma ou preconceito, a pretexto de motivação de ordem técnica, sem ocorrência de justa causa e ciente o empregador do estado de saúde do trabalhador. Inteligência da Súmula nº 443 do TST. Recurso de revista conhecido, nesse particular, e provido. (TST - RR: 23955120115020081, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 27/05/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015) (BRASIL, 2015).

Conforme o julgado apresentado, a edição da súmula presume que o ato de dispensa destes empregados somente poderá ser feita mediante motivação. Nesta perspectiva, a Súmula 443 do TST é um retrato da realidade protetiva no cenário trabalhista. É claro que as presunções não devem ser estabelecidas de forma aleatória e sem fundamentação, pois tudo que é ilimitado acaba prejudicando o direito do outro indivíduo. Assim, deve ser concedida regularmente ao empregador a possibilidade judicial de exibir prova que contrarie a presunção relativa de discriminação na despedida do trabalhador soropositivo ou portador de outra doença grave.

Nessa esteira, é importante salientar o pensamento de Margonar (2006, p. 161) que afirma a reintegração como um direito encontrado para assegurar os princípios constitucionais fundamentais, sobremaneira o da dignidade da pessoa humana e o da não discriminação, e os princípios do Direito do Trabalho, em destaque o princípio da continuidade da relação de emprego. Desse modo, tendo por base esses princípios, nada impede que outros casos possam ensejar a reintegração do trabalhador, como é o caso da Súmula 443 do TST.

Desse modo, os autores Cruz e Araújo (2014, p. 1) explicam que os seguimentos da súmula, trouxe como inovação normativa a presunção de discriminação na despedida do empregado portador de doença grave, como HIV passou a ser vetado, sendo certo que a rescisão imotivada do seu contrato de trabalho, por si só, já gera a presunção de ato preconceituoso e discriminatório. Como toda inovação jurídica, a Súmula 443 do TST, traz consigo grande polêmica no meio doutrinário e acadêmico, pois de certa forma, passou a gerar “estabilidade”

empregatícia para os empregados portadores de doenças graves, o que, para a doutrina, viola direitos e garantias constitucionais do empregador.

Contudo, nota-se que diante de casos concretos em que não seria o ideal a reintegração do empregado ao local de trabalho, por motivos de humilhação, preconceito, estigma sofrido pelo empregado, ou até mesmo a condição da empresa esteja com o quadro de funcionários completo. Nesse sentido, Pimenta (2013, p. 219) sustenta que o direito à reintegração do trabalhador ao emprego é uma consequência da despedida discriminatória, pois essa arbitrariedade deve ser punida, inclusive com reparação de dano, não podendo o empregado portador de vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito ficar à mercê da vontade do seu patrono. Para tanto, lê-se o julgado:

Ementa: Indenização demissão do autor após a constatação de que era portador do vírus HIV danos morais e materiais conduta discriminatória da requerida configurado o dano moral sentença de parcial procedência, com a condenação da requerida ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de r\$ 50.000,00 - redução do valor da indenização recurso da requerida parcialmente provido, para a fixação do valor da indenização em R\$ 10.000,00, com correção monetária desde hoje e juros moratórios desde a citação, arcando cada parte com as custas e despesas processuais que desembolsou, e com os honorários advocatícios dos respectivos patronos, fixados em r\$ 1.500,00, com correção monetária desde hoje (TJ-SP - APL: 9077518402005826 SP 9077518-40.2005.8.26.0000, Relator: Flavio Abramovici, Data de Julgamento: 18/10/2011, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/10/2011). (BRASIL, 2011).

No aspecto trabalhista, o mandamento constitucional de proteção igualitária em circunstâncias semelhantes e, partindo da inequívoca desigualdade estrutural na relação entre empregado e empregador e entendendo a necessidade de ser ter meios de equilíbrio dessa desigualdade, será por meio da efetividade aos direitos fundamentais, dentre eles, o preceito isonômico constitucional é ainda maior (BRUGINSKI, 2015, p. 24).

Assim sendo, para Barros (2013, p. 899), se o portador de doença grave, ou AIDS/HIV tenha sofrido algum tipo de humilhação, tornam impossível a reintegração ao emprego, sendo oportuna e mais viável a alteração da reintegração por uma indenização correspondente, observando o dispositivo do artigo 496 e 497 da CLT, que assim dispõe:

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro. (BRASIL, 1943).

O afastamento do portador de doença grave, ou AIDS/HIV seria um desrespeito a seus direitos fundamentais, contudo, afastar os portadores de HIV e AIDS de suas atividades laborativas, mais do que lhes negar o direito fundamental ao trabalho, pode consistirem uma ofensa ao próprio direito à vida e à saúde, já que representa um retorno à época de segregação dos doentes, com a tentativa de sua eliminação do corpo social. (PIMENTA, 2013, p.220).

Essa forma de discriminação, ainda existente no mundo importou na elaboração de diversos tratados internacionais que visam o combate à práticas discriminatórias, como já mencionado. Entretanto, a CF/1988, em seu artigo 5º, caput, sagrou o princípio da igualdade, ao asseverar que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988). Sendo assim, a doutrina e jurisprudência é praticamente unânime ao entender que o princípio da igualdade deve ser tratado observando a igualdade material, de forma a igualar os desiguais.

Vislumbra-se, que a Súmula 443 trata somente da reintegração ao trabalho, não aduz quanto a indenização por opção do empregado não voltar ao emprego devido a humilhação sofrida, existindo uma proteção do empregado. Desta forma, Cançado (2016, p. 177) aduz que:

Sem adentrar ao mérito da força vinculante que atualmente possuem as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, o que se conclui é que apesar dos fundamentos jurídicos utilizados, quando da edição da súmula, o julgador objetivamente optou por utilizar o termo “dispensa discriminatória”, em detrimento do termo “despedida arbitrária” previsto no art. 165 da CLT, optando por garantir ao empregado, portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito, a reintegração ao emprego e não, a percepção em dobro da remuneração do período do afastamento. (CANÇADO, 2016, p.177).

Portanto, a inovação do Tribunal Superior do Trabalho na criação da Súmula 433, trouxe em seu bojo a proteção ao trabalhador portador de doença grave e AIDS/HIV a segurança jurídica da reintegração ao empregado, sendo que muitos trabalhadores somente com o emprego garantido conseguem pagar o plano de saúde para continuar o tratamento médico contra a doença.

Em virtude da regulamentação legal acerca da proibição da discriminação, bem como da função social do contrato de trabalho e do princípio da continuidade na relação de emprego, a jurisprudência evoluiu, impondo limites ao referido “poder potestativo” do empregador no ato da rescisão contratual.

Tal construção jurisprudencial e doutrinária abriu precedentes que levaram demais empregados despedidos de forma que consideraram discriminatória ou abusiva a buscar o reestabelecimento de seu contrato de trabalho mediante reintegração, ou, sucessivamente, reparação pela rescisão ocorrida. Pimenta (2013, p. 122) afirma que a proteção jurídica contra a discriminação em matéria de emprego, especialmente aos trabalhadores soropositivos e em virtude da Súmula 443 do TST, advém não apenas de normas legais, mas é concretizada também através de entendimentos jurisprudenciais que, a partir da teleologia traçada pelos preceitos constitucionais e por tratados internacionais, aplicam em casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário o princípio da não discriminação. Desse modo, no caso da nova Súmula, o direito potestativo do empregador é limitado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, tema que será exposto na sequência deste estudo.

4.2 A Súmula 443 do TST como Limitadora da Liberdade do Empregador

Entre as peculiaridades do direito do trabalho, a criação da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho resultou em grande discussão quanto a liberdade do empregador frente a reintegração imediata ao trabalhador portador de doença grave ou AIDS/HIV, afrontando princípios e artigos. (BARRETO; GARCIA, 2014, p. 78).

Assim, pode-se afirmar que a súmula desrespeitou o princípio da legalidade, obrigando o empregador a sustentar a contratação por tempo indeterminado, mesmo indo contra a sua vontade, mantendo a contratação de empregados portadores de doença grave, ou AIDS/HIV. Por outro lado, deve-se lembrar que o contrato de

trabalho, via de regra, trata-se de um acordo de adesão, no qual o empregado adere às cláusulas de trabalho sem discussão. Martins (2009, p. 63), confere que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego.

Ou seja, para Martins (2009, p. 80), o empregador é privado de dispensar o empregado de forma imotivada, limitando a sua vontade e direito de ser livre para contratar e despedir seus empregados, violando direitos e garantias, como a livre associação, elencada no artigo 5º inciso XX da Constituição Federal, que estabelece o seguinte: “[...] XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. (BRASIL, 1988).

Assegura, igualmente o artigo 487 da Consolidação Das Leis do Trabalho que o contrato de trabalho por prazo indeterminado pode ser rescindido tanto pelo empregador quanto pelo empregado, a qualquer tempo, mesmo que de forma imotivada desde que concedido o aviso prévio ou pagar a indenização correspondente, cita-se in verbis:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência [...]. (BRASIL, 1943).

Mesmo não explicitando como amparado o portador de HIV, por interpretação extensiva esta norma tem sido empregada pelos Juízes para definir a reintegração do empregado demitido por discriminação. Tais disposições têm sido sustentadas pelos tribunais, pois a Constituição coíbe e abomina qualquer tipo de discriminação, da mesma forma que a já expressa súmula 443 do TST. Dentro deste posicionamento crítico a jurisprudência deverá se posicionar de forma ponderada, em relação à condição do empregador e empregado, assim á de se destacar o direito potestativo do empregador, o qual também está sendo corrompido pela súmula 443, aduzem assim Cruz e Araújo (2014, p. 12) que:

[...] a não aplicabilidade da súmula em análise, ao obreiro portador do vírus HIV, quando da sua dispensa do emprego, o empregador estará exercitando livremente seu poder potestativo, sem a necessidade jurídica de reintegrá-lo ao emprego, devendo apenas pagar as verbas rescisórias oriundas do contrato trabalhista. (CRUZ; ARAÚJO, 2014, p.12).

O direito potestativo é direito subjetivo do empregador, o qual ninguém ou qualquer empregado pode se opor a sua livre escolha de rescindir o contrato de trabalho, porém é de se destacar que este direito do empregador não é absoluto. No momento em que é utilizado de forma errada, pode ser contestado pelo empregado, podendo este pleitear na justiça a sua reintegração ou compensação pela rescisão. (MURADAS; OLIVEIRA, 2015, p. 16).

Dispensa Válida. Aptidão no momento da dispensa. Exercício do Direito Potestativo do Empregador. Restando verificado que o empregado estava apto para exercer atividades laborativas no momento da dispensa e terminada a fruição do afastamento médico, cuja enfermidade não possuía qualquer relação com o trabalho, não há falar em nulidade da dispensa. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TRT 17ª R., RO 0000407-61.2015.5.17.0008, Rel. Desembargador Marcello Maciel Mancilha, DEJT 14/03/2016). (BRASIL, 2016).

Destaca-se que mesmo havendo possível afronta ao direito potestativo do empregador de dispensar o empregado, a realidade ocasionada é que o direito fica sempre ao lado da parte hipossuficiente, o trabalhador. Valendo-se das palavras de Becker, Trindade e Ramos (2015, p. 5), o empregador que rescinde o contrato de trabalho do empregado por saber que este é portador de doença grave ou AIDS/HIV, age com abuso de direito, ficando evidente e clara violação à dignidade humana, ao princípio da igualdade e da vedação à discriminação. Há, entretanto, julgados que sustentam ser válida a dispensa do portador do vírus HIV, considerando sem amparo legal o pedido de reintegração, ao fundamento de que a despedida traduz direito potestativo do empregador. Lê-se o julgado.

Ementa: TRT-PR-22-08-2014 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. CIÊNCIA DO EMPREGADOR. Nos termos do atual posicionamento da Superior Corte Trabalhista (Súmula nº 443), presume-se discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Essa presunção, contudo, supõe que o empregador tivesse conhecimento da doença ("despedida de empregado portador do vírus HIV"), até porque, sem ele, não é possível presumir discriminação decorrente de estigma e preconceito sobre algo que nem se conhece. Com efeito, se a Ré nega ter ciência da doença, incumbe ao Autor provar o fato constitutivo do direito

alegado (constitutivo, no caso, da presunção relativa de discriminação), consubstanciado no efetivo conhecimento, pelo empregador, sobre a doença de que é portador, na forma do art. 818 da CLT e 333, I, do CPC, já que a Ré não pode fazer prova de fato negativo. E, só então, partindo-se da efetiva ciência, é que incide a presunção relativa de discriminação na rescisão imotivada do contrato de trabalhador portador de HIV. No caso dos autos, contudo, a Ré negou veementemente que soubesse ser o Autor portador do vírus HIV e não veio aos autos qualquer indício de prova em sentido contrário. Recurso do Reclamante a que se nega provimento.” (TRT-PR-06311-2013-020-09-00-0-ACO-27153-2014 –7A. TURMA – Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES- Publicado no DEJT em 22-08- 2014). (BRASIL, 2014).

O acórdão supra deixa clara a necessidade da ciência do réu a respeito da doença. De tal modo, que não é possível falar em discriminação sem a ciência inequívoca do réu.

Para além, o artigo 196 da CF/1988 traz em suma que a responsabilidade à saúde é dever do Estado, neste sentido a “estabilidade de emprego” deveria ser de responsabilidade total do Estado, não compelindo assim o livre direito de contratação do empregador sem que o seu ato rescisório seja interpretado, como discriminação ou exclusão social. Assim dispõe o artigo supracitado:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Deste modo, a CF/1988 assegura o direito à saúde que é um dos direitos fundamentais, por estar interligado ao direito à vida e sendo considerado pela doutrina e legislação uma obrigação do Estado e uma garantia de todo o cidadão. Além disso, como mencionado por Oliveira e Dorneles (2011, p.345), dentre os direitos fundamentais do trabalhador, inclui-se os direitos da personalidade, tutelados em razão da necessidade de interferência estatal no âmbito da autonomia da vontade, em questões pessoais do empregado. Neste sentido, o aflitivo problema relacionado a classe dos portadores de doença grave e vírus HIV/AIDS, o julgador atribui direito de outros, pois, a responsabilidade social destes cabe tão somente ao Estado, e não transferir ao empregador a obrigação de dar suporte de subsistência através da reintegração ao emprego, mesmo que de forma imotivada, privado a total liberdade do empregador.

Assim, deve ser permitido ao empregador a faculdade da possibilidade jurídica de apresentar a prova que contrarie a presunção relativa a de discriminação e preconceito ao rescindir o contrato de trabalho deste trabalhador portador de doença grave, ou AIDS/HIV. Entretanto, a disciplina infraconstitucional da matéria nos parece problemática, colidindo com todos os princípios que resguardam os direitos e garantias do trabalhador, conforme será exposto.

4.3 A Súmula 443 do TST como Garantia dos Direitos do Trabalhador

A Súmula 443 traz certa “estabilidade empregatícia” aos portadores de doença grave e AIDS/HIV, este direito assegurado traz a garantia econômica aos adoentados, sendo que a grande maioria destas pessoas só tem condições de pagar o custeio do seu tratamento através do seu emprego. (DELGADO, 2010, p. 1235).

O empregado portador de doença grave e vírus AIDS/HIV em razão de sua situação física, fragilidade, e forte preconceito sofrido, dificilmente conseguira voltar ao mercado de trabalho, sendo que se o empregador souber da doença dificilmente dará oportunidade de emprego a esta pessoa. No entanto, no caso do portador do vírus AIDS/HIV a estabilidade elencada na Súmula 443, é o único meio de suprir atitudes discriminatórias e preconceituosas, garantindo assim, os seus direitos a proteção da relação de emprego. (PANCOTT, 2016, p. 13).

Deste modo, a estabilidade a ser conferida ao trabalhador soropositivo seria apenas aquela advinda da lei previdenciária, quando recebendo auxílio-doença, mantendo-se assim o contrato de trabalho suspenso pelo período respectivo. Porém, para tanto, haveria necessidade de que o vírus estivesse manifesto, passando o indivíduo de mero portador viral para doente, em razão da deficiência de seu sistema imunológico. (MARTINS, 2014, p. 412).

No que se refere a esta classe de pessoas, a estabilidade é imprescindível, visto que, a realidade da nossa sociedade é de preconceito e estigma, sendo que se o empregador tiver a informação que o empregado contraiu doença grave ou vírus AIDS/HIV, este certamente será dispensado. Deste modo, o contrato de trabalho não pode estar vinculado ao preconceito gerado pela doença.

Portanto, os direitos estabelecidos na súmula 443 incluem a responsabilidade do empregador em pagar todos os salários devidos entre a rescisão do contrato e a

reintegração, passível de correção monetária, juntamente com o recolhimento de todos os tributos, como INSS e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), além de reajuste salarial que tenha acontecido neste tempo, e a computação do tempo de trabalho para fins trabalhistas e previdenciários. (PANCOTT, 2016, p. 12).

Neste sentido, a Súmula 443 é o retrato da atual realidade sofrida pelos portadores de doença grave ou vírus AIDS/HIV, a reintegração é um direito encontrado para garantir os princípios da Constituição Federal os quais são imprescindíveis, como o da dignidade da pessoa humana e o da não discriminação, juntamente com os princípios do Direito do Trabalho, como o da continuidade da relação de emprego. (MARTINS, 2014, p. 413).

Destacam-se, diante da discriminação prevista na Súmula 443 do TST, a que defende que, a discriminação é intrínseca a toda forma de distinção, exclusão ou até mesmo preferência, que sejam abalizados em questões com cunho religioso, sexual, raça, nacionalidade, origem social ou opinião política. A discriminação ofende diretamente o princípio da igualdade que deve sempre ser observados em qualquer tipo de relação jurídica, social. (BARBOSA, 2015, p. 51).

Nesse cenário, é perceptível que a harmonia nas relações de trabalho aspirada pelo Direito do Trabalho Moderno não é totalmente alcançada, pois o Estado passa esse encargo de manter o serviço do empregado doente, e não oferece nenhum tipo de assistência ao bom desenvolvimento da empresa e do seu capital. Portanto, a Súmula acaba tendo sua aplicação genérica de equilíbrio, recaindo a reintegração ou pagamento da indenização pelo empregador na maioria dos casos, na qual serão parte deste estudo a seguir.

4.4 Casos Concretos a partir de Julgados

A edição da Súmula 443 do Supremo Tribunal do Trabalho trouxe grande reflexão quando a aplicação da mesma, pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem o entendimento de que ter a empresa o conhecimento da grave doença enfrentada pelo empregado não traz uma motivação justa e aceitável para a demissão. (CRUZ E ARAÚJO, 2014 p.09-10).

Contudo, para Barbosa (2015, p. 56), a simples criação da mencionada Súmula, não assegura uma relação justa e equilibrada entre as partes envolvidas na

relação de trabalho, pelo fato de impor uma conduta do empregador, mas ainda não atribui uma estabilidade legitimamente promulga aos empregados portadores do HIV/AIDS.

Neste sentido, pode-se mencionar vários julgados do Tribunal Superior do Trabalho a favor da Súmula 443, vejamos alguns julgados procedentes:

Ementa: Discriminatória. Presunção. Empregado portador do vírus HIV. Contrariedade à Súmula n. 443 do 1. A Súmula 443 do TST erigiu uma jurisprudência construtiva em que se reconhece presunção "juris tantum" de que é discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV. A presunção em apreço, inspirada na observação do que ordinariamente acontece, pode ser infirmada caso o empregador demonstre que a despedida deveu-se a outro motivo. Assim, ao reputar discriminatória a dispensa, a Súmula transfere ao empregador o ônus da prova de que a causa determinante da despedida foi outra. 2. Se o empregador não se desincumbe de produzir prova destinada a elidir a presunção, inafastável a aplicação da Súmula 443 do TST. 3. Recurso de revista do Reclamante de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 5098220125060012, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 24/06/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015). (BRASIL, 2015).

Na decisão acima, a reintegração do portador do vírus HIV foi concedida com base na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, acrescido de pagamento compensatório por dano moral ao trabalhador.

Ementa. Reintegração. Despedida de empregado doente. Aplicação analógica da súmula 443 DO TST. Presunção de despedida discriminatória. Abuso do direito potestativo de despedir. Ato nulo. Art. 9º da CLT. INVALIDADE DA DISPENSA. A despedida de empregado acometido de doença crônica espelha abuso de direito pelo empregador, que extrapola, desta forma, o regular exercício do direito potestativo de dispensa do empregado sem justa causa. Assim, é plenamente possível a aplicação analógica da Súmula 443 do TST para considerar presumida a despedida discriminatória para efeito de reintegração ao emprego em tais hipóteses. Ademais, o ato abusivo cometido pelo empregador em tais casos termina por desvirtuar os preceitos contidos na CLT (princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da alteridade, entre outros), de modo que se trata de ato nulo de pleno direito, na forma do art. 9º consolidado. E a consequência lógica da anulação do ato de despedida do empregado é a devida reintegração deste ao emprego. Recurso a que se nega provimento. (Tribunal Regional do Trabalho: TRT-5 - Recurso Ordinário: RecOrd 00006060920135050131 BA 0000606-09.2013.5.05.0131, Relator Léa Nunes) (BRASIL, 2013).

Nestes termos, ao observar os julgados procedentes a favor da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, tanto para empregados acometidos de doença grave, como para portadores do vírus AIDS/HIV, verifica-se em favor da não discriminação no ambiente de trabalho. Tratando-se também de casos de abuso de direito potestativo pelo empregador quanto a reintegração e permanência do empregado no trabalho.

Por outro lado, Barbosa (2015, p. 57), de acordo com as aplicações nos casos concretos, a Súmula acaba não observando o princípio da proteção, conjuntamente, com o princípio da continuidade da empresa, afastando assim a harmonia na relação. Pois a Súmula não prevê uma estabilidade legal aos empregados soropositivos, no entanto, aplica a presunção de discriminação e a inversão do ônus da prova de forma generalizada, como se estabilidade legal fosse; portanto, ao ser aplicado de forma genérica o previsto na supracitada Súmula, acaba havendo uma dificuldade de o empregador provar que não houve discriminação na sua dispensa.

Não obstante, nos casos reais de dispensa sem justa causa expostos ao judiciário, não deve ser afastado o princípio da salvaguarda da empresa de forma total, pois deve existir a avaliação e crítica de forma plena. Por isso, o meio mais apropriado significaria a conversão da reintegração em estabilidade prevista em lei, delimitando em quais tipos de portadores seria aplicada, ao assintomático ou ao sintomático, afirma Viana (2010, p. 127). Vejamos:

Ementa: Agravo de Instrumento. Dispensa Discriminatória. Reintegração. Direito não Reconhecido. Reexame de Provas. Não-Provimento. Dada a soberania das Cortes Regionais no exame da matéria fática, inviável se mostra a admissão do recurso de revista interposto contra decisão do Regional que consigna que não houve prova nos autos de que o agravante era portador do vírus HIV, de que teria sido ofendido em sua honra e nem mesmo que sua dispensa teria sido discriminatória, mantendo a sentença que reconheceu a justa causa para a dispensa, não sendo, assim, possível discutir, à luz do dispositivo constitucional tido como violado, sobre o seu direito à reintegração. No tocante ao conflito jurisprudencial, o aresto trazido a confronto não se presta ao fim colimado, porque é oriundo do mesmo tribunal prolator da acórdão hostilizado, o que não atende ao comando do artigo 896, alínea, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. TST - AIRR: 6408008420025020902 640800-84.2002.5.02.0902, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 14/09/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 30/09/2005). (BRASIL, 2005).

Em instância, e embora já tivesse ciência da doença antes da demissão, o empregador provou de forma efetiva que o motivo da dispensa do empregado não foi efetivada em circunstâncias de discriminação. Entendendo o relator que o empregador demonstrou que em momento algum houve esse meio abusivo, provando que a dispensa do trabalhador possuía outra motivação lícita.

Se tiver ciência de que seu empregado é soropositivo, o empregador quem deve provar que não o demitiu movido por preconceito, nesse sentido lê-se o julgado:

Julgado: Dispensa Discriminatória. Não Configuração. Para que seja reconhecida a dispensa discriminatória, necessário se faz que a moléstia seja a causa preponderante para a ruptura contratual ou suscite "estigma ou preconceito" no transcurso da relação de emprego. Inteligência da Súmula 443 do C. TST. (TRT-2 - RO: 00002120420155020070 SP 00002120420155020070 A28, Relator: Rosana de Almeida Bueno, Data de Julgamento: 17/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: 25/11/2015). (BRASIL, 2015).

Conforme demonstrou-se no julgado, a relatora destacou que o fato de o empregador ter ciência da doença do trabalhador não importa em presunção de que essa teria sido causa para a extinção do contrato de trabalho. Além do mais, o trabalhador não provou que a dispensa foi discriminatória, como prevê o artigo 818 da CLT, combinado o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC), não cabendo a reintegração conforme a Súmula 443.

Diante do exposto, e, segundo Muçouçah (2007, p. 588-597), o entendimento dos julgados está de acordo com as normas internacionais asseguradas pela Organização Internacional do Trabalho, juntamente com as normas constitucionais e infraconstitucionais que são contra todo e qualquer tipo de discriminação e desigualdade a permanência do portador de doença grave ou AIDS/HIV no ambiente de trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo objetivou a compreensão da exclusão ou distinção do empregado portador de doença grave e vírus HIV, analisando a “estabilidade empregatícia” com a aplicação da Súmula 443 do TST na realidade, visando a proteção do empregado.

Apesar de a AIDS ser problema de saúde pública, há muito se tornou uma questão social relevante, que cada dia mais comporta repercussões no mundo do trabalho, especialmente ao que diz respeito ao preconceito e a discriminação. O segundo capítulo deste trabalho abordou as questões sobre o vírus HIV e a síndrome da imunodeficiência adquirida, discriminação e o preconceito ao portador no ambiente laboral.

Relembrando que o vírus HIV age sobre o sistema imunológico do seu portador, provocando a destruição dos mecanismos naturais de defesa. Historicamente os portadores soropositivos para o HIV enfrentam toda a sorte de discriminação e preconceito, desde sua vida particular ao ambiente de trabalho. O ordenamento jurídico brasileiro não prevê, de forma específica, qualquer espécie de estabilidade ao soropositivo. Veda, no entanto, a dispensa discriminatória.

No terceiro capítulo foi elencado os princípios norteadores do Direito do Trabalho, sendo estes fundamentais para a interpretação e aproveitamento das normas trabalhistas nas relações de trabalho.

Na seara trabalhista, os direitos trabalhistas não são simples concessões da classe patronal, são na verdade, conquistas históricas da classe trabalhadora. Com o surgimento da OIT, houve a contribuição com a fase de constitucionalização do Direito do Trabalho, pois a entidade em encontros emitia várias Declarações recomendando que os países seguissem um mesmo padrão laboral.

A fim de garantir maior assistência ao empregado, a CF/88 pressagiu no seu texto normativo a suspensão contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e isso pode ser atrelada a Súmula 443 do TST, limita o poder do empregador de rescisão unilateral do contrato, a fim de resguardar a manutenção do vínculo empregatício, haja vista que o trabalho é um direito basilar e social do homem, sendo seu sustento, indispensável a garantia de uma vida digna. Também, a CLT, em vistas de garantir maior proteção aos empregados, positivou a estabilidade provisória no emprego, concebendo uma limitação ao poder do empregador.

O quarto capítulo, foco principal deste trabalho de conclusão de curso, foi

descrito as considerações referentes a Súmula 443 do TST. Não obstante, os portadores do vírus HIV e de outras doenças graves sejam credores de todo respeito e proteção contra atos discriminatórios e preconceituosos da coletividade e, em especial, de seus empregadores e colegas de trabalho, no anseio de reduzir as desigualdades.

Notoriamente a Justiça do Trabalho opera como ferramenta do princípio da proteção e da não discriminação nos vínculos de trabalho. A Súmula 443 do TST comprova essa compreensão, na medida em que solidifica a jurisprudência, no sentido de que o rompimento do contrato de trabalho arbitrário ou sem justa causa do trabalhador soropositivo ou de doença grave é tida como um ato discriminatório, salvaguardando o direito à reintegração ao trabalho, especialmente, nos casos em que o empregador não comprovar que a dispensa não ocorreu por motivos discriminantes. Contudo, a proibição da dispensa por conta de discriminação, não assegura ao empregado soropositivo uma garantia trabalhista, pois ele pode ser demitido normalmente desde que de forma legítima.

Em conclusão, a razão de ser da Súmula nº 443 do TST é *assegurar* contra a discriminação de trabalhadores soropositivos e portadores de qualquer outra doença grave que provoque a estigmatização ou o preconceito. Ao perceber as brechas da lei e, aplicar a interpretação dos textos legais de forma integrativa, e compatibilizadora do sistema jurídico, com prevalência para a hegemonia e máxima efetivação da Constituição, congregados aos preceitos de um patamar mínimo de princípios e direitos nas relações de trabalho, sendo estes essenciais para os trabalhadores, a Súmula nº 443 concretiza a tutela antidiscriminatória para proceder na nulidade do ato de dispensa discriminatória e decidir na reintegração no emprego, conservando o posto de trabalho e, a consequente subsistência do trabalhador.

A dispensa imotivada do portador de HIV, com claro caráter discriminatório, em função da doença precisa ser coibida e, para tanto, há que ser empregada a legislação de forma a prever medida repressiva aos agressores, evitando a reiteração da prática.

Entretanto, a questão da segurança de emprego necessita ser vastamente debatida, em primeiro lugar para que sejam conservados os direitos do portador de HIV, como a dignidade humana, e a igualdade. Além disso, a função social da empresa deve ser analisada com o poder diretivo, uma vez que, em diversos casos a demissão imotivada se dá por pretextos alheios à essência da doença, e, além disso, os conflitos no meio ambiente de trabalho podem ser flagelantes em comparação da imposição da estabilidade.

Irrefragável, no entanto, que o soluto para o problema carece de urgência, incumbindo ao legislador infraconstitucional completar a lacuna até hoje existente, ponderando sobre os todos os fatores envolvidos na questão, a luz dos princípios e valores que orientam a República Federativa do Brasil.

Assim sendo, se forem identificadas as informações que tornam a dispensa abusiva, como alguma motivação desfavorável ao conceito de justiça e moral, a mesma torna-se inexistente. É o caso da dispensa com caráter discriminatório, que relaciona-se à desigualdade de tratamento e, possibilita diretamente em prejuízo na proveito de direitos por parte do destinatário da ação.

É na totalidade expressa que a Súmula nº 443, editada pelo TST no ano de 2012, é aplicativa. A constituição jurisprudencial busca resguardar os trabalhadores portadores do vírus HIV ou doença estigmatizante diversa do término do contrato de trabalho por pretensão do empregador. Para tanto, a estruturação jurisprudencial considera o caráter discriminatório nos acontecimentos de despedida arbitrária dos empregados que vivem com as doenças referidas e evidencia o direito à reintegração dos mesmos no trabalho.

Todavia, não é possível concluir pela concepção de uma permanência direcionada aos trabalhadores soropositivos ou outra doença estigmatizante, posto que a precedente ciência do empregador acerca do estado de saúde do empregado é indispensável para aplicação da Súmula nº 443. Logo, o direito à reintegração não procede exclusivamente da existência da doença, mas sim do reconhecimento da discriminação na dispensa arbitrária. Não sendo este o caso, o ato não é inexistente e não há o garantia à reintegração.

Isso posto, e apesar da dificuldade em comprovar o fato de uma ação discriminatória, considera-se a admissão de tratamento desigual. O agente discriminador na maioria das vezes não deixa provas do intuito dos atos de sua conduta. A presunção, entretanto, não é absoluta. Acolhe-se a apresentação de provas em que demonstrem a ausência de preconceito em relação ao empregado dispensado.

A Súmula nº 443 concebe respeitável ferramenta contra a discriminação nas relações de trabalho, e seu conteúdo e teor estão de acordo com as diretrizes consolidadas pela OIT. O órgão internacional determinou a igualdade em disciplina de trabalho e emprego como um dos direitos fundamentais do trabalho.

Os mecanismos da jurisprudência sumulada, superam a esfera particular do trabalhador vítima de discriminação ao influenciar até mesmo a criação de novas Leis,

como é o caso do Projeto de Lei 2.315/2011, em tramite, que propõem-se a implantar no texto da CLT o amparo adjudicado pelos Tribunais trabalhistas aos trabalhadores que sofrem a discriminação.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: normatização e questionamentos**. Rev. TST, Brasília, vol. 74, no 4, out/dez 2008.

ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AIEXE, Egídia Maria de Almeida. **Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação**. In: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otavio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

ALMEIDA, Danielle Avila. **O princípio “in dubio pro operário” e suas aplicações**. DireitoNet, 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3755/O-principio-in-dubio-pro-operario-e-suas-aplicacoes>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALLPORT, Gordon W. (1954). **The nature of prejudice**. (3ª Ed.). Wokingham: Addison-Wesley. 1954. Reedição 2009. Tradução de Santos, Raiane, Wizard. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/caporaso/courses/203/readings/allport_Nature_of_prejudice.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ARAÚJO, Sara. **Pluralismo jurídico e emancipação social: instâncias comunitárias de resolução de conflitos em Moçambique**. 2006. Disponível em http://www.codesria.org/Links/conferences/general_assembly11/papers/araujo.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017.

ARENDDT, Hannah. **Auschwitz et Jérusalem**. Paris: Deuxtemps, 2012.

ARIOSI, Mariângela F. **Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 507, 26 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5946>. Acesso em: 17 mai. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Magno Luiz. **AIDS: o direito e algumas reflexões sobre o seu impacto nas relações de emprego**. Curitiba: Juruá, 2007.

BARBOSA, Thalita Damasceno. **AIDS e a aplicação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho**. 2015. 63 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

BECKER, Ana Paula; TRINDADE, Angela Vila; RAMOS, Eder Aurélio da Costa. **A validade da dispensa do empregado com HIV**. Jicex, vol. 5, nº 5, 2015. Disponível em: < <http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1893/1654>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

BOOBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9601.htm >. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 212**. 2003. Disponível em: < www.jurisway.org.br>. Acesso em: 08 abr. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Jurisprudência. Disponível em: < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1691589/agravo-de-instrumento-emrecurso-de-revista-airr-6408008420025020902-640800-8420025020902>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/oit-no-brasil>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

_____. **Portaria nº 1.246/2010**. Disponível em: < http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portariante1246_2010.htm>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Jurisprudência. 2011. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20643469/apelacao-apl-9077518402005826-sp-9077518-4020058260000-tjsp>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. Jurisprudência. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=EMPREGADO+PORTADOR+DO+V%C3%8DRUS+HIV.+DISPENSA>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Jurisprudência. 2015. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195427655/recurso-de-revista-rr239551201_15020081>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região**. Jurisprudência. 2016. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/410045743/recurso-ordinario-trabalhista-ro-4076120155170008>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

BRIMLOW, Davidson, COOK, Mathew. **Stigma and HIV/AIDS: a review of the literature**. Rockville, MD: U.S. Department of Health and Human Services; 2003. Disponível em: <http://www.ageing.ox.ac.uk/download/74>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRUGINSKI, Márcia Kazenoh. **Discriminação no trabalho: práticas discriminatórias e mecanismos de combate**. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/90942/2015_bruginski_marcia_discriminacao_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 mai. 2017.

CAMPOS, Carla. **Princípios: in dubio pro operario e primazia da realidade e seus reflexos nas lides trabalhistas**. Revista Científica da FHO, UNIARARAS, v. 2, n. 2, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade**. 1.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O princípio da não discriminação e o ônus da prova**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010.

CHERON, Cibele; MELLO, Priscila Vargas. **Gênero e desigualdades no mercado de trabalho da região metropolitana de Porto Alegre: análise sob prisma materialista**. Revista do programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal de Sergipe, nº 28, jan. jun, 2016. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/tomo/article/view/5420/4443>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CRUZ, Paulo de Tarso Rocha; ARAÚJO, Hellom Lopes: **Estigma ou Preconceito? Uma análise crítica da súmula 443 do TST à luz da condição jurídica do**

empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave. Revista Pensar Direito, v5, n.2, Julho de 2014.

DALARRI, D. de A. **Elementos de teoria geral do estado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr; 2001.

_____. **Princípios** de direito individual e coletivo do trabalho. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Curso de direito do trabalho.** 7º Ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

DUCKITT, John. **The social psychology.** 2012. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade.** São Paulo: LTr, 2004.

FREITAS, José Mello de. **Validade da transação na alteração do contrato de trabalho.** Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2007.

GAINES, Stanley O.; REED, Edward S. **Prejudice: from Allport to DuBois.** American Psychologist, Washington, v. 50, n. 2, p. 96-103, 1995. Disponível em: <<http://psycnet.apa.org/index.cfm?fa=buy.optionToBuy&id=1995-21046-001>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

GUEDES, Gilberto Gomes; GUEDES, Thiago Araújo. **O etnocentrismo e a construção do racismo.** Periódico Científico Outras Palavras, vol. 10, nº 1, 2014.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

GUIMARÃES, Marcelo Brito. **Aids e direito.** Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 148, dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4560>>. Acesso em: 08 abr.2017.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípios da igualdade e não discriminação: sua aplicação as relações de trabalho.** São Paula: LTr, 2010.

HUMENHUK, Hewanston. **A teoria dos direitos fundamentais.** Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC – Campus de Joaçaba/SC. Publicação e

redação: julho de 2002. Disponível em: www.jusvi.com/files/document/doc. Acesso em: 20 mai. 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIM, Walker K. **Increased expression of CD169 on blood monocytes and its regulation by virus and CD8 T cells in macaque models of HIV Infection and AIDS**. Res Hum Retroviruses, Jul; vol. 31, nº 7, 2015. Doi: 10.1089/AID.2015.0003. Epub 2015 May 11. Disponível em: < <https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4505761/&prev=search> h>. Acesso em: 17 mai. 2017.

KITAMURA, Yukihiro, **Differentiation and transdifferentiation of mast cells: a unique member of the hemopoietic cell family**. Int J Cell Cloning, vol. 3, 2007. Disponível em: < <https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/stem.5530050203/abstract&prev=search> >. Acesso em: 01 abr. 2017.

KRIEGER, Nancy. **Discrimination and health**. In: Berkman L, Kawachi I, editors. Social epidemiology. New York: Oxford University Press; 2000. Disponível em: < <https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3484783/&prev=search> >. Acesso em: 01 abr. 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. 10 Ed. São Paulo: LTr, 2004.

LOPES, Maria Carla Baeta Vieira. **Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do TST**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3436,2 7nov, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23113>. Acesso em: 15 mai. 2017.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito do trabalho**. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego. **Relações de trabalho**. 2015. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relacoes_de_trabalho_i_2015-1_-_3.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 17ª edição – Editora Atlas: São Paulo. 2005.

MOSSER, David M; et al. **Exploring the full spectrum of macrophage activation**. Nat Rev Immunol. Vol. 10, | nº 6, 2009. Disponível em: <

<https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19029990&prev=search> >. Acesso em: 13 abr. 2017.

MUÇOUŁÇAŁ, Renato de Almeida. **O direito à saúde pela garantia do direito fundamental ao trabalho - A educação em direitos humanos como o reconstruir do signo de estar soropositivo**. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, ano 71, nº5, 2007.

MURADAS, Daniela; OLIVEIRA, Ana Clara Pereira. **Direito do trabalho**. 2015. Disponível em: < <http://vetustup.com/wp-content/uploads/2015/09/Ana-Clara-Oliveira-8.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOÉ, Vitor Martins. **A dispensa discriminatória**. 2015. Disponível em: < <http://painelpolitico.com/a-dispensa-discriminatoria-por-vitor-martins-noe/>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.OIT. **Recomendación nº 197 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo**. Ginebra, 2006. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho**. Organização Internacional do Trabalho, Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho3ª ed. - Brasília: OIT, 2010.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Crise do direito do trabalho**. Revista LTR, v. 70, p. 998/1007, 2006.

OLIVEIRA, Cinthia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral D. **Direito do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

OLIVEIRA, Uelinton Ramos de. **Avaliação epidemiológica e sorológica em pacientes portadores de HIV em ambulatório de referência- Salvador/ Bahia**. Monografia do Curso de Medicina da Universidade Federal da Bahia (UFBA), 56 f. Salvador, Bahia, 2017. Disponível em: http://www.fameb.ufba.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=3607&tmpl=component&format=raw&Itemid=283. Acesso em: 01 abr. 2017.

PAUL, Sax E. **HIV essentials**. 2014. Disponível em: < <https://www.bookdepository.com/HIV-Essentials-2014-Paul-E-Sax/9781284051001>>. In: < <https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=https://measureevaluation.wordpress.com/2016/01/08/reading-hiv-essentials/&prev=search>> Acesso em: 12 abr. 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PANCOTT, José. **Apostila de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Unisaesiano, 2016.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **A súmula nº 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave**. Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 3, jul/set 2013.

PIRES, Horácio de Senna. **Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção**. Revista do TST, Brasília, v. 77, nº 2, abr/jun, 2011. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25352/010_>. Acesso em: 12 abr. 2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3Ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, Nayara Ribeiro. **Vedação à dispensa discriminatória e/ou obstativa de direitos do empregado portador de HIV/AIDS**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3568, 8 abr.2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/24095>. Acesso em: 17 de mai. 2017.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

ROSENHAN, David L. **On being sane in insane places**. Science, vol. 179, Jan. p. 250-258, 1973. Disponível em: < https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic625827.files/On_Being_Sane_In_Insane_Places-1.pdf&prev=search>. Acesso em: 17 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Os princípios do direito do trabalho em face da globalização**. In FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). *Presente e Futuro nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Henrique Batista e. **O princípio da dignidade humana na Constituição brasileira**. Revista Bioética, vol. 18, nº 3, p. 573 – 87, 2010. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/586/592. Acesso em: 20 mai. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 22 Ed. São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

TEIXEIRA, Jordana Scheffer. **O princípio da proteção no direito do trabalho e uma breve análise de seus subprincípios**. Monografia apresentada para obtenção do grau de Especialista em Direito do Trabalho, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016, 50 p. Disponível em: < <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/156330/001009835.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. UNICEF. **Human Immunodeficiency Virus**. 2013. Disponível em: < https://www.unicef.org/publications/index_73682.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.

VALENTIM, João Hilário. **AIDS e relações de trabalho: o efetivo direito ao trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. Edição ampliada e revisada. Passo Fundo: UPF, 2007.

_____. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 3ª ed. v. 1. Passo Fundo: UPF, 2009.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei nº 9.029/95)**. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WILLIAMS, David R; MOHAMMED, Selina A. **Discrimination and racial disparities in health: evidence and needed research**. J Behav Med. Feb, vol. 32, nº 1, p. 20-47, 2009. Disponível em: < <https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://scholar.harvard.edu/davidwilliams/dwilliam/publications/discrimination-and-racial-disparities-health-evidence-and-needed-research&prev=search>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.