



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA DE CARVALHO FREITAS

**ESTABILIDADE NO EMPREGO DO PORTADOR DO VÍRUS
HIV**

Salvador
2013

MARIA DE CARVALHO FREITAS

**ESTABILIDADE NO EMPREGO DO PORTADOR DO VÍRUS
HIV**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA DE CARVALHO FREITAS

ESTABILIDADE NO EMPREGO DO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A
Meus pais, Cristiano e Ana, por
estarem ao meu lado em todos os
momentos.

AGRADECIMENTOS

A minha família, em especial a meu pai e minha mãe, pelo apoio, pela paciência e amor, principalmente neste momento de elaboração da monografia.

A meu namorado Roberto, pelas palavras de carinho e incentivo nesta etapa da minha vida.

À Professora Juliane Facó, por ter feito parte do meu crescimento pessoal e profissional.

A Ana Carolina Mascarenhas, por estar sempre presente e solícita.

Ao Escritório Pessoa e Pessoa, pela oportunidade de aprender, a cada dia, mais sobre Direito do Trabalho.

“O trabalho enobrece o homem”.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise acerca da concessão da estabilidade ao portador do vírus HIV, bem como do doente da AIDS. A AIDS é uma doença tem diversos métodos de transmissão os quais serão abordados no trabalho. O mesmo trará uma diferenciação quanto aos portadores do vírus assintomáticos e os doentes da AIDS, bem como as conseqüências na sua relação de emprego. A estabilidade é uma garantia ao empregado em face de uma condição estabelecida na qual ele esteja incluído e, por conta disso, o mesmo não pode ter seu contrato de trabalho resiliado, salvo quando o empregado comete alguma falta grave. Por fim, fará uma análise acerca da despedida discriminatória desses portadores do vírus, assim como quando resta determinada por via judicial a reintegração ao trabalho do estável, com fulcro na aplicação dos princípios do Direito e da Súmula 442 do Tribunal Superior do Trabalho. Também é necessária uma análise acerca das despedidas motivadas, na qual o empregador despede o empregado, não por ele ser acometido pela doença, mas por não ser necessária a mão de obra para a empresa.

Palavras-chave: vírus HIV, estabilidade; despedida discriminatória; princípios; direitos fundamentais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Un aids	Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 HISTÓRICO DA AIDS/HIV	14
2.1 ORIGEM	14
2.1.1 Formas de transmissão	17
2.2 TRATAMENTO	20
2.3 DIFERENÇAS ENTRE PORTADORES DO VÍRUS	22
3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A RELAÇÃO DO TRABALHO	24
3.1 PRINCÍPIOS GERAIS	24
3.1.1 Direito a vida	24
3.1.2 Direito a Intimidade e a Vida Privada	26
3.1.3 Princípio da Igualdade	30
3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	32
3.2.1 Princípios Gerais aplicáveis ao direito do trabalho	33
3.2.2 Princípios específicos do Direito do Trabalho	35
4 ANÁLISE ACERCA DA ESTABILIDADE	40
4.1 ESTABILIDADE	40
4.1.1 Conceito	40
4.1.2 Natureza Jurídica	41
4.1.3 Espécies	43
4.1.4 Histórico	44
4.1.5 Estabilidade da empregada gestante	46
4.1.6 Estabilidade do dirigente sindical	48
4.1.7 Estabilidade do membro do CIPA	49
5 DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA	53
5.1 DESPEDIDA MOTIVADA	53
5.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO	55
5.3 DESPEDIDA IMOTIVADA	57
5.3.1 Abuso de Direito e Despedida Discriminatória	57
5.4 CONVENÇÕES DA OIT	65
5.5 ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS	67

6 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal alertar a sociedade brasileira, assim como os doutrinadores e julgadores sobre uma lacuna legislativa em relação à situação dos portadores do vírus HIV na convivência em grupos sociais. O escopo desta monografia será alcançado através da análise acerca da estabilidade no emprego do portador do vírus HIV ou dos indivíduos acometidos pela AIDS.

A temática desta monografia está inserida no Direito do Trabalho, ramo jurídico que estuda as regras e princípios da relação individual de trabalho e a aplicação jurisdicional do direito material, abordagem que é muito importante não só aos aplicadores do direito e aos indivíduos soropositivos, mas também a toda a sociedade que convive com estas pessoas.

É de suma importância abordar neste projeto os princípios do Direito do Trabalho, pois estes são balizadores para enfrentar o tema devido a falta de legislação, assim como, pode-se caracterizar os princípios presentes na Constituição Federal, visto que estes devem ser respeitados nas relações de emprego.

O objetivo deste projeto de pesquisa será defender a erradicação da despedida discriminatória dos portadores do vírus HIV, contribuindo para exigüidade doutrinária sobre o tema citado, analisando a relação de emprego no que tange aos trabalhadores portadores do vírus HIV e discutir se estes têm o direito de gozarem ou não, de estabilidade.

Dessa forma, faz-se necessário verificar o que a doutrina conceitua como estabilidade, suas espécies e quais os indivíduos que podem se beneficiar desse direito.

Serão abordadas as posições de doutrinadores acerca da concessão ou não da estabilidade aos portadores deste vírus, uma vez que não existe uma posição consolidada na doutrina, muito menos na jurisprudência, acerca do tema.

Cumprir destacar que a legislação brasileira é omissa em relação ao tema, salientando que não existe uma lei que trata dos indivíduos soropositivos e sua relação empregatícia. Com isso, é de suma importância a criação legislativa acerca

do tema, evitando assim abusos de direitos do empregador que geram as despedidas discriminatórias.

Já com relação à importância social, deve-se alertar que os indivíduos soropositivos não devem ser discriminados em face da enfermidade acometida. Desta forma, precisa-se estabelecer os direitos e deveres desses portadores e posicioná-los em um patamar de igual competitividade no mercado de trabalho.

Observa-se que atualmente há um aumento, segundo dados do Ministério da Saúde, do número de portadores do vírus HIV em idade produtiva. Fato que reforça ainda mais a necessidade de outras pesquisas com relação a este tema, haja vista que há um aumento desses indivíduos no mercado de trabalho discutindo questões relacionadas à estabilidade empregatícia.

O assunto será desenvolvido com o aprofundamento de diversos tópicos que vão desde o histórico da doença à aplicação nos tribunais acerca da possível reintegração dos portadores do vírus emprego.

O tema será abordado em três capítulos divididos em subitens, os quais seguem a evolução da doença e as formações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a temática deste trabalho.

No primeiro capítulo abordar-se-á o vírus HIV, bem como o histórico da doença, suas formas de transmissão, de que forma um indivíduo pode ser contagiado com o vírus e a diferença entre o portador do vírus, assintomático, e o doente no qual já possui a AIDS e conseqüentemente os sintomas da doença.

No segundo capítulo, considera-se necessário uma abordagem acerca dos princípios constitucionais aplicáveis na relação de emprego, os princípios gerais e por fim, os princípios próprios do Direito do Trabalho que devem ser respeitados para nortear a resolução de todo e qualquer conflito trabalhista.

O terceiro capítulo trará uma análise dos aspectos do contrato de trabalho e suas formas de rescisão, seja ela motivada ou imotivada, bem como da função social que rege os contratos na relação empregatícia.

Nesta seção faz-se necessário abordar as despedidas discriminatórias dos portadores do vírus HIV, com base na convenção da Organização Internacional do Trabalho(OIT) e da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Enfim, será

feito uma análise de casos concretos, na qual existiu a despedida do empregado portador do vírus HIV, e o TST teve que decidir pela reintegração ou não do portador do vírus HIV.

Para concluir, faz necessária uma exposição da matéria estudada e dos objetivos que foram especulados e alcançados no presente projeto de pesquisa e de que forma este projeto pode influenciar na vida dos trabalhadores, empregados e da sociedade como um todo.

2 HISTÓRICO DA AIDS

2.1 ORIGEM

O termo Aids vêm da palavra em inglês *AcquiredImmunodeficiencySyndrome*, e que significa síndrome da imunodeficiência adquirida.

Maria Helena Diniz (2006, p.225) em sua obra define a doença como:

SIDA ou AIDS é a síndrome da imunodeficiência adquirida, pela qual o sistema imunológico do seu portador não consegue proteger seu corpo, facilitando o desenvolvimento de inúmeras moléstias, sendo causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV).

A AIDS é uma doença que se inicia pela contaminação através do vírus, que pode acontecer através de inúmeras maneiras, sendo a mais conhecida o meio sexual. Após um lapso temporal variável entre infectados, os mesmo passam a sofrer consequências da doença, já que ao longo do tempo o vírus vai se alojando no organismo do indivíduo, tornando o sistema imunológico fragilizado, em alguns casos até nulo.

Marcelo Soares (2008, p.15) classifica o vírus da AIDS como pequenas partículas, menores que as células do corpo humano, que impossibilitam o organismo de reproduzir as substâncias necessárias para a sobrevivência do infectado, além impedir a criação de anticorpos fragilizando a imunidade do indivíduo contaminado.

Magno Luiz Barbosa (2007, p.26)buscou definir o meio na qual o vírus se manifesta no organismo humano da seguinte forma:

A infecção do indivíduo se dá por meio do *HumanImmunodeficiencyVirus* (vírus HIV), que age diretamente no sistema imunológico da pessoa impedindo o organismo de executar suas funções de forma adequada, tornando-o desprotegido diante de ataques externos de outros vírus, bactérias e até células cancerígenas.

Assim, pode-se afirmar que a AIDS é uma doença que afeta o sistema imunológico do indivíduo, a qual é a parte mais importante do corpo humano, uma vez que esta controla todo o funcionamento do organismo do homem.

Marcos Azevedo (2002, p.35) afirma que o HIV, danifica de forma muito violenta o sistema imunológico do portador, e que por conta disso, as pessoas ficam sucedidas a contrair outras doenças.

É importante ressaltar que não existe nenhum estudo que comprove exatamente quando e onde surgiram os primeiros casos da doença, contudo, os casos pioneiros foram detectados no continente africano, em meados das décadas de 70 e 80, entretanto, não é possível afirmar que tenham sido os originários, conforme revista Mundo Estranho (Como surgiu a AIDS?. 2013, p.1).

Diante das primeiras descobertas, iniciaram-se os estudos da síndrome, os quais ocorreram nos anos 80 nos Estados Unidos da América.

Os médicos americanos começaram a dar ênfase em algumas doenças que eram apresentadas pelos infectados, como a pneumonia, e a partir disso, perceberam que os contagiados encontravam-se com um quadro de imunidade biológica deficitário.

Diante desses estudos, os cientistas puderam verificar que existiam mais de 02 (dois) mil casos de pessoas com o sistema imunológico baixo e, conseqüentemente, conseguiram detectar que as pessoas analisadas estavam com a síndrome da imunodeficiência. (O que é a AIDS ?, 2001, p. 23)

A princípio, essa enfermidade foi vista como uma moléstia ocorrida apenas entre os homossexuais, uma vez que o grande número de pessoas detectadas com a síndrome era encontradas na cidade de Los Angeles, na Califórnia, onde havia uma grande quantidade de casais homossexuais.

De acordo com o artigo do autor Roberto Rillo Biscaro (2013, p.1) existindo uma lacuna na ciência acerca da doença, começaram a especular que a doença apenas poderia atingir a população homossexual.

Com o passar do tempo e com evoluídos estudos acerca do vírus da AIDS, os médicos puderam detectar que o mesmo poderia ser transmitido não só com o contato sexual nas relações homoafetivas, mas, também, entre os casais heterossexuais.

Mais adiante, em meados dos anos 80, os pesquisadores americanos perceberam que existiam grandes infectados pelo vírus do HIV, em razão de serem usuários de algumas drogas intravenosas. Por conseguinte, identificaram que esse vírus

poderia, também, ser transmitido através da agulha contaminada em contato com o sangue humano.

No ano de 1986 surgiu um novo vírus de imunodeficiência, diferente daquele relatado anteriormente. Esse vírus foi detectado a partir de algumas pessoas contaminadas em Guiné-Bissau, no Ocidente da África, conforme relatado por Marcelo Soares (2001, p.28)

Destarte, a partir dessa nova descoberta, afirma-se que não existe só um tipo de vírus da síndrome da imunodeficiência, assim, os pesquisadores colocaram o nome de HIV 1 e HIV 2.

Ana Carolina Vicente (2013, p.1), chefe do Laboratório de Genética Molecular de Microorganismos da Fundação Oswaldo Cruz, definiu e explicou a diferença entre os vírus HIV1 E HIV2:

Os dois têm a mesma ação no organismo humano, mas o HIV-2 produz menos partículas virais que o HIV-1. Como não há tanta partícula no organismo da pessoa infectada, a possibilidade de transmissão é menor, mas ela existe”, Isso significa que, ao ser contaminada, a pessoa demora mais a desenvolver a síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids).

De acordo com o Departamento de AIDS do Brasil (2013, p.1), o primeiro caso no nosso país foi detectado em 1980. Em pesquisa feita pela mesma seção constatou-se que até o ano de 2012 o número de infectados no nosso país já alcançava a marca de 656.701 (seiscentos e cinquenta e seis mil setecentas e uma) pessoas.

No Brasil, a faixa etária de pessoas que apresentam a doença é entre os 25 (vinte e cinco) e 49 (quarenta e nove) anos de idade. O sexo masculino vem apresentando maiores números de incidência dos casos da doença, mas a diferença vem diminuindo em relação ao sexo feminino.

A grande preocupação dos órgãos governamentais, e da própria população é que a faixa etária com maior incidência do vírus é justamente a idade em que o indivíduo apresenta uma capacidade laboral ativa para seu próprio sustento, como também para os seus familiares.

Acontece que, os infectados perdem chances no mercado de trabalho, não pelo acometimento da doença, mas sim pela discriminação dos empregadores ao terem conhecimento de que os trabalhos é portador do vírus de HIV.

Portanto, os trabalhadores que buscam um posto de trabalho não devem ser discriminados por conta da enfermidade adquirida, já que ser portador do vírus HIV não afeta a sua evolução nem capacidade laboral.

O presente trabalho irá analisar mais adiante a estabilidade aos trabalhadores que são portadores do vírus HIV e os doentes de AIDS.

2.1.1 Formas de transmissão

O Vírus HIV é, sem sombra de dúvida, uma das doenças que mais preocupam o ser humano no século XXI, junto com o câncer. A tuberculose, doença devastadora nos anos 70, hoje praticamente erradicada da face da terra, cedeu lugar para estas doenças.

Atualmente, o diagnóstico da AIDS é feito através de exames laboratoriais, por meio da colheita de sangue. Os estudos médicos e pesquisas encontram-se bastante avançados para a busca de uma cura para essa enfermidade, contudo, o que é possível afirmar é que os infectados possuem métodos de controle do avanço da doença através de coquetéis medicinais, que servem para melhorar a qualidade de vida desses indivíduos.

Yara Gurgel (2010, p.180) disciplina que nas relações de trabalho existe um preconceito de que as pessoas que possuem a doença são marginalizadas e excluídas do ambiente de trabalho. Este pensamento discriminatório existe tanto por parte do empregador, como também pelos colegas de trabalho e deve-se salientar que a o vírus HIV não afeta a produção na empresa, bem como expõe outra pessoa ao risco de contaminação.

O preconceito, nos dias de hoje ainda é muito grande em relação aos portadores do vírus. Muitas pessoas chegam a se afastar dos infectados, em face da falta de conhecimento e estudo dos modos de transmissão do vírus, com o pensamento de que o simples contato com a pessoa poderá acarretar na contaminação da doença.

Deste modo, percebe-se que a coletividade necessita ser informada das formas de contágio, de forma que o preconceito diminua, e, conseqüentemente, o portador do

vírus possa transitar na sociedade, além de poder exercer suas funções no ambiente de trabalho de forma igualitária a qualquer pessoa.

No dia 23 de setembro foi emitido o relatório anual feito pelo Programa das Nações Unidas para o HIV/AIDS (Unaid), na qual afirma que a queda da transmissão do vírus HIV teve queda de 33% no mundo, desde a data marco que foi 2001. (Contágio HIV , 2013, p.1)

De acordo com as pesquisas da Unaid (2013, p1.) verifica-se que houve 2,3 milhões de transmissões no vírus no ano de 2012 e, também, existiu uma diminuição no contágio do vírus entre as crianças.

A difusão do vírus HIV acontece de diversas maneiras, dentre as quais se destaca a transmissão do vírus nas formas horizontal e vertical.

Na contaminação de forma horizontal destaca-se a transmissão do vírus nas relações sexuais.

Para que exista a contaminação do vírus através de dois indivíduos é necessário que exista o contato direto, seja de sangue humano ou se secreções dos sistemas reprodutores, tais como, pré sêmen, sêmen e fluidos vaginais.

O médico Pedro Pinheiro (2013, p.1), no blog mdsaúde, afirma que:

O que deve ser feito para evitar a transmissão do vírus através do contato sexual é a utilização de preservativo, o mesmo evita contato entre as partes íntimas. Em uma visão mais radical, alguns doutrinadores defendem que a abstinência sexual é uma das formas de impedir a transmissão do vírus.

A segunda forma ocorre quando a mãe infectada, geralmente através da forma horizontal, engravida e assim contamina o seu descendente.

Não se pode afirmar com exatidão qual é o momento de contágio da mãe para o filho durante os nove meses de gestação, contudo o que os médicos afirmam é que o contágio pode ser estabelecido na fase intra-uterina ou na hora que a mãe está tendo o filho. (Calvet, 2013, p.1)

Outra modo de contágio do vírus HIV, bem incidente nos dias atuais, é através do uso de drogas intravenosas. De acordo com Magno Luiz Barbosa (2007, p.33) o compartilhamento de seringas, que são utilizadas por diversas pessoas para injeção das drogas, pode levar a contaminação do vírus.

Segundo Marcelo Soares (2008, p. 54) a transmissão do vírus HIV por meio de seringas contaminadas vem diminuindo a cada ano, pois existe uma ajuda do governo na conscientização e informatização da sociedade sobre os meios de contágio da enfermidade.

O professor informa em sua obra que uma pesquisa feita pelo Centro de Controle de Doenças dos Estados Unidos no ano de 1986 mais de 60% (sessenta por cento) das pessoas que utilizam drogas intravenosas estavam infectados pelo vírus. Hoje esse número decaiu consideravelmente, uma vez que existiu uma conscientização da população acerca da doença.

A transfusão de sangue, também, é uma das formas pelas quais se contrai o vírus HIV. Ademais, utilização de equipamentos médicos sem estarem esterilizados pode ensejar a contaminação do indivíduo.

Essa forma de transmissão do vírus gera uma grande insegurança no tratamento de doenças, uma vez que o paciente ao receber a transfusão sanguínea com intuito de curar-se de uma dada doença, acaba por conta do procedimento sendo infectada pelo vírus do HIV, em razão do sangue transfundido não ter passado por uma verificação rigorosa.

Por conta do fato acima, os postos de coleta de sangue, tal como EMOBA, na Bahia, passaram a realizar uma triagem rígida, para que a transfusão não seja uma via de contaminação do vírus HIV.

No dias atuais, não há muitos registros nos países desenvolvidos de casos de infecção do vírus por esta via.

Apesar de ter diminuído a via de transmissão do vírus HIV através da transfusão de sangue, pode exemplificar este tipo de contágio do vírus em um caso concreto que ocorreu no Distrito Federal.

A 5ª Turma Cível do Distrito Federal condenou a Fundação Hemocentro pelo contágio do vírus HIV quando realizada uma transfusão de sangue, em 2001, em uma criança que na época possuía apenas dois meses de vida. O contágio do vírus restou configurado, a partir de laudos periciais e, em face do mesmo, discute-se no tribunal acerca do pagamento de danos morais e uma pensão vitalícia ou não para a portadora do vírus. (Revista Consultor Jurídico, 2013, p.1)

Conclui-se então, que as formas de transmissão podem ser evitadas de uma forma simples, bastando que o governo realize uma política de conscientização da população, demonstrando as formas de contágio, e informando os meios de prevenção.

2.2 TRATAMENTO

No século XXI, infelizmente, ainda não se pode afirmar que existe uma cura para esta enfermidade, sendo uma moléstia que preocupa toda a população mundialmente, pois é uma doença que vem atingindo pessoas indiscriminadamente ao redor do mundo.

Estudos de todos os lugares do mundo estão em busca do desenvolvimento da cura, com o objetivo de combater esta doença, mas nenhum remédio eficaz foi desenvolvido e testado ainda.

O mesmo pode dizer em relação às vacinas. A vacinação é uma forma de prevenção de doenças, tal como papeira, HPV, entre outras. Todavia, nenhum tipo de vacina foi desenvolvida para a eficaz prevenção da transmissão do vírus HIV.

Como não existe nenhum medicamento para a cura da AIDS, o tratamento dos pacientes é realizado com a utilização de medicamentos muito fortes para o combate dos sintomas e da progressão da doença, os chamados de coquetéis medicinais.

Esses coquetéis são conhecidos como um conjunto de medicamentos muito agressivos ao organismo da pessoa que tem por finalidade a melhoria na sua qualidade de vida dos infectados.

Em relação a não existência de medicamentos para a cura da doença, José Cabral Pereira Fagundes Junior faz um relato afirmando que:

Todavia, fato é que, no atual estado do conhecimento científico, ainda não existe disponível tratamento eficaz para a doença, que possibilite, ao portador do HIV, a erradicação definitiva do vírus. De resto, mesmo para as outras doenças provocadas por vírus, não existe tratamento médico, no sentido de tomar remédios para matar o agente da doença, como acontece, por exemplo, nas infecções produzidas por bactérias. Nas doenças por vírus, a atitude médica consiste em criar, no organismo, defesa específica contra essa possível agressão, sob forma de administração de

vacinas. É uma atitude preventiva de modo a que, na hipótese de vir a se desenvolver uma infecção, a doença não surja, ou seja tão fraca que o organismo não venha a sofrer por isso e a possa debater com maior facilidade. Entretanto, é de sabença trivial que ainda não foi descoberta vacina para a prevenção da AIDS. (FAGUNDES JUNIOR apud MARGONAR, 2006, p.26)

Desta maneira, os coquetéis, aumentam a sobrevivência dos pacientes, fazendo com que os mesmos tenham uma melhor qualidade de vida e possam conviver, paralelamente, com a doença e sua rotina tanto de trabalho como familiar.

Dessa forma, os pacientes que sofrem com a AIDS devem utilizar os remédios para que seu sistema imunológico não fique tão debilitado e conseqüentemente contraiam outras doenças.

Em relação aos medicamentos utilizados pelos portadores do vírus José Cabral Pereira Fagundes Júnior esclarece um pouco mais acerca do que são e para que servem esses coquetéis, senão vejamos:

Existe, no entanto, um grupo de medicamentos que podem diminuir a multiplicação dos vírus. Não destrói todos os vírus, nem cura a doença, mas reduzindo o número de elementos agressivos, pode retardar a sua evolução. São medicamentos que podem prolongar o tempo de vida, contendo a infecção numa fase anterior ao cataclismo final. São suas as classes de drogas, que até o momento são ministradas para o tratamento do anti-hiv, a saber: inibidores da transcriptase reversa e inibidores da protease. Resulta das suas classes de drogas acima destacadas, a possibilidade de adoção da chamada terapia combinada. (Fagundes Junior apud MARGONAR, 2006, p.26)

Com isso, é importante compreender que os remédios utilizados para o combate da doença são chamados de anti-hiv e os mesmos têm como principal objetivo o bloqueio da replicação viral, que visa tão somente o não crescimento do vírus dentro do organismo da pessoa (BORGES, 2008, p.67).

O mais conhecido remédio utilizado para o tratamento da AIDS é o AZT, também chamado de zidovudina.

De acordo com o entendimento de Marcelo Soares(2008, p.29) o mesmo afirma que:

O AZT bloqueia a atividade do RT da enzima viral, pois imita a estrutura de um nucleosídeo (moléculas que normalmente são utilizadas como substrato da RT para a síntese da cópia do DNA). Uma vez incorporado pela enzima, o AZT se liga nela de forma irreversível, o vírus não mais consegue gerar DNA para integrado no genoma hospedeiro, O RNA viral é degradado com o tempo, e a infecção é abortada dentro da célula.

No Brasil, os portadores do vírus HIV e doentes da AIDS poderão contar, gratuitamente com o tratamento para o combate a doença, com base no artigo 1º da Lei 9.313 de 1996, transcrito a seguir:

Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

Diante do exposto, remata-se que a AIDS é uma doença que até os dias de hoje não existe cura, contudo, com o avanço da medicina verifica-se que já foram descobertos e já estão sendo utilizados pelos especialistas alguns tipos de medicamentos para que o paciente soropositivo possa ter uma vida mais saudável e com mais qualidade de vida.

2.3 DIFERENÇAS ENTRE OS PORTADORES DO VÍRUS HIV

No Brasil, em pesquisa feita ao site do Ministério da Saúde (2013, p.1) extrai-se que existem mais de 44 (quarenta e quatro) milhões de pessoas infectadas com o vírus HIV. Nos dias de hoje, em face da grande preocupação acerca desta moléstia, as ações sociais dos entes públicos estão sendo cada vez mais frequente, visando uma mobilização da população na conscientização sobre a doença, e de suas formas de prevenção e contágio.

Todavia, apesar de grande parte dos brasileiros terem conhecimento da existência da doença da AIDS, e de suas formas de transmissão, estes possuem dúvidas no que tange a diferenciação entre os indivíduos que são portadores do vírus de forma sintomática ou assintomática.

Conforme Wagner Gusmão Reis (2005, p.7) o procedimento existente para a instalação do vírus HIV no organismo do homem pode levar um tempo de até 90 (noventa) dias, contudo para que esse vírus se manifeste no organismo, e os sintomas da AIDS possam ser verificado, pode levar até alguns anos.

O médico Pedro Pinheiro (2013, p.1), no blog msaúde, explica a diferença entre AIDS e o vírus HIV, como exposto a seguir:

É importante diferenciar o HIV da AIDS. HIV é o vírus, enquanto que a AIDS é a doença causada pelo vírus; é possível ter o HIV e não ter AIDS, já que algumas pessoas são carreadoras assintomáticas do vírus. Na verdade, a

maioria das pessoas passa vários anos tendo o HIV, mas sem desenvolver sintomas da AIDS. A média de tempo entre a contaminação com o vírus e o desenvolvimento da doença é de 10 anos.

Isto posto, faz-se necessário fazer a divisão dos indivíduos soro positivo em duas espécies: o indivíduo assintomático, sendo estes aqueles que, apesar de estarem infectados com o vírus HIV, não convivem com nenhum sintoma da doença, e muitas vezes são pessoas que por não fazerem exames de rotina não sabem que possuem o vírus.

Por outro lado, existe o indivíduo sintomático, que convive com a AIDS. Estes passam a sentir os sintomas da doença, bem como a baixa da sua imunidade e as infecções decorrentes desta. Assim, com a grande quantidade do vírus no seu organismo estão suscetíveis a contrair algumas infecções ou doenças que podem levar ao óbito.

Magno Luiz Barbosa (2008, p.32) relata com acerto a evolução da doença definindo quando o paciente é assintomático e quando o mesmo começa a sofrer com os sintomas da doença. Segue a transcrição do professor:

Sua evolução pode ser dividida em 3 fases: infecção aguda, que pode surgir algumas semanas após a infecção inicial, com manifestações como febre, calafrios, sudorese, mialgias, cefaléias, dor de garganta, sintomas gastrointestinais, linfadenopatias generalizadas e erupções cutâneas. A maior parte dos indivíduos apresentam sintomas autolimitados. Entretanto, a maioria não é diagnosticada devido a semelhança com outras doenças virais. Em seguida o paciente entra numa fase assintomática, de duração viável de alguns anos. A doença sintomática, da qual a AIDS é a sua manifestação mais grave, ocorre na medida em que o paciente vai apresentando alterações da imunidade, com o surgimento de febre prolongada, diarreia crônica, perda de peso (superior a 10% do peso anterior do indivíduo), sudorese noturna, astenia e adenomegalia.

Diante dos aspectos apresentados, constata-se que existe uma grande diferença no que concerne o portador do vírus HIV na forma sintomática e assintomática, uma vez que este último não sofre os sintomas da síndrome e o primeiro sofre todas as consequências da mesma.

Apesar do exposto, deve-se destacar que todos os portadores do vírus HIV devem ter maiores cuidados, uma vez que pesquisas demonstram que a morte do doente não tem como via principal a AIDS, mas sim as infecções que o mesmo adquiriu em decorrência da baixa imunidade do organismo.

3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À RELAÇÃO DE TRABALHO

3.1 DIREITO À VIDA

A Constituição Federal afiança a todas as pessoas da sociedade, indistintamente, a garantia dos seus direitos fundamentais. Esses direitos são deveres do Estado de prestar e respeitar.

Os direitos fundamentais são a base essencial para a vida em sociedade dos homens, uma vez que estes devem ser venerados em todas as circunstâncias da vida, e quando o mesmo não for acatado deve ser passível de punição.

Guilherme Penã (2008, p. 521) afirma que o direito à vida abarca os direitos a integridade física, direito a integridade moral, o direito a intimidade e o direito a vida privada.

O direito a vida é considerado o direito mais fundamental de todos que estão abarcados na Constituição Federal. De acordo com Alexandre Moraes (2002, p.34) o direito a vida deve ser visto e respeitado como um pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos do homem.

Em relação à soberania do direito à vida em detrimento dos outros deveres fundamentais pode-se afirmar que:

A existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos a liberdade dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente a sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (FERNANDEZ apud MENDES, 2011, p.287)

O dever de assegurar o direito à vida na sociedade é de competência do Estado. Outro dever que é imputado ao Estado diz respeito à subsistência.

O Estado deve garantir a subsistência das pessoas que compõem aquela sociedade, não podendo existir seres que não tenham o mínimo existencial para manter uma vivência digna.

De acordo com a Constituição Federal, uma pessoa que comete algum ilícito que visa prejudicar a vida de outra deverá responder criminalmente, como exposto no artigo 5º, inciso XXXVIII: É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Diante do artigo exposto, verifica-se a tamanha importância do direito à vida, uma vez que violados ou ameaçados tais direitos os infratores devem ser penalizados.

De forma acertada, Gilmar Ferreira Mendes (2011, p.289) afirma que o direito à vida está intimamente ligado a alguns direitos, tais como: manter uma alimentação saudável e adequada, ter direito a vestuário apropriado, a moradia digna, a prestação de serviços médicos íntegros, educação e a serviços sociais indispensáveis.

Manoel Jorge e Silva Neto (2001, p. 648) reconhece a inviolabilidade do direito à vida. O mesmo afirma que a inviolabilidade não deve ser confundida com indisponibilidade, pois ambas tem significados distintos.

Para ele, a inviolabilidade é a tutela dos direitos que estão dispostos na constituição contra a ação ou omissão de terceiros, enquanto a indisponibilidade diz respeito ao titular de direito que naquele dado momento encontra-se indisponível para receber aquele direito que está posto à sua disposição pelo ente responsável pela tutela.

Dessa forma, o mesmo defende que a inviolabilidade tem proteção da Constituição Federal, de forma que os direitos ligados a ele, como a vida, intimidade, isonomia não podem ser objeto de omissão do Estado ou daquele que está designado para prestá-los.

Em relação aos portadores do vírus HIV e doentes estes devem ter seus direitos fundamentais respeitados, tal como o direito à vida.

O indivíduo doente deve ter o amparo do Estado para a prestação do serviço médico que é realizado pelo Sistema Único de Saúde - SUS. O paciente tem direito gratuitamente a prestação do tratamento. A falta prestação de serviço médico pelo Estado deve ser entendido como uma afronta ao direito constitucional a vida, uma vez que a Constituição assegura este dever ao Estado.

Em decorrência desse dever de tutelar a saúde e o fornecimento de medicamentos ao portador do vírus, pode verificar a ementa de um acórdão da 2ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo:

Saúde Pública Medicamento prescrito ao paciente portador de Síndrome da imunodeficiência humana adquirida (SIDA/AIDS) - Incapacidade financeira do enfermo para adquiri-lo - Direito do paciente e dever do Estado fornecê-lo, gratuitamente, custeado com verbas repassadas pelo SUS - Competência comum da União, Estados e Municípios - Proteção à inviolabilidade do direito à vida - Preceitos constitucionais de eficácia imediata - Medicamento que deve ser aprovado pelo Ministério da Saúde e estar disponível no país.

Diante do exposto, frisa-se que o portador da Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida - AIDS tem direito ao fornecimento de medicamento gratuito, e o não fornecimento deve ser considerado uma afronta ao princípio à vida garantido pela Constituição.

Ademais, a falta de fornecimento dos coquetéis de medicamentos para tratamento dos soropositivos influencia diretamente na condição de trabalhos dos mesmos, visto que são os medicamentos que controlam os sintomas da doença, assim como impedem sua evolução, proporcionando condições do infectado de manter seu posto de trabalho.

Assim, o direito fundamento à vida está intimamente conectado à condição dos infectados de conseguirem manter seu posto de trabalho, visto que são os medicamentos fornecidos pelo Estado que permitem os mesmos a continuar com sua capacidade laborativa inalterada.

Diante do exposto, quando o Estado cumpre seu papel e respeita os direitos fundamentais este proporciona aos seus cidadãos, no caso deste trabalho, os infectados, de manterem seus postos de trabalho.

3.1.2Direito à privacidade, intimidade e da vida privada

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso X, buscou proteger a privacidade, intimidade e a vida privada. O inciso citado afirma que:são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Flavia Bahia (2012, p.119) afirma que o direito à privacidade e à intimidade devem ser analisados conjuntamente, uma vez que protegem a liberdade da vida privada, mas não podem ser estudados como um mesmo direito. Tanto a intimidade como a vida privada buscam resguardar a esfera secreta do indivíduo e suas particularidades.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior(2010, p.660) afirma que o direito à privacidade, deve ser entendido em seu sentido amplo, uma vez que a privacidade pode abarcar tanto a intimidade como a vida privada do indivíduo.

Leo Holthe (2008, p. 289) define a vida privada a partir de um conceito subjetivo e amplo, na qual este se submete a todos os relacionamentos da pessoa, tanto na relação familiar como na relação de trabalho no caso do portador do vírus HIV.

O direito à privacidade passa a incidir a partir do momento que haja uma intervenção na esfera individual ou familiar de outro, visando impedir a divulgação de informações confidenciais.

Já o direito a intimidade é abarcado pela constituição e este tem natureza de direito subjetivo autônomo, uma vez que a Constituição Federal buscou diferenciá-lo dos direitos da privacidade e da vida privada.

Ferreira Filho conceitua o direito à intimidade e vida privada como:

A Intimidade relaciona-se as relações subjetivas de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos,inclusive objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho , estudo e etc. (FERREIRA FILHO apud MORAES, p.54).

A intimidade é, portanto, o segredo que a pessoa tem e não quer que seja objeto de divulgação entre as pessoas. A intimidade esta relacionada à esfera íntima, no âmbito, no qual só deverá ser partilhada com pessoas que o detentor entender necessário.

A Constituição assegura que a divulgação de fotos e notícias ofensivas à intimidade da pessoa podem gerar uma indenização moral e material. Dessa forma, a divulgação de informações que invadam a esfera da intimidade do indivíduo deve ser motivo de indenização.

O portador do vírus HIV e o doente da AIDS devem ter sua intimidade preservada, visto que é um direito fundamental dos mesmos a não divulgação da sua condição, uma vez que esses pacientes ao descobrirem a doença são discriminados por uma parcela da população.

No que tange à contratação, ou até mesmo no curso de um contrato de emprego, não pode ser exigido o exame que detecta a existência da doença aos portadores do vírus, uma vez que a intimidade destes indivíduos estaria sendo violada, salvo em casos de profissões que envolvam risco de contaminação para outras pessoas.

Alice Monteiro de Barros (2013, p. 940) afirma que:

Em face das específicas vias de transmissão do vírus, a declaração internacional sugere não se deve exigir a investigação da HIV/ AIDS antes da contratação, como etapa de seleção para o trabalho, e acrescenta que o empregado não deve ser obrigado a informar ao empregador acerca de sua situação relacionada com o HIV/ AIDS.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, no entanto, exige no artigo 168 que o empregador realize exames médicos nos seus empregados na admissão, demissão e periodicamente para averiguar a aptidão física e mental daquele obreiro para realização das suas atividades laborais.

Entretanto, uma prática está sendo aplicada por algumas empresas que consiste em exigir o exame para detectar o vírus HIV na admissão do seu funcionário.

Contudo, o exame para detectar a doença é ilegal e não pode ser realizado na admissão, uma vez que esta conduta pode ser caracterizada como discriminatória. Além do que, existem portadores do vírus HIV assintomáticos, como tratado no capítulo anterior, nos quais apesar de possuírem o vírus não tem nenhuma alteração no seu organismo e podem manter as suas atividades laborais normalmente.

Todavia, quando o contrato de trabalho for para uma atividade que envolva o risco de contaminação a terceiros, a empresa poderá exigir o exame para detectar a síndrome, mas com a expressa autorização do empregado. O empregador deve sempre respeitar a intimidade do seu funcionário, não podendo realizar o teste clandestinamente.

Um exemplo que pode ser dado em relação a essas atividades que envolvam risco de contaminação é o do cozinheiro e do médico. O mesmo ao desempenhar sua atividade na empresa ou no hospital pode ocorrer de se cortarem e existir o

sangramento e a proliferação do vírus. O sangue, como já explicitado, pode ser uma forma de transmissão do vírus HIV.

Diante do exposto, pode-se verificar que esta prática de realização de exames médicos sem a autorização do empregado é vedado pela Constituição, posto que a mesma vai de encontro a proteção da intimidade.

Conforme anteriormente citado, é ilegal a exigência de exames específicos, além dos admissionais, para a contratação dos empregados, entretanto, não pode-se negar atendimento a estes pacientes.

Na Resolução n. 1.359 de 1992 do Conselho Federal de Medicina do Brasil, nos artigos 1º e 2º afirmam que o médico tem obrigação de atender aos portadores do vírus HIV para realização de exames médicos.

Art. 1º - O atendimento profissional a pacientes portadores do vírus da imunodeficiência humana é um imperativo moral da profissão médica, e nenhum médico pode recusá-lo.

Art. 2º - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes com AIDS; isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra de sigilo mesmo após a morte do paciente.

Parágrafo único - Será permitida a quebra do sigilo quando houver autorização expressa do paciente, ou por dever legal (ex.: notificação às autoridades sanitárias e preenchimento de atestado de óbito) ou por justa causa (proteção à vida de terceiros: comunicantes sexuais ou membros de grupos de uso de drogas endovenosas, quando o próprio paciente recusar-se a fornecer-lhes a informação quanto à sua condição de infectado).

Contudo, o médico, ao diagnosticar que o paciente é portador do vírus HIV, não deve informar a moléstia ao empregador, uma vez que o dever do médico é informar acerca da capacidade daquele obreiro para desenvolver aquela determinada função. Isso porque a AIDS é uma doença que tem o dever de confidencialidade, e deve ser respeitada a intimidade do paciente. (BARROS, 2003, p.943)

Conclui-se, portanto, que o direito à intimidade é um direito fundamental garantido pela constituição e este deve ser respeitado, principalmente, no que concerne ao portador do vírus HIV na sua relação de trabalho.

3.1.3 Princípio da Igualdade

A igualdade entre as pessoas também é um dos direitos fundamentais que são tutelados pela Constituição Federal.

A igualdade pode ser diferenciada em dois alicerces, uma igualdade formal e uma igualdade material.

A primeira é aquela exercida perante a lei, ou seja, não devem existir distinções legislativas para pessoas iguais que não estejam autorizadas pela Carta Magna. Este tipo de igualdade se refere a não utilização da discriminação quando a houver criação e a aplicação de uma lei.

Por outro lado, a igualdade material é aquela que tenta tratar de forma desigual as pessoas que tem menos privilégios, ou seja, tratar os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade. (LENZA, 2005, P. 521)

Na relação de trabalho pode-se verificar essa posição de desigualdade entre o obreiro e seu empregador. E em face disto, criam-se princípios e regras para que os dois pólos possam ficar em posições igualitárias.

Dirley da Cunha Junior (2010. p.662) com acerto discorre sobre o momento em que se aceita o tratamento desigual, estes que são autorizados por lei, a seguir:

O fato de a lei, só por si, conter algum fator discriminatório, qualquer que seja ele, não é suficiente para se considerar ofendida a cláusula a igualdade. As leis podem discriminar. Aliás, é o que fazem. Contudo, as discriminações legais, segundo leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, só se coadunam com o dogma da igualdade se existir uma pertinência lógica entre a distinção inserida na lei e o tratamento distintivo dela consequente.

Dessa forma, o Estado começou a intervir na esfera individual de cada pessoa para que a igualdade material fosse respeitada, visto que as pessoas não são todas iguais, existindo algumas diferenças que devem ser tuteladas pelo Estado de direito para que a igualdade seja aplicada de forma coerente.

O artigo 3º, inciso IV da referida Carta, afirma que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A partir da análise do supracitado artigo deve-se concluir que as pessoas devem ser tratadas de formas isonômica, independente de sua cor, ética e classe social.

A CF também exacerba no artigo 5º que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem existir distinção de qualquer natureza.

A constituição previu a igualdade de aptidão entre todos os indivíduos da sociedade, ou seja, todas as pessoas devem ter tratamentos idênticos perante o Estado, em detrimento do ordenamento jurídico.

De acordo com o pensamento de Alexandre de Moraes (2012, p.35) o princípio da igualdade deve ser aplicado em leis e atos normativos que impeçam o tratamento desigual as pessoas que estão em patamar de igualdade idênticos.

No mesmo sentido, este princípio deve ser aplicado para as decisões tomadas pelas autoridades públicas quando estiverem praticando quaisquer atos públicos.

Ademais, a Constituição ao tratar do princípio da isonomia ela abarca não só o tratamento das relações pessoas, mas também o campo das relações de trabalho, uma vez que no artigo 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, também trata da igualdade entre direitos dos trabalhadores, conforme transcrito abaixo:

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

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

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

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

Conclui-se, pela na leitura do presente artigo, que a isonomia deve ser aplicada nas relações empregatícias, não podendo o empregador se recusar a admitir um funcionário em função de sua cor, raça e sexualidade.

Salienta-se que, os portadores do vírus HIV devem ser respeitados isonomicamente, uma vez que a constituição esclarece que todos devem ser tratados de forma igual.

Ser portador de um vírus ou uma doença não deve ser objeto de tratamento diferenciado, uma vez que a pessoa que possui apenas o vírus e seja assintomático tem a mesma capacidade para laborar e fazer obrigações que sua profissão exija como uma pessoa que não seja soropositivo.

Claudia Lima Marques (2013, p. 114) afirma que: “tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com “equilíbrio e calma” é mais do que o princípio da igualdade, é a equidade, uma solução justa para o caso concreto.”

Dessa forma, percebe-se que a Constituição Federal buscou proteger a individualidade e o tratamento igualitário dos cidadãos, assim como os princípios citados servem como base para a criação e desenvolvimento das diversas ramificações do Direito.

3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

No Direito do Trabalho os princípios têm um papel fundamental para um bom desempenho de todo o vínculo empregatício, bem como, para tutelar algumas práticas abusivas. Estes devem ser respeitados em toda a relação de trabalho firmada.

Nos dizeres de Marcelo Alexandrino, “os princípios costumam ser conceituados como as diretrizes mestras de um sistema, como fundamentos ou regras fundamentais de uma ciência”. (2005, p.27).

Alice Monteiro de Barros (2009, p.167) afirma que “tanto os princípios gerais do direito como os princípios peculiares do Direito do Trabalho atuam como processo de heterointegração diante da lacuna da lei”.

Com base nos dizeres da autora percebe-se que numa relação trabalhista, quando não existe uma lei específica para aquele determinado caso concreto, a lei autoriza a aplicação dos princípios gerais do direito, bem como dos princípios específicos do direito do trabalho.

Sergio Pinto Martins (2009) define em sua obra as funções dos princípios como informadora, normativa e interpretativa. Com isso a função informadora seria a fonte inspiradora do legislador e o fundamento para a criação das normas jurídicas. A função normativa seria em caso de lacuna ou omissão da lei. E por fim, a interpretativa, como o nome já afirma, seria a orientação aos aplicadores da lei.

Com base nisso observa-se o artigo 8º da CLT:

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

A partir do artigo 8º da CLT verifica-se que a própria lei autoriza a utilização dos princípios ou das jurisprudências gerais na falta de uma legislação específica. Resta claro que os princípios tem uma função importantíssima na base de qualquer direito, especialmente, no Direito do Trabalho, uma vez que ele irá orientar o juiz na sua fundamentação. Ademais, o legislador não é capaz de prever todas as situações, e é através dos princípios que em caso de lacuna ou omissão da legislação os julgadores devem se apoiar para decidir.

3.2.1 Princípios Gerais aplicáveis ao direito do trabalho

O Direito Civil tem uma grande relação com o Direito do Trabalho. Os negócios jurídicos como os contratos individual de trabalho, assim como coletivo advém do Direito Civil, e, desta forma, pode-se afirmar que alguns princípios da área civilista devem ser respeitados da esfera trabalhista.

Os princípios devem ser aplicados em toda a relação de emprego, contudo, é preciso salientar que não são apenas os princípios especiais do Direito do Trabalho que poderão ser aplicados na relação de emprego, os princípios gerais do direito tem grande relevância nessa esfera, uma vez que os temas do direito estão interligados entre si.

Com acerto, Sergio Pinto Martins (2013, p.70) diz que existem princípios que são comuns ao direito em geral, e, por exemplo, a alegação de falta de conhecimento do direito. Dessa maneira, um obreiro não pode afirmar que não praticou determinado ato pois não conhecia aquela lei ou aquele ato.

Desta forma, percebe-se que as leis devem ser respeitadas por todos os indivíduos de uma sociedade, e que não se pode deixar de cumprir determinado dever jurídico alegando que a norma era desconhecida. Todo cidadão tem direito de ter acessos às leis, além de estas permanecerem disponível em diversos sítios, tais como órgãos públicos e na internet para livre acesso.

O princípio da boa-fé é um princípio basilar e deve ser observado em qualquer relação jurídica ou negócio jurídico que uma pessoa irá concretizar. A pessoa

sempre deve estar respeitando a boa-fé para todos os atos que queira praticar na sua vida.

Todos os contratos seja ele civil, empresarial, trabalhista, etc. devem ser regidos a partir da boa-fé contratual. Nos contratos trabalhistas o empregado tem como obrigação realizar as suas funções e atividades no ambiente de trabalho, e por outro lado o empregador deve respeitar as funções e diretrizes que ficaram estabelecidas no contrato de trabalho que foi celebrado.

O princípio da boa-fé tem respaldos da legislação civil e, por conta disso, os contratantes devem respeitá-lo durante não só o período que fora acordado, como também após um lapso temporal da extinção do contrato. Para se entender melhor transcreve-se o artigo 422 do Código Civil Brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O princípio da autonomia da vontade, também é outro princípio geral que deve ser aplicado nas relações contratuais de trabalho.

Amauri Nascimento (2009, p.385) define o referido princípio como:

O princípio está presente nas relações de trabalho, na esfera das relações individuais de trabalho, com interferências mais amplas da lei, o que explica a maior normatividade do direito do trabalho, uma vez que não é negado o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, quer pela vontade unilateral, quer pelo concurso de vontade.

Em face da análise dos dizeres de Amauri Nascimento percebe-se que as partes estão livres para celebrar qualquer contrato e que este princípio deve tutelar o empregado e o empregador, uma vez que ninguém está obrigado a fazer nada se não por força de lei.

O princípio do *pacta sunt servanda*, também, deve ser respeitado na relação trabalhista, uma vez que a partir dele as partes se obrigam ao longo do vínculo de emprego a cumprirem aquilo que estava definido no contrato de emprego que foi aceito e assinado por ambas as partes.

Amauri Nascimento (2009) de forma coerente afirma que o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser respeitado tanto das relações individuais de trabalho como nas relações coletivas como uma característica primeira da atividade negocial da qual resultam as cláusulas do contrato individual e das convenções coletivas de trabalho.

Entretanto, deve-se observar que este princípio se encontra mitigado no Direito do Trabalho, já que existem impedimentos para revisar as cláusulas que acarretem em prejuízos ao trabalhador.

O princípio da *exceptio non adimpleticontractus*, é um dos principais princípios gerais que deve ser observado na relação de emprego. O mesmo assegura que nenhum dos contratantes pode exigir o implemento da obrigação antes mesmo de cumprir sua parte no pactuado.

O referido princípio é expressamente refletido no artigo 476 do Código Civil que diz: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro.”

De forma correta o doutrinador Sergio Pinto Martins (2013, p. 71) analisa que em face do princípio da *exceptio non adimpleticontractus* o empregado só deverá receber sua remuneração ao final de cada mês se trabalhar corretamente, respeitando suas funções. E, por outro lado, o empregador só deverá arcar com suas obrigações de pagamento do salário, a partir do cumprimento das obrigações por conta do trabalhador.

Todo contrato bilateral tem seus direitos e suas obrigações e com isso as partes contratantes devem respeitá-las. Com base nisso, os contratos trabalhistas, que são bilaterais, devem seguir esta mesma diretriz e respeitar a função social dos contratos.

3.2.2 Princípios específicos do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho recepciona e utiliza nas suas relações de emprego os princípios gerais, em especial, os de Direito Civil. Contudo, o legislador percebeu ser necessária a criação de princípios específicos que norteiam o Direito do Trabalho e a relação do patrão com o empregado.

Nos dizeres de Luciano Martinez (2012, p.84): “os princípios ocupam espaço central, informando uma lógica protecionista. Partindo dessa ideia é de que o direito laboral protege o trabalhador contra suas próprias fraquezas”.

A partir da tese do doutrinador, percebe-se que os princípios do direito do trabalho tem o objetivo de proteger o trabalhador, contudo o empregador também poderá invocar os princípios do direito do trabalho para tutelar uma relação trabalhista.

O princípio da continuidade da relação de emprego é o primeiro princípio a ser mencionado neste trabalho.

Nos dizeres de Américo Plá Rodriguez (2004) o princípio em análise, é a atribuição da relação de emprego a mais ampla duração possível, sob todos os aspectos.

Face o exposto, verifica-se que o vínculo empregatício é por tempo indeterminado e somente em alguns casos previstos em lei que o contrato inicial já tem um tempo determinado para a sua finalização.

Uma forma de resguardar os empregados é através da proteção na relação de emprego, buscando fazer com que o contrato trabalhista tenha o maior tempo de duração possível, sendo possível essa tutela através do princípio da continuidade da relação de emprego.

A súmula n. 212 do TST trata explicitamente desse caráter indeterminado do contrato de emprego :

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.

O princípio da Proteção, também deve ser objeto de análise, pois o mesmo tem como principal objetivo tutelar a parte hipossuficiente na relação empregatícia, que seria o trabalhador, e , por conta disso, o direito do trabalho prevê um princípio que proteja este.

Sendo a melhor explicação encontrada de Luiz de Pinho Pedreira (1996, p.19) que afirma:

O motivo dessa proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro. Cujas superioridades lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.

Desta forma, o direito do trabalho assegura este princípio ao trabalhador com o fundamento que na relação de emprego existe uma desigualdade econômica e fática, além de um estado de sujeição e vulnerabilidade do empregado.

Outro princípio que deve ser abarcado é o da norma mais favorável. Pode-se afirmar que este princípio reza que quando existir mais de uma norma que trate de assuntos semelhantes deve-se aplicar aquela norma que seja mais favorável ao obreiro, visto que o mesmo é a parte hipossuficiente da relação contratual.

Nos dizeres de Vicente Paulo (2009, p.29) quando existir uma obscuridade em relação ao significado de um dispositivo há de se aplicar a interpretação que assegure prevalência ao trabalhador, esta seria uma aplicação analógica do princípio.

Contudo, em relação ao princípio da norma mais favorável existem três exceções, a primeira é que através de leis governamentais pode-se prever a não utilização da norma mais favorável ao trabalhador. A lei de ordem pública seria a segunda exceção, visto que a mesma visa alcançar toda uma sociedade, e o interesse público prevalece sobre o interesse privado. E por fim, as negociações coletivas que venham diminuir as vantagens que seriam atribuídas à aquela categoria.

Entende-se pelo princípio *in dubio pro operário* que em caso de dúvida em relação a lei ou norma que deve ser aplicado ao caso concreto, prevalece aquele que seja mais favorável ao trabalhador.

Luciano Martinez (2012, p.89) afirma que diante de uma única disposição, que ensejem diversas interpretações, deve prevalecer aquela interpretação que seja mais favorável ao empregado.

Salienta-se que essa interpretação para o trabalhador não é exclusiva do direito do trabalho. No direito civil nos contratos de adesão quando existem em caso de diversas interpretações de uma cláusula deve prevalecer a mais favorável ao aderente.

Desta forma, veja-se: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”.

O princípio da norma mais favorável e do *in dubio pro operário* deram ensejo a inalterabilidade em prejuízo do trabalhador das condições de trabalho, estas devem ser respeitadas na forma mais benéficas que foram estabelecidas no contrato de trabalho assinado ou no regulamento da empresa. Pode-se entender como um direito adquirido pelo empregado que o empregador não pode mais retirá-lo.

O artigo 468 da CLT trata da alteração contratual que visa prejudicar o empregado. Veja-se:

Art. 468 Nos contratos individuais desse trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Outro dispositivo da lei que é de grande importância explicitar em relação ao princípio da condição mais benéfica ao trabalhador é a Súmula n. 51, 1 do TST. Esta afirma que: “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

Para a não observância do princípio acima discutido o empregador deve respeitar alguns requisitos. A alteração contratual não pode prejudicar a saúde física, mental e social do trabalhador, bem como a mesma deve estar estabelecida no contrato de emprego, regulamento ou deve prática comum no local de trabalho.

Por outro lado, o princípio da primazia da realidade é aquele pela qual a realidade dos fatos prevalece sobre a forma.

Nos dizeres de Vicente Paulo (2009, p.31) no direito do trabalho, os fatos e a realidade valem muito mais do que meros documentos que são apresentados.

Este princípio visa impedir a fraude do empregador para mascarar uma situação desfavorável ao empregado. Luciano Martinez (2012) entende que quando a realidade mascarada é efetivamente visualizada, os atos praticados são convertidos a nulos, por força do artigo 9 da CLT, que afirma que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

O princípio da inalterabilidade *in pejus* afirma que na relação de trabalho aquilo que foi acordado no contrato de trabalho não pode ser modificado por vontade única e exclusiva do empregador.

O empregador não pode fazer alterações contratuais unilaterais, pois ao assinar os contratos existiu a manifestação de vontade de ambas as partes, e para que exista alguma alteração contratual deve ser respeitada, também, a vontade real do empregado.

Destaca-se que, é vedado no ordenamento jurídico, em face do princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*, que seja alterado uma cláusula contratual que venha prejudicar o trabalhador.

O artigo 444 da CLT confirma estes dizeres:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

O último princípio objeto de análise é a indisponibilidade de direitos. Luciano Martinez (2012, p.90) entende que o princípio indisponibilidade ou irrenunciabilidade tem como base a tutela do empregado e caso o empregado renuncie os direitos trabalhista estes serão considerados nulos de pleno direito.

O artigo 9 da CLT preceitua que: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Com isso verifica-se que o empregado não pode dispor de seus direitos trabalhistas na relação de trabalho, uma vez que a própria CLT tem a preocupação de vedar expressamente.

4 ANÁLISE ACERCA DA ESTABILIDADE

4.1 ESTABILIDADE

O presente capítulo tem como papel principal explicitar o conceito de estabilidade, bem como a natureza jurídica, as suas espécies, histórico e análise de algumas estabilidades que são concedidas mediante lei.

A estabilidade no Direito do Trabalho é uma garantia ao empregado, visto que quando o mesmo usufrui desse direito, este não poderá ter seu contrato de empregado resilido.

No que tange a estabilidade do portador do vírus HIV, verifica-se necessária a análise acerca deste instituto para que possa concluir se o mesmo deve gozar dessa garantia quando tiver seu contrato de trabalho resilido.

4.1.1 Conceito

A estabilidade surgiu em detrimento da proteção do empregado que se encontra em específicas situações, com o objetivo de que essa relação de emprego seja a mais duradoura possível, além de ter o intuito de o empregado ter uma sensação de estabilidade e a partir desse sentimento o mesmo começa a criar expectativas para o futuro da sua vida.

No Dicionário Silveira Bueno(ano 2000, p.324) pode-se extrair que estabilidade é: "Qualidade daquilo que é estável; solidez, segurança: Fig. Permanência, duração, segurança: a estabilidade do poder."

Nos dizeres de Jair Aparecido Cardoso (2008, p.29) o termo estabilidade tem sua origem do latim e tem diversos significados, como por exemplo, a imobilidade, segurança e garantia. Esta estabilidade visa garantir ao empregado uma segurança na relação de trabalho, uma vez que o mesmo não pode ter seu contrato resilido, salvo em face de faltas graves.

Segundo Maurício Delgado (2009, p.1144), estabilidade diz respeito a:

Vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção in definitiva no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vantagem do empregador.

Desta forma, a estabilidade no curso do contrato de trabalho diz respeito ao direito que é conferido ao empregado de não poder ter seu contrato resiliado, senão em hipóteses que estão pactuadas no contrato de emprego ou nas hipóteses de justa causa prevista na CLT (CASSAR, 2012, p. 1176)

Uma das principais causas que ensejam a estabilidade ao empregado no trabalho é que esta garantia possibilita que o mesmo tenha uma fonte de subsistência e desta forma mantenha um equilíbrio naquela etapa da vida.

4.1.2 Natureza Jurídica da Estabilidade

A natureza jurídica da estabilidade é de suma importância para a sua aplicação nas relações de trabalho.

Nesta linha, pode-se dizer que existem algumas teorias para defini-la. Os doutrinadores, no Brasil, dividem a natureza jurídica da estabilidade em algumas teorias. Sendo estas: proprietárias, do termo contratual, institucionalista e extracontratual.

A teoria proprietária é defendida por Paul Durant e Cabanelas (1988) e afirma que a estabilidade trabalhista deve ser considerada a partir do momento que esta é tutelada pela lei. Então, para este doutrinador, basta que se tenha uma legislação que trate da estabilidade a mesma deve ser respeitada.

Zéu Palmeira Sobrinho (2002, p. 34) em seus dizeres afirma que essa teoria tem influência romanista, uma vez que a estabilidade sendo observada do aspecto do direito real, pode ser adquirida por usucapião. Com o decurso do tempo e da boa-fé o indivíduo poderia usucapir aquele bem.

Contudo, essa não é uma teoria muito utilizada, uma vez que a relação de emprego esta delimitada pela lei e pelo contrato social e que não poderia mais suscitar que a simples continuidade do contrato geraria uma estabilidade ao trabalhador.

Outra teoria da natureza jurídica da estabilidade é a do Termo Contratual.

Délio Maranhão (1992, p.240) entende que no contrato civil quando existe uma dúvida acerca de algum termo, este se presume para favorecer o devedor. Contudo, na relação de emprego cada momento uma parte é considerada devedor e credor. Com isso, o termo só seria considerado se favorecesse as duas partes contratuais.

Desta forma, o mesmo continua afirmando que essa teoria não abarcaria a extinção da estabilidade em decorrência do evento morte, pois os fatos jurídicos da morte não são considerados termos do contrato.

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 770) entende que a natureza jurídica contratual é uma forma jurídica de conservar a relação empregatícia em face da existência de um contrato.

Conclui-se, portanto, que a teoria do termo contratual também não é a mais utilizada pelo ordenamento brasileiro, uma vez que não é usual no contrato de emprego existir uma cláusula que garanta ao empregado a estabilidade. A aplicação mais utilizada da estabilidade é aquela mediante autorização legal.

A teoria institucional entende que a estabilidade como todas as obrigações e deveres de uma relação de emprego são criadas pela empresa que esta regendo o contrato de trabalho e, com isso, a empresa tem o dever de criar a estabilidade no bojo do seu contrato. Zeu Palmeira Sobrinho (2002, p.34) diz: “É a vontade da empresa que cria direitos e obrigações das partes, inclusive a estabilidade”.

A crítica feita a essa teoria é que uma vez a estabilidade sendo de criação da empresa esta poderia ser extinta a qualquer momento, uma vez que a empresa teria a prerrogativa de criar e poderia no seu contrato afirmar que a mesma poderia ser retirada, pois ela seria a detentora deste direito.

Por último, classifica-se a natureza jurídica da estabilidade como extracontratual. Para quem defende essa teoria, a estabilidade conferida ao empregado seria uma forma de segurança social.

Em face desta teoria, o objetivo é garantir ao trabalhador algumas oportunidades, como sendo a estabilidade o meio para que o mesmo garanta a sua sobrevivência, como tutela do direito do trabalho, como o direito a propriedade do emprego, entre outros. (BARROS, 2012, p.771)

Após a análise da natureza jurídica do instituto da estabilidade, resta-se necessária analisar as suas espécies.

4.1.3 Espécies de Estabilidade

Existem duas espécies de estabilidade são estas a convencional e a legal.

A estabilidade convencional decorre de um contrato. Esta deve ser pactuado entre as partes, empregado e empregador. No referido pacto contratual deve existir as especificação acerca das hipóteses e possibilidades do empregador ter direito a estabilidade.

A estabilidade convencional pode ser exercida mediante acordo entre as partes, no qual as duas partes pactuam os deveres e direitos para que seja aplicada a estabilidade. Outra forma de existir a estabilidade convencional é quando empregador utilizando-se do contrato de trabalho prevê que em algumas situações específicas o seu empregado poderá gozar da estabilidade. (Antonio Carlos Oliveira, 2012)

Por fim, a estabilidade contratual também poderá ser decretada mediante convenções e acordos coletivos de trabalho.

A segunda espécie de estabilidade que é muito utilizada pela legislação e pelos empregadores do Brasil é a estabilidade legal.

A estabilidade legal é decorrente de norma e esta deve ser aplicada necessariamente nos casos em que estiverem designados, através do rol taxativo. A não concessão da estabilidade legal por conta da empresa podem dar ensejo a indenizações à mesma.

A estabilidade legal pode ser decomposta em duas espécies: definitiva e provisória. A estabilidade definitiva é aquela aplicada aos obreiros que completavam dez anos de contrato de trabalho sem interrupções, com o mesmo empregador.

A estabilidade provisória, por sua vez, é aquela concedida por lei a algumas pessoas, tais como a empregada gestante, aos dirigentes sindicais, diretores de cooperativas, membros do CIPA, entre outros.

4.1.4 Histórico

De acordo com Vicente Paulo (2005, p.406) a estabilidade no emprego existe no Direito Brasileiro desde 1923, com a chamada Lei de Chaves. Essa lei garantia o emprego aos ferroviários depois de 10 anos de serviço efetivos prestados à empresa, ressalvada hipótese de cometimento de alguma falta grave.

Em 1943, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho e no seu bojo trouxe a estabilidade definitiva. Esta estabilidade definitiva foi criada no período que no Brasil existia pouca mão de obra e por esse motivo foi concedido aos trabalhadores que tivessem dez anos de serviço completos, uma relação contínua de emprego com o empregador. (Antonio Carlos, 2012,)

Esta estabilidade definitiva está disciplinada no artigo 492 da CLT que afirma que:

O empregado que contar mais de 10 anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

§ único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Esta estabilidade decenal também conhecida por definitiva é personalíssima, uma vez que deve ser aplicado a aquele empregado que se encaixar em todos os requisitos para a garantia deste direito. Esta estabilidade também é considerada como *opejudicise* absoluta.

Com o passar do tempo, a mão de obra foi aumentando progressivamente ao passo em que o direito à estabilidade foi diminuindo proporcionalmente. As empresas começaram a demitir os funcionários antes que estes completassem os 10 (dez) anos de vínculo empregatício, justamente para que não fosse concedida a continuidade para estes trabalhadores. (OLIVEIRA, 2012)

Por conta desses entraves, na década de 60 (sessenta), foi criado o FGTS, um direito concedido aos trabalhadores que tinham dez anos de vínculo. A partir deste momento os trabalhadores poderiam optar pelo regime de estabilidade decenal ou pelo regime do FGTS. (Bernardes, 1989, p. 435)

O FGTS conforme entendimento de Amauri Nascimento (2009, p.117) é um sistema de depósitos efetuados pelo empregador em conta bancária do empregado, sob

gestão da Caixa Econômica Federal, e com um Conselho Curador, para utilização pelo trabalho em hipóteses previstas em lei.

Desta forma, ao longo do seu período de contrato de emprego, o seu empregador ficaria responsável por depositar todo mês o equivalente a 8% (oito por cento) do valor percebido como salário em uma conta estabelecida por lei. (NASCIMENTO, 2009, p. 118)

Com o advento da Constituição em 1988, o FGTS passou a ser direito obrigatório a todo o trabalhador brasileiro e com isso passou a não mais existir a possibilidade de escolha entre o regime de estabilidade decenal ou recebimento do fundo de garantia.

O direito do trabalhador pode ser encontrado no artigo 7º da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. III - fundo de garantia do tempo de serviço”.

Vólia Bonfim Cassar (2012, p.273)afirma que com o advento da Lei n. 8036 de 1990 os obreiros que ainda não tinham adquirido a estabilidade decenal até a promulgação da carta não poderia mais optar pela estabilidade decenal, salvo se estivesse no contrato de trabalho pactuado pelo empregado e seu trabalhador.

Dessa forma, verifica-se que a estabilidade decenal, ainda existe no Brasil, porém aplica-se este regime, apenas, àqueles empregados que antes da criação da Constituição Federal já possuíam a estabilidade decenal.

O outro tipo de estabilidade instituída por lei é a chamada estabilidade provisória. Alice Monteiro de Barros (2008, p.980) afirma que:

Os trabalhadores brasileiros desfrutam da chamada, impropriamente, “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial, a qual garante o emprego, dentro de limites temporais, em virtude de interesse da categoria ou circunstâncias especiais. Muitas dessas estabilidades provisórias foram criação da jurisprudência e estão inseridas em leis.

Desta mesma forma, Marcelo Alexandrino (2005, p.407) define a estabilidade provisória ou especial são conferidas a certos empregados mediante lei em razão de alguma circunstância especial na sua relação de trabalho. Estas são chamadas de provisórias, uma vez que o empregado só tem direito a elas enquanto perdurar a situação que lhe deu origem.

O direito a estabilidade provisória é concedido em algumas hipóteses que serão analisadas a diante.

4.1.5 Estabilidade da empregada gestante

A primeira estabilidade provisória a ser discutida neste projeto é da empregada que engravidou no curso do seu contrato de trabalho.

A Constituição protege essa trabalhadora para que após a gravidez ela possa ter estabilidade no emprego. Esse tipo de estabilidade visa proteger não só a figura da mulher, mas também, o nascituro. Essa espécie de estabilidade tem previsão Constitucional, conforme visualiza-se no art. 10, II, b, da ADCT: “Art.10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, inciso I, da Constituição: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”

A CLT no artigo 391 tratou da impossibilidade da demissão das empregadas quando estivesse no seu período de gestação afirmando que não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Dessa forma, a CLT procurou garantir a empregada a estabilidade no emprego durante o seu período de gestação.

Conforme o entendimento de Volia Bonfim Cassar (2012, p. 1194) o legislador procurou evitar que a mulher, ao descobrir que estava gestante, não sofresse discriminação no seu ambiente de trabalho, fazendo com que a mesma não pudesse ficar desempregada durante a gestação, uma vez que o salário seria necessário para a sua subsistência e a do futuro descendente.

Por força da súmula n. 244 do TST, antes da alteração em 14 de Setembro de 2012, afirmava que a empregada que estivesse grávida ou descobrisse a sua gestação no período de contrato de experiência não teria direito a estabilidade provisória, como exposto a seguir:

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Contudo, com a alteração no item três da súmula, citada acima, afirmando que a empregada mesmo estando em contrato de experiência deveria ter concedido o direito a estabilidade. Conforme revelado a seguir:

Súmula n. 244, item III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Assim como, antes de 1988 com a Constituição Federal a gestante não poderia ser reintegrada ao trabalho, caso tenha seu contrato resilido durante o período, uma vez que a estabilidade ainda não estava prevista.

O que deveria existir para essa empregada gestante seria o pagamento de verbas indenizatórias pela despedida.

Contudo, a partir do item dois da Súmula 244 constata-se que a empregada que está no período de estabilidade e que tenha seu contrato resilido por vontade do empregador, deve necessariamente ser reintegrada ao trabalho.

O julgado, a ser exposto, da quarta turma do TST em Recurso de Revista acerca da reintegração da empregada que foi despedida ao descobrir no curso do seu contrato de trabalho que estava grávida, demonstra a efetivação da Súmula n. 244 do próprio tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.

Rescisão do Contrato de Trabalho. Reintegração. Readmissão ou Indenização. Gestante. Constatada contrariedade à Súmula n.º 244 desta Corte, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. Rescisão do Contrato de Trabalho. Reintegração. Readmissão ou Indenização. Gestante . Restando incontroverso nos autos que a Reclamante já se encontrava grávida quando da sua demissão e, sendo a hipótese dos autos a de indenização e não de reintegração, uma vez que já decorrido o período da estabilidade, nos termos da Súmula n.º 244 do TST, o indeferimento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade da gestante evidencia a contrariedade ao posicionamento adotado por esta Corte nos termos da Súmula 244. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido

Em face do exposto, deve-se atribuir à obreira à estabilidade provisória durante o seu período de gestação, bem como nos cinco meses após o parto, e existindo uma

despedida arbitrária da mesma está deve ser reintegrada ao seu labor em face dos motivos expostos.

4.1.6 Estabilidade do dirigente sindical

A segunda hipótese de estabilidade provisória é concedida ao dirigente sindical. Esta é conferida após o cumprimento do mandato deste no Sindicato da categoria, e vale apenas no período de 12 (doze) meses.

Conforme entendimento de Vólia Bonfim Cassar, esta estabilidade provisória que é decretada ao dirigente sindical visa tão somente a sua proteção, visto que o empregado escolhido para dirigir os sindicatos muitas vezes sofre ameaças e pressões dos seus patrões, pois a sua função como dirigente é angariar melhorias para a classe de trabalhadores, em detrimento aos ganhos do empresariado.

Salienta-se que, a partir do momento da sua candidatura até o fim do seu mandato o funcionário possui uma garantia de emprego, sendo esta garantia diferente da estabilidade, já que a estabilidade começa após o término do mandato do sindicato. Com base nisso, veja-se a lei:

§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

Na forma do artigo 543, parágrafo 3º da CLT decreta que cargo de direção ou de representação sindical aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei devem gozar da estabilidade provisória decorrente do seu mandato e também após a conclusão do mesmo. Entretanto, a recíproca não serve para os membros que não são eleitos, estes não usufruem da estabilidade, uma vez que seu cargo é de fiscalização.

A Súmula 369, V do TST afirma que o empregado que registrar a sua candidatura no curso do aviso prévio não terá direito a estabilidade provisória. A súmula com acerto não concede a estabilidade provisória a esse empregado, visto que a candidatura do mesmo pode ter como único objetivo o gozo da estabilidade que é admitida a essa classe.

O empregado que por ventura deixar de exercer sua atividade profissional cuja qual o levou a dirigente sindical, não será beneficiado pela estabilidade concedida, conforme o entendimento do artigo 540 parágrafo 1º da CLT.

Apesar de existir a estabilidade ao dirigente sindical, segundo a súmula 379 do TST o dirigente sindical pode ter seu contrato rescindido, uma vez que o mesmo cometa falta grave. A falta grave para a quebra do contrato do dirigente deve ser precedida de inquérito judicial, conforme artigo 494 da CLT, senão vejamos: O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação.

4.1.7 Estabilidade do Membros do CIPA

A ultima hipótese de estabilidade provisória é para os membros da Comissão Interna de Prevenção a Acidentes - CIPA.

Os membros da CIPA são escolhidos por eleição dos empregados e dos empregadores, ao final sempre em número par. Portanto, metade é escolhida pelos empregados e a outra metade pelos empregadores. Estes integrantes da Comissão possuem o usufruto do direito a estabilidade. O direito apenas é concedido aos funcionários que foram escolhidos pelos empregados, pois eles devem enfrentar o empregador para a propositura de métodos no trabalhado de prevenção de acidentes.

De acordo com Volia Bonfim Cassar (2012, p.1202) o principal objetivo dos empregados que fazem parte da CIPA é a verificação dos locais de risco no ambiente de trabalho e encaminhar ao empregador as avaliações, juntamente com possíveis soluções para a manutenção daqueles locais, visando uma melhoria no ambiente de trabalho dos funcionários.

O artigo 165 da CLT possibilita verificar a forma de composição da CIPA, ademais, seria competência do empregador a escolha para o cargo de Presidente da Comissão, e os empregados elegeriam o cargo de Vice Presidente, *in verbis*:

Art. 164. Cada CIPA será composta de representantes da empresa e dos empregados, de acordo com os critérios que vierem a ser adotados na regulamentação de que trata o parágrafo único anterior.

§ 1º Os representantes dos empregadores, titulares e suplentes, serão por ele designados.

§ 2º Os representantes dos empregados, titulares e suplentes, serão eleitos em escrutínio secreto do qual participem, independentemente de filiação sindical, exclusivamente os empregados interessados.

§ 3º O mandato dos membros eleitos da CIPA terá a duração de 1 (um) ano, permitida uma reeleição.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplicará ao membro suplente que, durante o seu mandato, tenha participado de menos da metade do número de reuniões da CIPA.

§ 5º O empregador designará, anualmente, dentre os seus representantes, o Presidente da CIPA e os empregados elegerão, dentre eles, o Vice-Presidente.

A estabilidade ao empregado membro da CIPA tem previsão no artigo 10, inciso II do ADCT da Constituição, no qual afirma: "II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato".

Diante do exposto, o empregado que compõe a CIPA tem estabilidade provisória, visto que a partir do registro da sua candidatura e até um ano após o cumprimento do seu mandato o mesmo não pode ser despedido pelo seu empregador.

Em face do entendimento de Luciano Martinez (2012, p. 607) conclui-se que, apesar de existir uma estabilidade provisória aos empregados eleitos para o cargo de direção da comissão citada, o ordenamento jurídico admite-se a despedida não arbitrária ou com justa causa desses membros.

Este entendimento acertado do doutrinador tem fulcro no artigo 165 da CLT, o qual segue exposto:

Art. 165. Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeira.

Assim sendo, o membro não poderá ter o contrato resiliado pela simples utilização do abuso de poder do empregador, uma vez que a CLT busca a proteção dessa despedida arbitrária.

Existindo a demissão, e sendo comprovada que a despedida do empregado ocorreu de forma arbitrária, o mesmo poderá entrar com uma ação trabalhista demonstrando que a sua despedida foi despótica e requerendo a sua reintegração no emprego.

Na mesma linha, o juízo de Mauricio Godinho Delgado (2013. p.1280) para que o empregador dispense um empregado que compõe a CIPA deve o mesmo

apresentar um motivo relevante. A dispensa pode ser feita através de uma falta grave que o empregado cometa e leve a aplicação da justa causa.

Ademais, outra forma de rescisão do contrato do empregado cipeiro é de caráter técnico, econômico e financeiro, estes caracterizados em uma forma de que faticamente seja verdadeira, visto que existe um real motivo para que o obreiro não faça mais parte do quadro de funcionários da empresa, por exemplo, a diminuição da demanda.(MARTINS, 2009)

Sergio Pinto Martins (2009, p.355) afirma que o empregador pode dispensar o empregado sem justa causa, contudo, deverá pagar as reparações econômicas pertinentes. Desta forma, observar-se que o empregador pode despedir o empregado a qualquer momento, basta que a sua vontade seja exteriorizada.

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que quando o trabalhador for portador da estabilidade seja ela legal ou provisória estes não podem ser despedidos por vontade do empregador. Sendo um entrave para que o empregado seja despedido por livre manifestação do seu emprego.

Alice Monteiro de Barros (2008, p.973) afirma que: "O fundamento da estabilidade reside, portanto, no fato de ser o emprego, a principal fonte de subsistência do empregado e fator de equilíbrio psicológico, interferindo também no âmbito dos valores da personalidade."

O único caso no direito do trabalho em que há uma legitimidade para assegurar e garantir uma despedida no caso de um trabalho estável é no caso de haver o cometimento de faltas graves por parte dos empregados. Estas faltas graves são chamadas de justa causa, e por serem motivo de despedida do empregado o legislador vislumbrou necessário colocar todas as hipóteses na lei.

Como pode ser observado no artigo 482 da CLT:

- Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
- a) ato de improbidade;
 - b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
 - c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
 - d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
 - e) desídia no desempenho das respectivas funções;
 - f) embriaguez habitual ou em serviço;
 - g) violação de segredo da empresa;

- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Luciano Martinez (2012) com acerto afirma que a estabilidade é a fórmula de proteção caracterizada pela vedação a rescisão por iniciativa patronal. Com isso pode-se concluir que a estabilidade é uma proibição para que o empregado seja despedido sem a justa causa.

A CLT dispõe nos arts. 492 e 493:

Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único. Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Art. 493. Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o Art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do emprego.

Conclui-se, portanto, que a estabilidade deve ser aplicada apenas nas hipóteses legais ou contratuais.

Após a análise da estabilidade do empregado cipeiro, pode-se fazer uma conexão ao portador do vírus HIV, que em conformidade com a Súmula 443 do TST, na qual os mesmos não podem ter seus contratos rescindidos de forma arbitrária, podendo os mesmos requerer a reintegração do contrato de trabalho, conforme será abordado no próximo capítulo.

5 DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA

Em todos os contratos, sejam eles civis e até mesmo os contratos trabalhistas, há uma ideia de intervalo de tempo onde sempre possuem começo, meio e fim.

Acontece que, no direito do trabalho deve-se prioritariamente, como dito acima, observar o Princípio da Continuidade da relação de emprego, visto que esse princípio tem caráter basilar numa relação entre empregado e empregador.

O ato de término de um contrato de emprego é caracterizado por sua complexidade, justamente para desestimular o empregador a despedir o seu empregado, e assim, garantir uma continuidade da relação de emprego. Sendo assim, o contrato de emprego poderá alcançar o seu término através de três formas, a rescisão, resolução e a rescisão que será objeto de estudo no presente projeto.

A rescisão é uma das formas de extinção do contrato de emprego, onde existe a manifestação de vontade de uma das partes sinalatárias. Quando a manifestação de vontade se dá por ato do empregado recebe-se a denominação de demissão, de outro modo que, quando a declaração unilateral é feita pelo empregador esta chama-se despedida.

Diante do exposto nos capítulos anteriores, pode-se perceber que é de grande relevância tratar a despedida do portador do vírus HIV ou o doente da AIDS.

Desta forma, neste capítulo será abordado as decisões do Tribunal Regional do Trabalho acerca da concessão ou não da estabilidade provisória aos infectados, bem como, as despedidas arbitrárias e o abuso de direito por parte do empregador ao rescindir o contrato de forma imotivada, caracterizando uma discriminação a classe de pessoas doentes.

5.1 DESPEDIDA MOTIVADA

A rescisão é uma das formas de extinção do contrato de emprego, onde existe a manifestação de vontade de uma das partes, sendo essas partes o empregado ou o empregador.

Quando a manifestação de vontade se dá por ato do empregado recebe a denominação de demissão, de outro modo que quando a declaração unilateral é feita pelo empregador esta se configura por despedida.

De acordo com Luciano Martinez (2012, p. 519) deve-se entender que a rescisão contratual, seja ela de forma bilateral ou unilateral visa, unicamente, por fim a relação contratual. E esta pode ser aplicada tanto no contrato por tempo determinado, quando o mesmo acaba antes do prazo estipulado para o seu término, e ainda quando o contrato é por período indeterminado e que as partes resolvem por fim ao mesmo.

A CLT prevê que o empregador para por fim ao contrato de trabalho deve apresentar ao seu funcionário o motivo que o levou a esta decisão. Esta forma de rescisão do contrato é chamada de despedida motivada.

De acordo com Luciano Martinez (2012, p. 536) para que o empregador ponha fim ao contrato de trabalho deve existir um motivo. O mesmo não precisa passar pelo crivo de justo ou injusto, fazendo necessário, apenas, a informação do empregado do motivo que levou a rescisão do contrato de trabalho.

Uma das formas de despedida motivada do empregado, ocorre quando a empresa resolve por fim ao contrato daquele funcionário pelo único fato do mesmo não corresponder mais as expectativas da empresa.

A despedida motivada também deve ocorrer quando o obreiro praticar algum ato do artigo 482 da CLT. Essas práticas dão ensejo a uma justa causa, fazendo com que o empregado tenha seu contrato rescindido.

Existe uma discussão na doutrina acerca da despedida motivada do portador do vírus HIV.

Com base no princípio da igualdade, todos devem ser tratados de forma idêntica, e que o simples fato da pessoa ser portadora do vírus HIV não pode ser motivo para que o empregador fique adstrito ao contrato.

Desta forma, quando existe algum motivo por parte da empresa em fazer com que o contrato seja findado, não é o fato do indivíduo ser soropositivo que irá mantê-lo no ambiente de trabalho.

Contudo, a despedida imotivada do portador do vírus HIV não deve existir, uma vez que esta é caracterizada como um ato de preconceito da empresa. Como será exposto no tópico a seguir.

5.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A Teoria Geral Contratos gestada após revolução francesa, é baseada no código de Napoleão e tinha como eixo central a autonomia da vontade, dessa forma, os únicos limites para os contratos eram a ordem pública e os bons costumes. Assim, em consonância com a liberdade, surgia a ideia *do pacto sunt servanda*. Este tem como principal objetivo o compromisso com o contrato e a obrigatoriedade dos contratantes em seguir aquilo que foi acordado. (Leonardo Vieira, 2012)

Essa principiologia clássica dos contratos, com o passar do tempo e a evolução das relações sociais, está sendo mitigada em face dos princípios vetores do direito contratual moderno.

Paulo Nader (2009, p. 25) afirma que a função social do contrato deve ser intrínseca na relação com as partes contratantes para que não exista o abuso do direito. Desta forma, para que um contrato seja considerado válido ele não precisa respeitar apenas a Lei civil, mas também os princípios do direito.

Com base nos dizeres do autor supracitado pode-se afirmar que no contrato de trabalho deve ser observado não só as leis, mas também os princípios que regem a relação trabalhista para que não exista o abuso do direito por parte do empregador.

Desta forma, sejam os contratos civis ou trabalhistas, ambos devem respeitar a boa fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico.

Em face do entendimento de Valton Pessoa (2003, p.12) o mesmo afirma que para existir a liberdade de contratar no momento de realização do negócio jurídico deve-se preservar a igualdade de condição dos sujeitos.

Ademais, a autora Yara Gurgel (2010, p. 61) afirma que :

Nas relações laborais, em que uma das partes é hiposuficiente no que tange a capacidade de negociação quanto as cláusulas contratuais, em decorrência da mais-valia e da decadência as imposições do empregador, o Princípio da Igualdade e Não Discriminação, juntamente com o Princípio da

Dignidade da Pessoa Humana, assumem importante papel de proteção ao trabalhador perante sua fragilidade econômica e social, especialmente quando se trata de grupos vulneráveis, como forma, inclusive, de garantir a liberdade material.

Outro ponto que baliza as relações contratuais da sociedade é a boa fé objetiva tem como palavra central a idéia de lealdade entre os contratantes, ou seja o contrato não pode ser usado como forma de oprimir a outra parte, deve ser pautado na honestidade. (GONÇALVES, 2013, p.55)

Carlos Alberto (2013, p. 54) afirma que a boa-fé deve ser respeitada não só durante a negociação, mas também quando existir a formação do contrato, bem como no seu curso e após o cumprimento do contrato. Diante disso, pode-se dizer que o contrato cria direitos anexos que devem ser pautados na boa-fé.

Quanto a função social, esta foi externada pelo legislador no artigo 421 do Código Civil, transcrito a seguir: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

Alda Roberedo (2007, p.92) ao analisar o artigo, acima citado, afirma que existe uma cláusula geral nos contratos que devem ser respeitados, a partir dos princípios da ética e da boa-fé, pelas partes contratantes e pelo juiz quando estiverem diante dos conflitos no caso concreto.

Conforme conceitua Pablo Stolze (2012, p.82) a função social pode ser caracterizada da seguinte forma:

Para nós, a Função Social do contrato é, antes de tudo, um principio jurídico de conteúdo indeterminado que se compreende na medida que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites da liberdade de contratar em prol de um bem comum.

A intenção é evitar que o contrato seja utilizado de forma egoística, individualista, então, o contrato, hoje, além do previsto nas cláusulas que o compõem tem que ser usado de forma a respeitar o bem comum, o bem coletivo.

O art. 2.035, parágrafo único, do CC, também fala sobre função social do contrato "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Nos ensinamentos de Cristiano Chaves (2013,p.211) este preceitua que uma ineficácia superveniente do contato que não cumpra a sua função social seria mais adequado do que a nulidade do mesmo.

Já o equilíbrio econômico esta disposto nos artigos 478, 479 e 480 do CC. A base deste principio é justamente a ideia de que não pode existir a desproporcionalidade excessiva dentro dos contratos.

Diante do exposto, conclui-se que nos contratos de trabalho dos portadores do vírus HIV deve-se aplicar, de forma potencializada, os princípios neste item apreciados, já que se o empregado está cumprindo suas obrigações de forma satisfatória a função social do contrato estará sendo observada.

5.3 DESPEDIDA IMOTIVADA

A despedida imotivada quando o empregador, de forma unilateral, resolver pôr fim ao contrato de trabalho do obreiro, sem explicitar um motivo para tanto. Este ato é considerado uma despedida arbitrária e o trabalhador, a depender da situação, pode ser reintegrado a seu posto de trabalho.

5.3.1 Abuso de direito e despedida discriminatória

O presente capítulo tem como objetivo principal a análise das formas de resilição do contrato de trabalho dos empregados portadores do vírus HIV, bem como tratar das despedidas licitas e discriminatórias praticadas pelo empregador no curso do contrato de trabalho. Por fim, será feita uma análise no que diz respeito aos posicionamentos dos Tribunais acerca da garantia da reintegração ao trabalho e da estabilidade aos empregados que tiveram seus contratos findados de forma ilícita.

Em pesquisa realizada ao Ministério Público do trabalho, percebe-se que a maioria dos portadores do vírus HIV está na faixa etária entre os 25 (vinte e cinco) e os 40 (quarenta) anos. É cediço que nessa etapa da vida as pessoas precisam trabalhar e

não podem ter seus contratos resilidos por uma prática abusiva e discriminatória, pelo simples motivo do empregado ser portador do vírus HIV.

No Brasil, é comum a situação em que o empregado tem seu contrato de trabalho resilido sem justa causa, pelo simples fato do empregador descobrir que o mesmo é portador do vírus HIV, mesmo este estando no grupo assintomático. Esta forma de rescisão imotivada é enquadrada como abuso de direito.

O abuso de direito é uma prática realizada por alguns empregadores que não estão em consonância com o que o direito do trabalho vem aplicando às relações de emprego. Desta forma, os Tribunais do Trabalho vem repudiando essas ações realizadas pelos empresários..

Plácido e Silva (2005, p.11) define o abuso de direito como sendo “exercício anormal ou irregular do direito, se indicando praticado cavilosamente, por maldade ou para prejuízo alheio”.

Nessa linha, têm-se que o indivíduo apesar de possuir uma prerrogativa a seu favor acaba por exagerar na utilização desta, incorrendo em uma situação de abuso do direito que possuía, contrariando os princípios de convivência em sociedade.

Bruno Miragem (2013, p. 289) afirma que uma das características do abuso do direito seria a violação dos Direitos Fundamentais garantidos ao homem por força da Constituição Federal. O mesmo afirma que outra forma do abuso do direito como o sujeito atua no uso de suas prerrogativas, colocando em posição de vantagem perante ao outro, contrariando a igualdade.

Assim sendo, o abuso do direito por parte do empregador ocorre quando o mesmo ao descobrir que o seu funcionário é portador da doença utilizada de sua prerrogativa para despedir este. Esta prática é considerada abuso de direito, mas também um preconceito em face dos portadores do vírus HIV.

Existe um preconceito quando se trata da AIDS, pois muitas vezes a sociedade não tem conhecimento da sua forma de transmissão e possibilidade de convivência e acabam excluindo os infectados do meio social em que estão inseridos e, conseqüentemente, do ambiente de trabalho.

Renato MehannaKhamis (2002, p.80) em sua obra define preconceito como sendo uma pré idéia, julgamento que uma pessoa faz sobre o estereótipo de outro

indivíduo, avaliação que, na maioria das vezes, é formada sem existir uma ponderação, uma razoabilidade ou até mesmo conhecimento.

O mesmo autor afirma que a discriminação nada mais é do que estabelecer diferenças entre uma pessoa de outra. E a discriminação de qualquer indivíduo afronta diversos princípios basilares da Constituição, como o da isonomia, elencado no artigo 5º caput da Constituição federal:

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.

A leitura do dispositivo legal permite inferir que a prática de atos discriminatórios viola a Constituição Federal, uma vez que a mesma assegura que não deve-se existir distinções entre as pessoas.

Mirinaide Carneiro (1997, p.165) em seu artigo afirma que o princípio da não discriminação é abarcado pelo Direito do Trabalho e este visa a proteção do empregado. A mesma afirma que o princípio da não discriminação tem como objetivo colocar no mesmo patamar de igualdade os trabalhadores entre si e perante do seu empregador.

Neste sentido, resilir o contrato de um trabalhador pelo fato único e exclusivo do mesmo ser portador do vírus é considerado ato discriminatório, sendo assim esta atitude está em confronto com o principal constitucional citado acima, portanto, constitui um ato ilícito.

De acordo com o artigo 7º da Constituição Federal o trabalhador tem a proteção contra esse tipo de conduta arbitrária pelo empregador. Como demonstra o artigo a seguir:

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

A discriminação dos trabalhadores pode ocorrer em três etapas do contrato de trabalho. A primeira forma de demonstração do pré conceito pode acontecer no ato da contratação do obreiro, quando o contratante ao desconfiar que o pretendente possui algum tipo de doença, como a AIDS, evita dar prosseguimento ao ato de contratação.

O segundo momento de discriminação pode ser dar no curso do contrato de trabalho, como por exemplo quando ocorre a delegação de tarefas inferiores a aquelas prestadas por outros empregados.

E por fim, a terceira e mais usual forma de caracterização da discriminação na relação de emprego ocorre na dissolução do contrato por vontade do empregador. Nesta etapa, o patrão extingue o contrato de forma imotivada, ou alega um motivo falso, buscando não revelar a legítima causa da rescisão, com medo de ter sua conduta caracterizada como uma prática discriminatória.

A discriminação de empregados pode se dar em razão da sua raça, estado civil, idade, sexo e genética, sendo este último o objeto do presente trabalho.

Alice Monteiro de Barros (2002, p. 938) afirma que no que tange as relações de emprego dos portadores do vírus HIV existem a contraposição de alguns direitos. De um lado o trabalhador não ser discriminado e a preservação de sua intimidade, fazendo com que as pessoas não saibam o seu estado e por outro lado o seu direito a saúde.

Ademais, apesar de não existir convenção internacional específica em relação ao portador do vírus HIV, existem instrumentos internacionais que forneceram alguns critérios para a proteção desses empregados.

Em pesquisa feita pelo Deputado Jean Wyllys(2012, p.1) descobriu-se que há um relatório elaborado pela ONU, no qual relata que as práticas discriminatórias prejudicam o progresso do tratamento contra o vírus da HIV. Com base nesta pesquisa pode-se afirmar que:

Em mais de 60 países é crime expor o HIV a outra pessoa. Mais de 600 soropositivos de 24 países, incluindo dos Estados Unidos, foram condenados por tais crimes. Estas leis e práticas desencorajam as pessoas a procurarem um teste de HIV e a revelarem a sua condição.

Desta forma, os Tribunais Regionais do Trabalho de todas as do Brasil vêm repudiando as práticas abusivas que tem por finalidade prejudicar o indivíduo que é o pólo hiposuficiente da relação, tais como a despedida de forma arbitrária do seu emprego.

Como não existe nenhuma lei específica que trata do empregado portador do vírus do HIV/ AIDS, os magistrados vêm aplicando a reintegração do trabalhador quando

a sua despedida foi realizada por ato discriminatório, como se confirma na seção de dissídios individuais abaixo:

Empregada portadora do vírus HIV. Dispensa discriminatória. A SDI-I DO TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, Lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art5 da CF/88. Precedentes: ERR 439.041/1988, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido parcialmente provido.

No entendimento de Magno Luiz Barbosa (2007) quando um empregado tiver seu contrato resilido pelo simples fato de ser infectado com o vírus HIV, somada a questão de que suas obrigações na empresa estão sendo cumpridas integralmente, não há dúvida que este indivíduo tem direito a indenização, ou até mesmo a reintegração, caso seja possível.

Neste sentido Magno Luiz (2007) afirma que o direito do trabalho almeja a isonomia na relação empregatícia, devido a superioridade do empregador na relação em face da hiposuficiência do empregado. Desta forma, o direito irá tutelar o trabalhador a fim que não ocorram mais as praticas de abusos de direito como aconteceram na história do nosso país.

Por conta disso, quando um empregador decidir dispensar um funcionário que possua o vírus HIV, o mesmo deverá observar se há ou não, a discriminação em relação a aquele empregado.

O Tribunal Superior do Trabalho vem reconhecendo o direito a reintegração aos empregados que possuam o vírus HIV e foram despedidos em razão disso. Essa reintegração ao posto de trabalho tem fundamento no caput do artigo 5^o da Constituição Federal, no qual afirma que os cidadãos não podem ter um tratamento desigual, muito menos serem tratados de forma discriminatória, já que o preceito constitucional é de todos são iguais perante a lei.

Vejamos o julgado:

RECURSO DE REVISTA.REINTEGRAÇÃO.EMPREGADOR DO VIRUS HIV. A dispensa arbitrária e discriminatória do empregado portador do vírus HIV gera o direito de reintegração, em face dos princípios constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana e vedam a práticas discriminatórias.Recurso de revista a que se nega provimento (Acórdão do TST, 5^o Turma do RR 3968/2001-028-12-00, rel. Min. Gelson de Azevedo, DJ 03.06.05)

Observa-se que as conclusões do Tribunal Regional do Trabalho da 5^o região estão fundamentadas através da Constituição Federal e do princípio da isonomia.

O ideal seria realizar um aprofundamento no estudo da patologia e no período de manifestação da doença para a partir dessa análise definir o tempo e o período necessário para se atingir a estabilidade em tais condições. (BARBOSA, 2007)

O portador do vírus HIV, hoje, não tem nenhuma garantia legal, pois os legisladores brasileiros ainda não se preocuparam em criar normas que regulem a situação dos indivíduos infectados. Existe um Projeto de Lei de n. 41 de 1999 que foi elaborado pelo Deputado Paulo Rocha, no qual trata dos direitos desses portadores. Este projeto ainda tramita sem sucesso.

Vejamos o artigo 1º do projeto de lei:

Os indivíduos infectados pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) e os doentes cm AIDS tem, entre outros, os seguintes direitos básicos: tratamento adequado, educação e aconselhamento; não ser retirado do seu ambiente social original;não ser discriminado, na habilitação, no transporte, na educação e na prestação de serviço, públicos ou privados, de qualquer natureza, confidencialidade das informações sobre sua situação.

Como não há no Brasil qualquer legislação que trate da estabilidade provisória a esses portadores, o tribunal vem aplicando o inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

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

Quando a despedida ocorre simplesmente pela contração do vírus HIV, há, nesse caso, o reconhecimento da estabilidade provisória ao portador do vírus fundada no artigo constitucional que visa a não discriminação, porém, nas situações em que não há a possibilidade de comprovação do ato discriminatório há um vazio legal acerca da matéria.

Magno Luis Barbosa (2007, p.141) fala que existe uma dualidade quando não se comprova o ato discriminatório na despedida do portador do vírus HIV, afinal de contas, o poder de direção do empregador, lhe dá o direito de organizar sua empresa da maneira que lhe convier. Nesse sentido, há de se ponderar que o empregador não pode ser compelido a manter no emprego um funcionário que não corresponda aos anseios de sua organização empresarial.

Na Câmara dos Deputados existe um Projeto de Lei n. 6214 de 2005, que foi proposto por Serys Shessarenko, no qual visa a proteção do portador do vírus HIV ou doente da AIDS quando configurar a discriminação na rescisão do contrato de trabalho. Este projeto encontra-se em tramitação e tem como objetivo tipificar como crime a discriminação, além da definição de uma pena base para os infratores.

Este projeto de lei é de suma importância na relação de trabalho, uma vez que existindo uma lei que puna o infrator, seja ele empregador ou não, quando agir discriminando um portador do vírus HIV, essas ações tenderão a diminuir.

Neste mesmo sentido, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 443, na qual afirma que o empregado que tenha comprovado que sua despedida fora arbitrária e discriminatória deverá ser reintegrado ao emprego, sendo o restabelecimento da relação contratual uma forma de sanção ao discriminador, conforme transcrição da súmula supracitada: "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."

Em consonância ao entendimento já sumulado pelo TST, os Juízes vêm aplicando o teor da súmula supracitada em face das reclamações trabalhistas que litiguem sobre a despedida discriminatória. Contudo, deve existir uma análise rigorosa dos julgadores para evitar as situações inverídicas, e assim estar ingerindo na administração empresarial.

Dessa forma, os Juízes e Tribunais Regionais do Trabalho devem se basear nos instrumentos legais existentes, tais como as Convenções mundiais da Organização Internacional do Trabalho, que serão destrinchadas abaixo.

No ordenamento Jurídico Brasileiro, como já dito anteriormente, não existe uma lei que proteja o portador do vírus HIV. E desta forma, os Tribunais do Trabalho estão fundamentando as suas decisões através dos princípios já citados anteriormente, e na Lei 9.029 de 1995.

A Lei 9.029 de 1995 foi criada com o objetivo de impedir as despedidas discriminatórias na relação de emprego em razão da idade, raça, cor, sexo, entre outros.

De acordo com Yara Gurgel (2010, p. 61) a discriminação que ocorre nas relações trabalhistas desrespeita os direitos da personalidade, bem como a dignidade da pessoa humana podendo levar ao empregado a depressão.

Em face da omissão legislativa acerca do portador do vírus HIV, os julgadores vêm aplicando analogamente nos casos concretos referente as despedidas do doente da AIDS a referida lei. Conforme se verifica no artigo 1º da Lei 9.029 de 1995:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Alexandre Gualazzi (2005, p.44) ao analisar a referida lei afirma que o legislador no ano de 1995 deveria ter acrescentado na legislação a hipótese da despedida discriminatória em face de uma doença infectocontagiosa, como é o caso da AIDS.

O artigo 4º da referida lei tem como escopo elucidar as opções que o juiz, a luz do caso concreto, juntamente com o empregado despedido verificar qual melhor forma de solucionar o conflito. Sendo possível a readmissão do empregado ou percepção em dobro da remuneração como pode verificar no artigo abaixo colacionado:

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 - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A luz da Lei 9029 de 1995 e da súmula 442 do TST, pode-se concluir que apesar de não existir uma legislação específica para solução dos conflitos no que tange o portador do vírus HIV, deve-se ser aplicada a referida legislação pelos magistrados para que a discriminação e todas as formas de preconceitos a estes indivíduos seja expurgada da nossa sociedade.

Diante disso, verifica-se de suma importância o estudo das Convenções 111 e 158 da OIT, já que estas buscam proteger os empregados das despedidas discriminatórias e do abuso do direito.

5.4 CONVENÇÃO DA OIT

O direito Internacional Público do Trabalho é um ramo do direito do trabalho, e é de suma importância conhecê-lo, uma vez que, certas regras do direito internacional devem ser utilizadas no direito do trabalho, como por exemplo, as Organizações Internacionais do Trabalho (OIT).

De acordo com Sergio Pinto Martins (2009) o direito internacional do trabalho começou a assumir importância com o Tratado de Versalhes em 1919. A Organização Internacional do Trabalho está posicionada na parte XII do citado tratado. Com a declaração da Filadélfia em 1944 a OIT teve incorporações.

A OIT tem na sua composição três órgãos. A conferência é um dos órgãos e tem como principal objetivo decidir as metas que devem ser seguidas por este órgão na política social. O conselho de administração é outro órgão da OIT e sua principal função é a executiva. E por fim, a OIT tem um órgão que é responsável pela divulgação de suas atividades. A partir deste órgão os indivíduos da sociedade terão acesso as convenções e objetivos da organização. (ALVARENGA, 2013, p.4)

A OIT tem papel importante na relação empregatícia, uma vez que um dos objetivos principais desta organização é proteger a pessoa humana, respeitando a dignidade da pessoa humana e fazendo com que a discriminação não seja objeto de rescisão contratual de trabalho por iniciativa do empregador.(BARBOSA, 1997, p. 309)

O direito do Trabalho utiliza-se de algumas resoluções da OIT nas suas relações trabalhista. E a resolução n.111 tem uma grande relação com os portadores do vírus HIV e as despedidas discriminatórias que vêm sendo aplicadas a esses indivíduos.

Em face da busca pela proteção da não discriminação contra os empregados, a OIT criou uma resolução n. 111 na qual foi ratificada no Brasil em 1965, observa-se:

Considerando que a Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais; Considerando, por outro lado, que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adota neste vigésimo quinto dia de junho de mil novecentos e cinquenta e oito a convenção abaixo transcrita que será denominada 'Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958';Art. 1 — 1. Para os fins da presente

convenção o termo “discriminação” compreende:a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Desta forma, pode-se concluir que a partir desta resolução os trabalhadores não podem ser despedidos por ato discriminatório, pois está pratica estaria violando a Declaração Universal de Direitos do Homem.

Diante do exposto, conclui-se que o portador do Vírus HIV não pode ter findo seu contrato de trabalho pelo simples motivo de seu empregador vir a ter conhecimento de que o mesmo possui o vírus. Esta seria uma prática vedada pela Resolução n.º 111 e pela Constituição Federal.

Com acerto, o autor Regiane Margonar (2006) diz que pelo princípio da não discriminação, não pode o empregador se insurgir contra a presença de um empregado portador do vírus da HIV, pelo simples motivo dessa pessoa ter contraído o referido vírus.

Por esta razão, afirmo que o portador do vírus HIV/AIDS tem proteção da convenção da OIT, além da proteção já estabelecida pela Constituição Federal. O empregador portador do vírus não pode ser despedido apenas por ser soropositivo. Vejamos o julgado:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO.EMPREGADOR DO VIRUS HIV. A dispensa arbitrária e discriminatória do empregado portador do vírus HIV gera o direito de reintegração, em face dos princípios constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana e vedam as práticas discriminatórias. Recurso de revista a que se nega provimento (Acórdão do TST, 5º Turma do RR 3968/2001-028-12-00, rel. Min. Gelson de Azevedo, DJ 03.06.05)

Após a análise da aplicação da Convenção n. 111, resta-se necessária a análise da Convenção n. 158 da OIT. A referida foi ratificada pelo decreto n. 1.855 de 1996.

A convenção n. 158 da OIT foi criada com o objetivo de impedir o abuso do direito por conta dos empregadores, uma vez que utilizavam dessa prerrogativa para despedir seus empregados de forma caracterizada como discriminatória. Com já dito anteriormente o direito visa impedir esse preconceito e as práticas discriminatórias.

Apesar de não ser mais recepcionada pelo ordenamento legal brasileiro, resta-se de suma importância a análise do artigo 4º da citada resolução, uma vez que esta já

teve eficácia no nosso ordenamento e que o artigo trata da despedida imotivada do empregado :

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

A partir da análise do artigo 4º da resolução n. 158 da OIT, a empresa não poderia despedir o empregado sem justo motivo, devendo respaldar a extinção do contrato de trabalho em uma causa justificada. A rescisão contratual que não possuísse justificativa seria considerada como uma despedida imotivada, sendo assim, inválida.

Julia Barbosa (1997, p. 310) afirma que para a rescisão do contrato de trabalho ser considerada válida é necessário um motivo justificador. O motivo para o empregador por fim no contrato de trabalho do funcionário para não ser caracterizado como despedida imotivada deve basear-se na natureza, econômica, tecnológica e estrutural.

Com isso, a despedida que fosse caracterizada como imotivada seria enquadrada como uma prática discriminatória, o que é totalmente vedada pelo nosso ordenamento, e que o Tribunal Regional do Trabalho vem aplicando com acerto a reintegração desse trabalhador.

5.5 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Neste subitem serão tratados e analisados dois casos concretos da vida real, nos quais os empregados em face do rescisão do contrato de trabalho ajuizaram uma ação na Justiça do Trabalho, requerendo a reintegração no emprego alegando que as despedidas foram enquadradas como discriminatórias.

O primeiro caso a ser analisado será de um funcionário do Banco Bradesco no qual o mesmo foi despedido e comprovou que a sua despedida foi baseada na discriminação e diante das provas o Tribunal Regional do Trabalho obrigou a empresa a reintegrar o funcionário no quadro a empresa.

O segundo caso concreto que será analisado diz respeito a um funcionário, na qual tinha o contrato de trabalho por prazo determinado e teve seu contrato rescindido após

a divulgação de que o mesmo possuía o vírus HIV. Contudo, o pedido do reclamante não foi recepcionado, como será demonstrado no tópico abaixo, visto que a empregadora pode comprovar que a despedida do obreiro não se enquadrava como discriminatória.

CASO 1 : FUNCIONÁRIO DO BANCO BRADESCO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Como acima citado, o reclamante funcionário do Banco do Bradesco ajuizou uma Reclamatória Trabalhista nº 167500-61.2005.5.02.0026 querendo a reintegração no quadro do banco, alegando ter seu contrato rescindido em face de uma prática discriminatória da empresa.

O reclamante afirma na inicial que no ano de 2005 quando descobriu que era portador do vírus HIV o seu empregador o demitiu três dias após ter conhecimento que o mesmo era doente. Este deduziu que a sua despedida aconteceu de forma arbitrária e discriminatória.

O processo transcorreu de forma natural e o Juiz de primeiro grau sentenciou dando procedência em parte a ação do portador, obrigando o reclamado a reintegrar o empregado na função que exercia.

O Juiz entendeu que o Banco empregador não se desincumbiu do seu ônus probatório, e não restou comprovado nenhum outro motivo que ensejasse a rescisão do contrato de trabalho, e fundamentou sua decisão nos princípios citados neste trabalho.

Ocorre que, irresignado com a decisão, o reclamado recorreu para o Tribunal Regional do Trabalho da 2 região reforma-se a sentença para manter a demissão. O colegiado acolheu os argumentos do Banco e reformou a decisão do Juiz de primeiro grau entendendo como válida o afastamento do funcionário, em flagrante desacordo com os princípios basilares do Direito, em especial do Direito do Trabalho. Conforme no trecho do acórdão a seguir :

De início, observo que não faz sentido que o Bradesco proceda à rescisão do contrato no mesmo dia ou três dias após ser informado da doença que acomete o demandante. A se tratar de uma instituição financeira do porte do Bradesco, a meu ver, faltaria tempo hábil ao banco em colocar fim ao contrato de maneira quase instantânea, movido com intuito discriminatório.

Com efeito, se ciente estivesse o banco, o exercício imotivado do direito potestativo da dispensa até poderia gerar a presunção de discriminação e arbitrariedade. Aqui, contudo, não é este o caso. Nada há a indicar, ressalte-se, que soubesse o réu da doença e que, conseqüentemente, a doença tivesse sido o motivo da dispensa.

Perplexo com a reforma feita pelo segundo grau, o reclamante recorreu, através de Recurso de Revista, para o órgão máximo do Direito do Trabalho o Tribunal Superior do Trabalho.

A Sexta Turma do referido tribunal se posicionou em concordância com o Juiz de primeiro grau, entendendo que o Banco não conseguiu demonstrar que a demissão não foi discriminatória.

O entendimento do Egrégio Tribunal foi acertado, e pautou-se no princípio da isonomia, conforme depreende-se da ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EXAME DEMISSSIONAL. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA. SÚMULA 443 DO C. TST. A jurisprudência desta Corte, com base no princípio fundamental do artigo 3º, IV, da Constituição Federal (promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) orientou-se no sentido de que a prova da dispensa não discriminatória, especialmente em casos de empregado portador do vírus HIV, recai sobre o empregador. Nessa esteira, presume-se discriminatória, nos termos da Súmula 443 do c. TST, a dispensa de empregado infectado pelo vírus HIV. Recurso de revista conhecido e provido.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. GERENTE. EXCEÇÃO DO ART. 224, §2º, DA CLT. O eg. TRT, com base nas provas dos autos, registrou que o reclamante atendeu aos requisitos do § 2º do art. 224 da CLT, pois exercia funções que exigiam maior responsabilidade, típicas do cargo de confiança, e recebia "*gratificação de função bastante superior a um terço de seu salário*". Verifica-se, pois, que o entendimento do eg. TRT está em consonância com o item II da Súmula nº 102 do c. TST. Recurso de revista não conhecido.

Resta evidente que a falta de Lei cria uma insegurança jurídica que é prejudicial para os portadores do vírus do HIV que ficam a mercê do entendimento de cada julgador.

Quando o julgador pauta-se nos princípios é quase totalitário o entendimento de ser devida a reintegração do funcionário, isso caso não consiga demonstrar o empregador que a demissão aconteceu por outro motivo que não seja a doença, assim depreende-se do acórdão do TST, senão vejamos:

Por outro lado, o direito do portador do vírus HIV à reintegração ao emprego encontra respaldo no conjunto de diversas garantias constitucionais (artigos 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, *caput* e XLI, 7º, I, e 193 da Constituição Federal), mas em especial o princípio da não discriminação. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o empregado

soropositivo, em razão das garantias constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego, quando caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória, ainda que presumida

Diante do caso concreto acima exposto, pode-se afirmar que está é uma das vertentes que o judiciário vem concedendo a estabilidade no trabalho ao portador do vírus HIV, uma vez que os meios de provas conseguem elucidar que existiu a discriminação do mesmo ao ter seu contrato de trabalho resolvido.

CASO 2: EMPRESA FUNJIR COMPROVA QUE DESPEDIDA NÃO FOI DISCRIMINATÓRIA

O Reclamante foi admitido no dia 17 de janeiro de 2008 pela empresa GIDION S.A. TRANSPORTE E TURISMO, na qual foi firmado um contrato por tempo determinado, ou seja, as partes contratantes já estavam cientes da data de extinção do contrato.

Contudo, quando cessou o contrato de trabalho do autor, o mesmo requereu na Justiça do Trabalho de Florianópolis, sob processo de número 07398-2008-028-12-00-0-6, a sua reintegração no posto de trabalho alegando que a sua dispensa foi discriminatória.

A sentença em primeira instância rejeitou os pedidos formulados pelo autor, requerendo a estabilidade no prazo de 12 (doze) meses em face da enfermidade. Inconformado com a decisão do juiz da 28 Vara do Trabalho de Florianópolis o mesmo interpôs Recurso Ordinário ao TRT daquela região.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12 Região afirmou que as partes negociaram a data de início e término do contrato e por conta disso deveria existir prova da discriminação do reclamante por parte da empresa para que houvesse a possibilidade de reintegração do mesmo no quadro laboral.

O reclamante em sede recursal não conseguiu provar a despedida discriminatória e, dessa forma, o tribunal arguiu que não existe lei que garanta a estabilidade do portador do vírus HIV e, assim, negou provimento ao pedido do autor. Conforme verifica-se no teor do acórdão abaixo:

Passando ao caso concreto, verifico que nos autos deste processo não restou provada a atitude discriminatória, o que torna inaplicável o artigo 7º, I, da CRFB. Por outro lado, o contrato de trabalho firmado entre as partes foi na modalidade por prazo determinado, pelo qual as partes estavam cientes da data do término do contrato de experiência, circunstância que permite a extinção do contrato por qualquer das partes quando ele chega ao final. Dessa forma, não obstante o teor do atestado comprovando a patologia do autor (fl. 19), não há prova nos autos de ter havido discriminação a ele no ato de ruptura contratual, não sendo possível presumir que o contrato (na modalidade de experiência) não foi renovado em razão da doença do autor.

O reclamante irresignado com a decisão do TRT interpôs Recurso de Revista ao Tribunal Superior do Trabalho requerendo a estabilidade provisória no prazo de 12 (doze) meses, bem como danos morais pelos abalos psicológicos que o mesmo sofreu em face da despedida.

O TST manteve o entendimento do TRT pelas mesmas razões aduzidas acima, afirmando que a ré conseguiu provar que a despedida do autor não foi de forma discriminatória, uma vez que, o contrato era por prazo determinado e o mesmo já tinha conhecimento da data do término.

Diante do exposto no caso concreto, verifica-se que o portador do vírus HIV não está imune da uma despedida por conta do seu empregador. O caso acima revela que nos contratos por prazo determinado, quando as partes contratantes conhecem as datas de início e término do contrato, não há o que se falar em reintegração dos trabalhadores razão de despedida discriminatória.

Salienta-se que o fato do empregado ser portador do vírus HIV não garante ao mesmo que tenha estabilidade provisória no emprego, uma vez que não existe legislação acerca deste tema. E, desta forma, aplica-se a estabilidade, apenas, nos casos em que ficar comprovado que a despedida foi discriminatória em razão do empregado ser portador do vírus.

6. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi abordar a possibilidade do portador do vírus HIV obter o direito a estabilidade.

O presente projeto teve como foco primário explicar o conceito da AIDS, que apesar de ser uma enfermidade bastante conhecida nos dias de hoje, em face do seu elevado grau de risco a saúde humana, não é ensinado para as pessoas o verdadeiro conceito e as peculiaridades desta doença.

Pela falta de informações da sociedade acerca da definição médica do que seria a doença os membros da sociedade que possuíam o vírus ou a enfermidade, passaram a ser excluídos do seu ambiente familiar e de trabalho. Desta forma, entendeu-se necessário fazer um esclarecimento sobre a possibilidade destes indivíduos conviverem normalmente em sociedade, diferenciando os portadores em assintomáticos e sintomáticos.

Assim, os trabalhadores que descobriam no curso do seu contrato de trabalho que possuíam o vírus HIV eram discriminados no ambiente de trabalho, tanto pelos colegas, como também pelo empregador, e, dessa forma, tinham seus contratos de trabalho resiliados.

Buscando verificar os preceitos do nosso ordenamento jurídico, no capítulo dois dessa monografia foram abordados os princípios da Constituição federal, nos quais afirmam que todas pessoas devem ser tratados de forma isonômica, que as mesmas devem ter direito a vida, a intimidade, não podendo sofrer discriminação no seu ambiente de trabalho por serem acometidas por essa enfermidade.

Neste mesmo capítulo, restou-se necessária uma análise acerca dos princípios gerais do direito que são aplicáveis na relação trabalhista, uma vez que os mesmos devem ser respeitados ao longo do período de trabalho. E desta forma, no ato de rescisão do contrato de trabalho de qualquer trabalhador os princípios do direito, como boa fé, devem ser considerados.

Os princípios específicos do Direito do Trabalho são basilares no que concerne a relação de trabalho e o contrato que rege a citada relação, e, desta forma, os mesmos devem ser respeitados. Assim, quando não houver lei própria que trate do

assunto, o conflito trabalhista deve ser apreciado pelos julgadores com fundamento nos princípios, analisando caso a caso.

Por fim, no último capítulo foi abordado as formas de rescisão do contrato de trabalho. A primeira forma de rescisão é de forma imotivada, na qual o empregador ao rescindir o contrato de trabalho do empregado não oferece o motivo que ensejou o término do contrato.

A outra forma de rescisão do contrato é motivada e neste meio de rescisão o empregador fornece ao empregado o motivo pela qual o seu contrato está sendo rescindido. Este primeiro pode afirmar que motivo para a rescisão do contrato seja o não cumprimento adequado da sua função, falta de necessidade de tantos empregados no quadro da empresa, entre outras causas.

A rescisão do contrato de trabalho do portador do vírus HIV deve ser motivada pelo empregador, visto que deve restar comprovado que a despedida do empregado não teve como motivo a doença o mesmo, assim, este não terá direito a reintegração no quadro da empresa, uma vez que na legislação brasileira não existe nenhuma norma que proíba a despedida do empregado portador do vírus HIV quando o mesmo não está realizando as suas funções de maneira correta ou quando o empregador verificar que não precisa mais da mão de obra do empregado.

Contudo, o que os tribunais vêm repudiando, de forma correta, a rescisão do contrato de trabalho de um empregado portador do vírus HIV pelo simples fato do mesmo ser acometido pela doença.

Diante do exposto, o empregado que conseguir comprovar que o motivo dado pelo seu empregador para a rescisão do contrato não foi real este deve ser reintegrado no quadro da empresa e ter seu contrato de trabalho reativado.

O portador do vírus na realização do seu trabalho não pode ser discriminado por possuir o vírus HIV, uma vez que, como já abordado no capítulo um do trabalho, os portadores do vírus que ainda não tiverem a doença manifestada no organismo não possuem limitações para a realização de suas funções no trabalho e com isso não há um comprometimento para a empresa em manter aquele funcionário.

Desta forma, concluo que deve-se verificar o motivo dado pela empregadora para a rescisão do contrato de trabalho do portador do vírus HIV, uma vez que como dito anteriormente, quando a rescisão contratual fundar-se em motivos justos e reais o

portador do vírus pode ter seu contrato rescindido, uma vez que é direito do empregador gerir sua empresa da forma que melhor lhe convier.

O empregador pode rescindir o contrato de trabalho do seu funcionário, mesmo sabendo que este é portador do vírus, nos casos em que verifica dificuldade econômica financeira e outras situações empresariais.

Contudo, quando ficar comprovado que a rescisão do contrato foi de cunho discriminatório, em face do mesmo possuir o vírus HIV, o empregado deve requerer na justiça a reintegração no posto de trabalho, já que a Constituição Federal e a Súmula 443 do TST asseguram a este funcionário que, comprovada a discriminação, o mesmo retome as atividades na empresa. Os referidos institutos normativos e os tribunais vêm tentando diminuir a discriminação e fazer com que o portador do vírus seja tratado isonomicamente no seu ambiente de trabalho, através da conscientização dos empresários.

Espera-se que sejam alcançados os objetivos propostos no início do trabalho, uma vez que a conscientização da população, dos empregados e dos empresários diminuirá a discriminação, não só dos portadores do HIV, mas em geral quanto as diferenças entre os indivíduos.

O presente trabalho teve um cunho muito importante na compreensão e aprofundamento do tema da estabilidade do portador do vírus HIV, visto que foi possível aprofundar no tema, além de analisar como a sociedade e o judiciário vêm apreciando os diversos casos que existem acerca das formas de rescisão do contrato de um enfermo com AIDS.

Ademais, foi possível explicar que não se deve ter preconceito no ambiente de trabalho com os indivíduos que possuam o vírus, visto que a transmissão do mesmo não ocorre no contato do dia a dia, mas sim quando existir um contato, por exemplo, com o sangue, relação sexual e drogas intravenosas.

Diante dos entendimentos espostos, diametralmente opostos, buscou-se no presente trabalho que o portador do vírus HIV deve possuir estabilidade em situações discriminatórias.

Ademais, entende que, ainda que se persistia alguma dúvida quanto ao prejuízo do empregador por possuir um portador do vírus HIV entre seus trabalhadores, esta

restou fulminada com a explicação do portador assintomático, que não tem nenhuma limitação para cumprir suas obrigações laborais.

Portanto, demonstrou-se a razão do porque dos julgadores estarem se posicionando contra a prática discriminatória, visando extinguir tais casos da realidade desta sociedade.

Para tanto, foi utilizado jurisprudências, e entendimentos dos doutrinadores que discorrem sobre o tema, abarcando os pós e contras da situação. Dessa forma, a escritora deste trabalho optou e incrementou a discussão sobre a estabilidade para os portadores do vírus HIV tecendo sua posição, buscando aprimorar a argumentação em favor de que o portador do vírus HIV deve possuir estabilidade em situações discriminatórias.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de Direito do Trabalho. 2 ed** : Rio de Janeiro, 2004.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A organização Internacional de Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos do Trabalhador**. Disponível em :<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br/img/artigos/artigo_rubia.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2013.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **AIDS e Responsabilidade Civil**. São Paulo, SP: Atlas, 2002.

AIDS NO BRASIL,. Disponível em : <http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil>. Acesso: 6 set. 2013.

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

BARBOSA, Julia Gomes. *In*: SOUZA, Arnaldo Amorim (coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. 1. Ed. Salvador: Ibdet, 1997.

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

BEM ESTAR, **Contágios por HIV têm queda**. Disponível em:<<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2013/09/contagios-por-hiv-tem-queda-de-33-no-mundo-desde-2001-diz-unids.html>>. Acesso em: 17 out. 2013.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**, volume 1. São Paulo: Ltr.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho – CLT**. 1943. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/ct.html>>. Acesso em: 9 out.2012.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 out.2012.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10.set.2012.

_____. **Lei 7.649 de 1988**. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7649.htm>. Acesso em: 20 out.2012.

_____. **Projeto Lei 6.124 de 1995**. Disponível em :<http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=304732&st=1>. Acesso em: 16. Out. 2013

_____. **Lei 9.029 de 1995.**

Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 7 set. 2013.

_____. Ministério Público do Trabalho. Disponível em:

http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/mpt_home!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN >. Acesso em: 10 nov.2012

BRASIL, RESOLUÇÃO CFM Nº 1.359/92. Disponível em :

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1359_1992.htm>. Acesso em : 5 out. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1195995 –

Proc.2010/0098186-7. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DJ 6 abril. 2011.

Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785345/recurso-especial-resp-1195995-sp-2010-0098186-7-stj>

>. Acesso em: 25 mar. 2013.

BUENO, Francisco. **Mini Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000.

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**, 3.ed. Buenos Aires: Claridad, 1988, v.1, t.2, 141p.

CALVET, Guilheirne. **Transmissão Vertical do HIV e Recentes Avanços.**

Disponível em: < <http://www.hse.rj.saude.gov.br/profissional/revista/34b/hivert.asp>.

Acesso em: 3 out. 2013

CARDOSO, Jair Aparecido. **A estabilidade no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008.

CARNEIRO, Mirenaide. **Livro Termas de Direito do trabalho**. Salvador: Gráfica Trio 1997.

CASSAR, Vólia Bonfim . **Direito do Trabalho**. 6. Ed., Rio de Janeiro, Niterói: Impetus 2012.

CHAVES, Cristiano. **Curso de Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Jus Podvum, 2012.

CUNHA, Júnior Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Podivm : Salvador, 2010.

DELGADO, Maurício. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: Ltr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006, p. 225.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2013 .

GUALAZZI, Alexandre Augusto. **“Aids” e Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípios da Igualdade e Não Discriminação**. São Paulo: Ltr, 2010.

GUSMÃO REIS JR. Wagner. **Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da Aids**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

HOLTHER, Leo, **Direito Constitucional**, 4. Ed. Jus podivm, 2008.

JORGE, MANOEL; NETO, Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. LumenJuris:Rio de Janeiro, 2010.

KHAMIS, Renato Mehanna. **Dano Moral, Dispensa Imotivada de Portador do Vírus HIV**. São Paulo: Ltr, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 9 ed. São Paulo: Método, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARGONAR, Regine. **O emprego portador do vírus HIV/AIDS**. São Paulo: Ltr, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. Brasil: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva , 2009.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**, 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MUNDO ESTRANHO. **COMO SURTIU A AIDS**, 2013, P.1. Disponível em :<<http://mundoestranho.abril.com.br/materia/como-surgiu-a-aids>>. Acesso 15 out. 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito civil**, 4. Ed.3.volume. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NASCIMENTO, Amauri. **Curso de Direito do trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OIT BRASIL. Xxxxxxx. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 09 out. 2012.

OLIVEIRA, Antonio Carlos. **Aula Ministrada na Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, set. 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do trabalho**. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PESSOA, Valton Dórea. **Transação extrajudicial nas relações individuais do trabalho**, São Paulo: Ltr, 2003.

PINHEIRO, PEDRO. **TRANSMISSÃO DO HIV**. Disponível em: <<http://www.mdsaude.com/2009/01/transmissao-hiv-aids-sida.html#ixzz2iZ64TEht>>. Acesso em: 17 out. 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio do Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Ltr., 2000, 453p.

ROBOREDO, Alda Regina. **Contrato Função Social e Cláusulas Abusivas**. Curitiba: Juruá, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Apelação cível N^o 9071396692009826. 2 Câmara de Direito Público. Rel. Alves Bevilacqua. Julgado em 4 outubro 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20583796/apelacao-apl-9071396692009826-sp-9071396-6920098260000-tj-sp>. Acesso em: 12 set. 2013.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Estabilidade**. São Paulo: Ltr, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito de Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2010.

UNAIDS. **Tratamento 2015**. Disponível em: <<http://www.unaids.org.br/biblioteca/Tratamento%202015.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013

VIEIRA, Leonardo. **Aula Ministrada na Faculdade Baiana de Direito.** SALVADOR. Abril de 2011.

WYLLYS, Jean. **Pesquisa da ONU.** Disponível em:
<<http://jeanwyllys.com.br/wp/pesquisa-da-onu-conclui-que-praticas-discriminatorias-prejudicam-progresso-contr-o-hiv>>. Acesso em 05 nov. 2012.